



LA MORADA

Corporación de Desarrollo de la Mujer

GENERO Y DERECHO

Santiago de Chile, 1999

C. Postal 6626127. Purísima 251, Recoleta, Santiago, Chile
Fono: 7353465 Fax: 7778234 E-mail: secretaria@lamorada.cl

INDICE

I. INTRODUCCION: CONCEPTOS BASICOS SOBRE FEMINISMO Y DERECHO

1. *Feminismo, Género y Patriarcado*
Alda Facio y Lorena Fries
2. *Lo Privado y lo Público*
Veronica Matus y Lorena Fries
3. *Igualdad Sin Discriminación*
Joan Williams
4. *Metodología para el Análisis del Derecho*
Alda Facio
5. *Bibliografía*

II. TEORIA GENERAL DEL DERECHO

1. *Introducción al Capítulo de Teoría General del Derecho*
Ana Elena Obando
2. *Supuestos Ideológicos, Mecanismos e Hitos Históricos Fundantes del Derecho Patriarcal*
Lorena Fries y Verónica Matus
3. *Las Interpretaciones del Derecho*
Ana Elena Obando
4. *De las Leyes de la lengua y la Lengua de las Leyes*
Yadira Calvo
5. *Hacia Otra Crítica del Derecho*
Alda Facio
6. *Bibliografía*

III. DERECHO CONSTITUCIONAL

1. *Introducción*
Marcela V. Rodriguez
2. *Igualdad, Democracia y Acciones Positivas*
Marcela V. Rodriguez
3. *Diseño Institucional, Presidencialismo y Parlamentarismo, ¿Hay Alguna Diferencia... Para las Mujeres?*
Marcela V. Rodriguez
4. *El Uso de las Normas Internacionales de Derechos Humanos ¡Error! Marcador no definido.en la Interpretacion Constitucional Para el Adelanto de los Derechos Humanos de las Mujeres*

Andrew Byrnes

5. *Garantías Constitucionales y Derechos de las Mujeres: Defensoría del Pueblo, Habeas Corpus y Amparo*

Samuel B. Abad Yupanqui

7. *Bibliografía*

IV. DERECHO DE FAMILIA

1. *Introducción*

Marcela Huaita Alegre

2. *El Mito de la Intervención del Estado en la Familia*

Frances E. Olsen

3. *Cambios Familiares: Familias, Políticas e Igualdad de Género*

Margrit Eichler

4. *Desigualdades de Género en las Consecuencias Económico-Financieras del Divorcio*

Marcela Huaita Alegre

5. *Derecho de Custodia, Neutralidad de Género, Derechos Humanos de la Mujer e Interés Superior del Niño o Niña*

Marcela Huaita Alegre

6. *Mediación en Casos de Violencia Doméstica*

Luz Rioseco Ortega

7. *Bibliografía*

V. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

1. *Introducción*

Luz Rioseco Ortega

2. *La Mujer en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano*

Gladys Acosta Vargas

3. *Sexualidad y Reproducción, Una Legislación para el Control: El Caso Chileno*

Lorena Fries y Verónica Matus

4. *Culminación de la Violencia Doméstica: Mujeres que Asesinan a sus Parejas – Defensas Penales Posibles*

Luz Rioseco Ortega

5. *Reflexiones Sobre los Procesos de Criminalidad y Criminalización de las Mujeres de América Latina Implicadas en Delitos Relacionados con Droga*

Carmen Anthony Garcia

6. *Criminología Feminista: ¿Un Discurso (Im)Posible?*

Carmen Campos

7. *Bibliografía*

PRESENTACION GENERAL

La elaboración de un texto como éste nos ha llevado a todas las que en el participamos a revivir nuestras historias particulares y a preguntarnos cómo llegamos a gozar del privilegio de la palabra, para transmitir lo vivido y lo aprendido. La oportunidad y el esfuerzo de los Programas del Women and International Law del Washington College of Law de la American University¹, y Mujer, Justicia y Genero del ILANUD, así como la Concertación Interamericana de Mujeres por los Derechos Humanos (CIMA), abrieron esa puerta para un conjunto de mujeres fundamentalmente latinoamericanas que, desde hace más o menos años, hemos emprendido la difícil tarea de cuestionar el derecho y su relación con las mujeres.

Encargadas en este proyecto patrocinado por el International Center for Research on Women (ICRW) through the Office of Women in Development, Global Bureau, United States Agency for International Development (USAID)² de detectar, sistematizar y elaborar un conjunto de artículos que aporten reflexiones y propuestas que desde la teoría feminista contribuyan a democratizar el derecho, nos sentimos satisfechas de este primer esfuerzo. Esperamos que se constituya en una guía para aquellas personas que hacen del derecho un instrumento por el cambio social.

En efecto, el derecho es uno de los sistemas normativos más poderosos para el disciplinamiento de hombres y mujeres en un determinado tipo de convivencia. Su fuerza simbólica radica en un sistema de legitimidades que facilita la aceptación de sus postulados normativos a las y los ciudadanos. La fuerza, como recurso validado ante la subversión del orden sexual, social, económico y político patriarcal que se impone, garantiza la mantención y reproducción de la cultura patriarcal, una cultura que hasta ahora es excluyente y discriminadora de la diferencia, en particular de aquella que constituimos las mujeres.

Así, el derecho se encarga de facilitar el traspaso de un determinado modelo político, social y sexual a las futuras generaciones. Para ello se constituye en una trama que por debajo de sus divisiones y categorías internas teje el hilo de las relaciones de poder en el que las mujeres y algunos grupos de hombres discriminados por razones de su pertenencia a una clase, raza, etnia, discapacidad, etc. quedamos atrapadas/os. Esta trama, en su dimensión jurídica, es evidenciable cuando se sustituyen las materias que regula el derecho por los sujetos en los que recaen las normas. En efecto, desde la sola mirada penal, constitucional o de familia, es fácil llegar a pensar que en algunos aspectos el derecho hoy, resulta anacrónico. Sin embargo, si a partir del sujeto específico mujer, identificamos el conjunto de normativas que la regulan, se abre un panorama más amplio, aquel que da cuenta de las restricciones vitales que vivimos las mujeres en nuestras

¹ The Women and International Law Program's Gender and Legal Education Project has been made possible through support provided by the International Center for Research on Women (ICRW) through the Office of Women in Development, Global Bureau, United States Agency for International Development (USAID), the Ford Foundation, and the Inter-American Development Bank.

² This publication was made possible through support provided by the International Center for Research on Women (ICRW) through the Office of Women in Development, Global Bureau, United States Agency for International Development (USAID) under the terms of Cooperative Agreement No. FAO-A-00-95-00030-00. The opinions expressed herein do not necessarily reflect the views of USAID or ICRW.

sociedades. De allí que este texto, a partir de las distinciones, instituciones y ramas tradicionales del derecho, haga un primer esfuerzo en develar cómo tras ellas se ocultan una serie de mecanismos que perpetúan la desigualdad entre los géneros.

En el capítulo introductorio nos hemos permitido establecer el marco teórico-conceptual unificador de todo el texto y necesario para facilitar la lectura de los capítulos que siguen. Se requiere otra mirada para analizar el derecho de forma tal que arroje nuevas posibilidades y propuestas para la convivencia futura entre seres humanos y aún son pocos/as los que conocen el cuerpo teórico que aportan las feministas. Así, los conceptos cómo patriarcado, género, feminismo, igualdad y la distinción entre lo público y privado, son desarrollados como condición de las lecturas posteriores.

En esta obra el derecho es considerado explícitamente una institución patriarcal en su sentido y función histórica y son develados sus mecanismos de discriminación en todos sus componentes, esto es, en el formal-normativo, estructural y político-cultural. Se abordan temas aparentemente neutros y que conciernen a hombres y mujeres por igual para demostrar que afectan diferenciadamente a unos y otras. A la vez se introducen nuevos temas sólo visibles gracias al aporte de los movimientos feministas y de mujeres, y que se refieren a problemáticas específicas que viven las mujeres por su condición de género subordinado. Se incluyen unos artículos extra jurídicos porque consideramos que no es posible entender y aprender el derecho si no se mira también desde otras disciplinas. Se proponen alternativas concretas para revertir la situación de discriminación que viven las mujeres una vez que se enfrentan al sistema jurídico y también se evidencian las críticas que desde el feminismo se le han hecho al derecho con el objetivo de democratizarlo. También se sugieren alternativas interesantes como la creación de una nueva rama del derecho centrada en la persona de sexo/género femenino. Obviamente, es más lo que dejamos por fuera que lo que pudimos incluir. Hay mucho camino todavía que recorrer.

Agradecemos la colaboración y el esfuerzo por aceptar la diferencias Norte-Sur de Lauren Gilbert, Joan Williams y Tammy Horn, incansables y respetuosas compañeras de trabajo en Washington D.C. así como el apoyo brindado por Denise Gilman, sin la cual no habríamos podido terminar a tiempo. También damos las gracias a nuestra traductora Paquita Cruz cuyo trabajo silencioso es invaluable. A la vez y como editoras de esta publicación agradecemos los aportes profesionales de las y los autores de los artículos que constituyen esta obra, así como los de Marcela Rodríguez, Ana Elena Obando, Marcela Huaita y Luz Rioseco, encargadas respectivamente de los Capítulos de Derecho Constitucional, Teoría General del Derecho, Derecho de Familia y Derecho Penal. Pedimos disculpas por los sinsabores que hayamos podido generar en este trayecto y deseamos, de todo corazón, que esta publicación sea el comienzo de una nueva actitud en las facultades de derecho en América Latina para con el aporte feminista a la ciencia jurídica.

Alda Facio y Lorena Fries
Editoras

FEMINISMO, GENERO Y PATRIARCADO

Alda Facio y Lorena Fries

Introducción

Conceptualmente, las diferencias entre los sexos no implican desigualdad legal. Es posible concebir a mujeres y hombres como legalmente iguales en su diferencia mutua. Pero ese no ha sido el caso, al menos en los últimos 5 o 6 mil años.³ Desde el punto de vista histórico, las diferencias entre los sexos y la desigualdad legal están estrechamente ligadas. ¿Por qué? Porque la diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando los primeros tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano. Desde entonces, la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres. Esta desigualdad podría haberse dado en contra del sexo masculino si el parámetro de lo humano hubiese sido a la inversa. Pero, está empíricamente probado que la jerarquización se hizo y se hace a favor de los varones. Es más en todas partes y en la mayoría abrumadora de las culturas conocidas, las mujeres somos consideradas de alguna manera o en algún grado, inferiores a los hombres. Cada cultura hace esta evaluación a su manera y en sus propios términos, a la vez que genera los mecanismos y las justificaciones necesarias para su mantenimiento y reproducción.

Sin embargo, a pesar de que en cada cultura el grado de inferioridad de las mujeres con respecto a los hombres y los argumentos para justificarla pueden ser distintos, todas las culturas conocidas tienen algunos rasgos comunes. Janet Saltzman⁴ ha identificado tres de éstos: 1) una ideología y su expresión en el lenguaje que explícitamente devalúa a las mujeres dándoles a ellas, a sus roles, sus labores, sus productos y su entorno social, menos prestigio y/o poder que el que se le da a los de los hombres; 2) significados negativos atribuidos a las mujeres y sus actividades a través de hechos simbólicos o mitos (que no siempre se expresan de forma explícita); y 3) estructuras que excluyen a las mujeres de la participación en, o el contacto con los espacios de los más altos poderes, o donde se cree que están los espacios de mayor poder tanto en lo económico y lo político como en lo cultural. Nosotras agregaríamos una cuarta característica: 4) el pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado, que lo divide todo en cosas o hechos de la naturaleza o de la cultura, y que al situar al hombre y lo masculino bajo la segunda categoría, y a la mujer y lo femenino bajo la primera, erige al hombre en parámetro o paradigma de lo humano, al tiempo que justifica la subordinación de las mujeres en función de sus pretendidos “roles naturales”.

La universalidad de la subordinación femenina, el hecho de que exista y que involucre los ámbitos de la sexualidad, la afectividad, la economía y la política en todas las sociedades, independientemente de sus grados de complejidad, da cuenta de que estamos ante algo muy profundo, e históricamente muy enraizado, algo que no podremos erradicar con un simple reacomodo de algunos roles en lo sexual o social, ni siquiera con reorganizar por completo las

³Ver, por ejemplo, Lerner, Gerda. *The Creation of a Patriarchy*. Oxford University Press, New York, 1986.

⁴Saltzman, Janet. *Equidad y genero*. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1992.

estructuras económicas y políticas. Instituciones como la familia, el Estado, la educación, las religiones, las ciencias y el derecho han servido para mantener y reproducir el estatus inferior de las mujeres.

En particular y por ser el derecho, en definitiva, la materia que nos ocupa en esta publicación, cabe señalar la importancia que éste tiene en el mantenimiento y reproducción de un sistema que trivializa la vida y experiencias de la mitad de la humanidad. La función social del derecho es regular la convivencia de hombres y mujeres en una sociedad determinada con el fin de promover la realización personal y colectiva de quienes hacen parte de una comunidad, en paz y armonía. Si ésto es cierto, cabe decir que el derecho no ha cumplido con esta finalidad. Leyes que esclavizan a las mujeres, que restringen de diferentes modos de acuerdo a su clase, etnia, raza, edad, habilidad, etc., sus posibilidades de ser y actuar en el mundo, que otorgan más poder económico, político y sexual a los hombres, sólo pueden profundizar una convivencia basada en la violencia y en el temor.

Por ello, repensar el derecho y su función social, es un desafío que va más allá de contar con “buenas leyes” o con “buenas resoluciones judiciales” para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad.

El concepto, teorías y perspectivas de género, así como el moderno entendimiento de lo que conforma el patriarcado o el sistema de dominación patriarcal son producto de las teorías feministas, es decir, de un conjunto de saberes, valores y prácticas explicativas de las causas, formas, mecanismos, justificaciones y expresiones de la subordinación de las mujeres que buscan transformarla. El género y el concepto de patriarcado, se enriquecen dinámicamente, en el marco del desarrollo de opciones políticas de transformación de las relaciones entre los sexos en nuestras sociedades, que plantean los diversos feminismos. Así, el interés por la “problemática” de género es más que académico. Involucra un deseo de cambio y la emergencia de un orden social y cultural en el cual el desarrollo de las potencialidades humanas esté abierto tanto a las mujeres como a los hombres. Se trata, en definitiva, del cambio de una forma de vida y de la ideología que la ha sustentado por miles de años.

Una ideología es un sistema coherente de creencias que orientan a las personas hacia una manera concreta de entender y valorar el mundo; proporciona una base para la evaluación de conductas y otros fenómenos sociales; y sugiere respuestas de comportamiento adecuadas. Una ideología “sexual” sería, entonces, un sistema de creencias que no sólo explica las relaciones y diferencias entre hombres y mujeres, sino que toma a uno de los sexos como parámetro de lo humano. Basándose en este parámetro, el sistema especifica derechos y responsabilidades, así como restricciones y recompensas, diferentes e inevitablemente desiguales en perjuicio del sexo que es entendido como diferente a...el modelo. Además, el sistema justifica las reacciones negativas ante quienes no se conforman, asegurándose así el mantenimiento del *estatus quo*.

Es éste el caso de las ideologías patriarcales que no sólo construyen las diferencias entre hombres y mujeres, sino que las construyen de manera que la inferioridad de éstas es entendida

como biológicamente inherente o natural. Aunque las diversas ideologías patriarcales construyen las diferencias entre los sexos de manera distinta, en realidad este tipo de ideologías sólo varían en el grado en que legitiman la desventaja femenina y en el número de personas que comparten un consenso sobre ellas.

Las ideologías patriarcales no sólo afectan a las mujeres al ubicarlas en un plano de inferioridad en la mayoría de los ámbitos de la vida, sino que restringen y limitan también a los hombres, a pesar de su estatus de privilegio. En efecto, al asignar a las mujeres un conjunto de características, comportamientos y roles “propios de su sexo”, los hombres quedan obligados a prescindir de estos roles, comportamientos y características y a tensar al máximo sus diferencias con ellas. Como dice Marcela Lagarde, de seguir por esta senda ideológica:

la dominación patriarcal se agudizará y se ampliará la brecha entre mujeres y hombres, aumentarán la feminización de la pobreza, la marginación de las mujeres, el femicidio (individual o tumultuario). Aumentará también la disputa patriarcal entre los hombres, crecerá la expropiación de millones de ellos realizada por cada vez menos hombres y sus poderosos mecanismos e instituciones, y con el neoliberalismo se agudizarán el machismo y la violencia de unos hombres contra otros.

Si no enfrentamos con eficacia y efectividad el sentido patriarcal de la vida, cada año y cada día que pasen, en lugar de aminorar, los sexismos se sumarán a otras formas de dominación nacional, de clase, etnocida. Los sexismos, como hasta ahora, serán atizados y usados como combustible para los neofacismos, la fobia a los extranjeros, a las personas de otras opciones políticas, de otras creencias y prácticas religiosas o mágicas, sexuales, estéticas. La fobia a los otros, a las otras, se reproduce por el fomento de la desidentificación entre personas diferentes. Esta creencia dogmática, refuerza la tesis de que sólo pueden identificarse positivamente, entre sí, las personas y grupos semejantes. La fobia al otro, como sustrato cultural y de la autoidentidad llega al extremo cuando el horror, el rechazo y el daño se legitiman y abarcan a cualquiera.⁵

En otras palabras, la ideología patriarcal no sólo explica y construye las diferencias entre mujeres y hombres como biológicamente inherentes y naturales, sino que mantiene y agudiza otras (todas) formas de dominación. Fue gracias a la distinción entre sexo y género que hicieron varias científicas sociales, que las feministas logramos develar la falsedad de las ideologías patriarcales. Realizada esta tarea, el feminismo se abocó a develar el sexismo presente en todas, o casi todas, las estructuras o instituciones sociales. Las teorías y perspectivas de género y la elaboración posterior de la teorías sobre el sistema de sexo-género son parte del legado teórico del feminismo. Es más, estas teorías han logrado un nivel tal de aceptación política e intelectual, que no es posible desconocerlas en el mundo de la producción de saberes, incluido el derecho.

⁵Lagarde, Marcela. *Identidad de Género y Derechos Humanos: La construcción de las humanas*, en *Caminando Hacia la Igualdad Real. Manual en Módulos. Programa Mujer, Justicia y Género*, Ilanud, 1997.

En las secciones que siguen, procuraremos dar cuenta de la riqueza teórica del feminismo y de sus aportes al mundo del derecho. En primer lugar, presentaremos sintéticamente un conjunto de elementos o principios que compartimos la gran mayoría de las feministas latinoamericanas, luego desarrollaremos algunos conceptos fundamentales sobre las que se basa la teoría feminista, las principales instituciones de reproducción y mantención de la subordinación de las mujeres, entre ellas, el derecho.

En definitiva, las y los invitamos a reflexionar en lo que han sido nuestras actuales formas de convivencia, sus resultados, y a imaginar otras que permitan el pleno desarrollo de todas las potencialidades humanas para hombres y para mujeres, así como para todas las criaturas vivas que habitan este planeta en conjunto con nosotras/os. Para construir una convivencia humana basada en el respeto a la diversidad tenemos que conocer mejor y más profundamente cómo y qué efectos tiene en nuestras vidas y en nuestra manera de entender el mundo, la construcción social de los géneros y la forma cómo ésto nos hace ver y sentir la realidad.

I. Feminismo

Conocer el pensamiento feminista no sólo es importante para entender las aspiraciones del movimiento más importante del siglo XX, sino para comprender el rol que ha desempeñado el derecho en la mantención y reproducción de la ideología y estructuras que conforman el Patriarcado. Además, el feminismo es un rico instrumento para llenar de contenidos más democráticos los valores que podríamos querer preservar. Es decir, conociendo el pensamiento feminista, podríamos mantener —dándoles otro contenido— los principios e instituciones que el mismo derecho nos ha enseñado a valorar para así poder lograr más justicia y armonía en nuestras sociedades.

El pensamiento feminista es desconocido por la gran mayoría de los y las juristas latinoamericanos, por lo que no es de extrañar que esté ausente en la enseñanza del derecho. Es más, dado que el poder de definir y atribuir significados a los conceptos es una de las prerrogativas del poder masculino, no es de extrañar que los diccionarios definan el feminismo restrictivamente, como “una doctrina social que concede a la mujer igual capacidad y los mismos derechos que a los hombres.”⁶ Con esta definición se ignora la variedad de explicaciones que, desde múltiples disciplinas sociales, dan cuenta de la subordinación de las mujeres, el impacto que ésta tiene en todas las estructuras sociales, políticas y económicas y el potencial transformador de las teorías y prácticas feministas.

De acuerdo a Castells⁷ “entenderemos por feminismo lo relativo a todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad, y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad en que ya no tengan cabida las discriminaciones por razón de sexo y género.” Es una ideología plural y diversa con un solo objetivo político: transformar la situación de subordinación de las mujeres en todo el mundo. La teoría feminista es a su vez, la producción

⁶Diccionario Ideológico de la Lengua Española. Julio Casares de la Real Academia Española, 1975

⁷Castells, Carmen. Perspectivas feministas en teoría política. Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1996, pág. 10.

teórica que se enmarca dentro del contexto feminista y que tiene como característica principal ser comprometida. Es decir, “quiere entender la sociedad con el objeto de desafiarla y cambiarla; su objetivo no es el conocimiento abstracto sino el conocimiento susceptible de ser utilizado como guía y de informar la práctica política feminista”⁸

Vemos así que la definición que da el diccionario patriarcal no es correcta. En primer lugar, el feminismo es mucho más que una doctrina social; es un movimiento social y político, es también una ideología y una teoría, que parte de la toma de conciencia de las mujeres como colectivo humano subordinado, discriminado y oprimido por el colectivo de hombres en el patriarcado, para luchar por la liberación de nuestro sexo y nuestro género. El feminismo no se circunscribe a luchar por los derechos de las mujeres sino a cuestionar profundamente y desde una perspectiva nueva, todas las estructuras de poder, incluyendo, pero no reducidas a, las de género. De ahí que, cuando se habla de feminismo, se aluda a profundas transformaciones en la sociedad que afectan necesariamente a hombres y mujeres. Las feministas pensamos que los hombres que pertenecen a colectivos subordinados, oprimidos y discriminados por su raza, etnia, clase, edad, orientación sexual, discapacidad, etc. podrían enriquecer su accionar político a partir de un análisis feminista de sus privilegios de género para entender cómo y cuánto éstos contribuyen a la mantención del poder de unos cuantos hombres sobre la mayoría de los seres humanos.

En segundo lugar, el feminismo no “concede a la mujer igual capacidad y los mismos derechos que a los hombres”. Al contrario, partiendo de su diferencia y porque ésta no ha tenido lugar en el mundo, cuestiona profundamente todas las estructuras e ideologías que han mantenido al hombre como central a la experiencia humana. El feminismo lucha precisamente contra esa forma androcéntrica de ver el mundo, que considera que el hombre es el modelo de ser humano y por ende, que la suprema mejora de la mujer es elevarla a la categoría de los hombres (que desde el punto de vista patriarcal es sinónimo de elevarla a la categoría de ser humano). Desde el feminismo la singularización del genérico femenino en “la mujer” y la pluralización de “los hombres” dan cuenta de la estrategia de naturalización y homogenización del sistema de dominación masculina para meter dentro de un mismo saco a todas las mujeres independientemente de sus diferencias.

En tercer lugar, es difícil hablar de “feminismo” en singular ya que existen distintas corrientes. Es precisamente su pluralidad ideológica y de prácticas la que permite comprender cómo y qué tan profundamente la ideología patriarcal permea todas las cosmovisiones, el conocimiento y hasta nuestros sentimientos más íntimos. En el marco de esta diversidad hay consensos y disensos al igual que en cualquier otra corriente de pensamiento. Entre los elementos o principios comunes que compartimos todas las feministas destacamos los siguientes:

a) La creencia de que todas las personas --mujeres y hombres-- valemos en tanto seres humanos igualmente diferentes e igualmente semejantes, tanto dentro de cada uno de estos dos grandes colectivos humanos, como entre el colectivo de hombres y el de mujeres. Es decir, si bien somos todos seres humanos, a la vez somos diferentes en términos de individualidades y en términos de colectivos. Sin embargo estas diferencias no deben significar una mayor valoración

⁸Bryson, V. *Feminist Political Theory. An introduction*. Macmillan, Londres, 1992, pág. 1.

de un grupo en desmedro de otro, menos aún cuando se trata de diferencias que no dependen de adscripciones sino que de condiciones del ser. Subvalorar por razones de sexo, etnia, raza, etc. es rechazar la totalidad humana de una persona y el feminismo es, por sobre todas las cosas, humanista.

Así, el embarazo, el parto, la menstruación, el climaterio, etc. no son los causantes de "problemas jurídicos" como generalmente se nos ha dicho. Son realidades que dan cuenta de las diferencias actuales entre mujeres y hombres. El derecho, sin embargo, los ha convertido en "problemas" al calificarlos de situaciones especiales o fuera de lo común, ¡a pesar de que son vividos por más de la mitad del género humano! El derecho parte del punto de vista masculino, los intereses y necesidades de las mujeres que nacen de esas diferencias, son vistos como extraordinarios o particulares a un sector de la población. Es decir, como cuestiones a las cuales el derecho debe dar un trato "especial" por no ser necesidades del género humano. Más aun, el derecho da respuesta exclusivamente a los intereses de los hombres y trata dichas necesidades como universales al ser humano y no como propias de una mitad de los sujetos del derecho. Si el derecho fuese realmente neutral, tendría que tratar las necesidades exclusivas de cualesquiera de los sexos, como situaciones que requieren de un trato especial. Mientras las de los hombres se equiparen a las necesidades humanas y las de las mujeres sean tratadas como "específicas", el derecho seguirá siendo androcéntrico, que es lo mismo que decir no objetivo, no neutral y definitivamente parcial al sexo masculino.

Tomemos un ejemplo para clarificar lo anterior. El derecho reconoce y protege la necesidad que tienen los hombres de tener certeza sobre la paternidad biológica. Para ello, es necesario activar mecanismos de control sobre la sexualidad y capacidad reproductiva femenina, y por extensión controlar la reproducción humana. Esto último a pesar de que es en el cuerpo de las mujeres que se realiza esta importante función. Así, el derecho pretende pasar por universal una necesidad que es de los varones y que además repercute en la restricción del ejercicio de autonomía sexual y reproductiva de las mujeres. Es el caso de la prohibición del aborto o de la diferencia que existía entre el adulterio de un hombre (amancebamiento) y el de una mujer.

La impotencia de los hombres en relación a la reproducción humana es la que está en la base de la legislación y doctrina familiar. Por ejemplo, todavía existen artículos en muchos códigos civiles o de familia que prohíben a las mujeres divorciadas volver a contraer nupcias hasta no parir o hasta que hayan pasado trescientos y tantos días que verifican la paternidad ante un eventual embarazo. Es obvio que ésta no es una necesidad de las mujeres y, sin embargo, esta situación es regulada por el derecho como si fuera una necesidad de la humanidad toda. Peor aún, es regulada en detrimento de la libertad de las mujeres de contraer o no nuevas nupcias. Los legisladores no consideran más relevante, por ejemplo, que esa certeza se dirija a darle un padre y una madre a la niña o niño y que la sociedad asuma su responsabilidad en la crianza y desarrollo de ellos. Un derecho con estas características podría contribuir a llenar una necesidad social que involucra a las mujeres y de paso promovería el ejercicio de una paternidad responsable más allá de factores biológicos.

Esta calificación de "especiales" a las necesidades de las mujeres generalmente se traduce en derechos de menor valor o cuya eficacia merece dudas. Es el caso de las pensiones

alimenticias o de los fueros maternales y de sus consecuencias para que las mujeres consigan empleos.

b) El segundo principio es que todas las formas de discriminación y opresión son igualmente oprobiosas; descansan las unas en las otras y se nutren mutuamente. Por eso, la mayoría de las corrientes feministas no exige simplemente más derechos para las mujeres sino que cuestiona cómo se van a ejercer esos derechos y a quiénes van a beneficiar. Ciertamente es que a veces la estrategia del feminismo es apoyar ciertas reformas legislativas que, al principio, probablemente sólo beneficiarán a las mujeres de clase media alta, pero se apoyan estas iniciativas con la esperanza de que transformen las relaciones de poder, y no porque se crea que con darles derechos a las mujeres de clase media se logra la eliminación de la subordinación de todas las mujeres.

Desafortunadamente, el derecho no hace las conexiones necesarias entre las distintas discriminaciones que prohíbe sino que las trata como si fueran fenómenos aislados. Peor aún, en muchos casos trata la discriminación basada en el sexo o el género como algo natural al cual el derecho no debe dar solución y más bien debe reforzar. Así por ejemplo, hasta mediados de este siglo, nuestros códigos civiles reservaban a la mujer la calidad de "relativamente" incapaz jurídicamente en razón de su natural incapacidad para actuar en la vida jurídica, homologándola a los menores adultos. También se autorizaba al marido a corregir moderadamente el actuar de sus subordinados en el núcleo familiar ya que se le debía obediencia a cambio de la protección y provisión que éste brindaba.

c) El tercer principio tiene relación con el sentido de la existencia humana. Las teorías feministas parten de que la armonía y la felicidad son más importantes que la acumulación de riqueza a través de la producción, el poder y la propiedad. Las personas somos parte de una red humana interdependiente en la que lo que afecta a una también afecta a la otra. Así como la oprimida es deshumanizada, el opresor también pierde su pertenencia a la humanidad en cuanto oprime otra vida. El feminismo se opone al poder sobre las personas y propone a cambio el poder de las personas.

Desde el derecho, sin embargo, se han reproducido históricamente relaciones de poder sobre otros, y en particular sobre todas las mujeres. El deber de obediencia de la mujer a su marido, la obligación de seguirlo a su lugar de residencia, la pérdida de apellido cuando se casaba, la no criminalización de la violencia sexual en el matrimonio, etc. son algunos ejemplos de cómo ha operado el derecho y en beneficio de quién. Es reciente el cambio en nuestros códigos civiles por estatutos más igualitarios y aún presentan deficiencias. En efecto, cuando se trata de cambiar una concepción sobre las relaciones entre hombres y mujeres, debe abordarse el problema integralmente y debe buscarse en todo el tramado jurídico normativo las expresiones de dicha desigualdad. No siempre se ha operado así en las reformas realizadas y por ejemplo subsisten normas penales discriminatorias con normas civiles igualitarias o viceversa.

d) Lo personal es político. Esta afirmación es precisamente lo que amplía el análisis sobre el poder y el control social a aquellos espacios tradicionalmente excluidos de este tipo de análisis. En efecto, el patriarcado distingue dos esferas de acción y producción simbólica totalmente separadas e independientes entre sí. Una, la pública, es reservada a los varones para el

ejercicio del poder político, social, del saber, económico, etc.; y la otra es para las mujeres quienes asumen subordinadamente el rol esposas y madres. Por supuesto esta distinción sólo es aplicable a las mujeres, puesto que los hombres transitan y en definitiva gobiernan ambas esferas.

Los valores democráticos deben vivirse tanto en la esfera pública como en la privada:

De esta manera, el feminismo critica la tendencia a ofrecer una serie de valores que deben guiar las interacciones en lo personal o lo privado, y otra serie de valores que deben guiar las interacciones en el mundo público de la política y el poder. La empatía, la compasión y los valores orientados hacia la persona, son los que deben ser valorados y afirmados no sólo en la familia y el hogar sino también en el diseño de políticas, en la diplomacia y en la forma en que se practica la política.⁹

Que lo personal es político también se refiere a que las discriminaciones, opresiones y violencia que sufrimos las mujeres no son un problema individual, que sólo concierne a las personas involucradas, sino que la expresión individual de esa violencia en la intimidad es parte de una estructural que por tanto responde a un sistema y a las estructuras de poder. Se trata entonces de un problema social y político que requiere de soluciones en ese nivel. Así, el silencio de las mujeres frente a la violencia es parte de la conducta esperada de parte del patriarcado; es la respuesta para la cual todo el aparato estatal y la sociedad en su conjunto, está preparada, mientras que la denuncia da cuenta de la incapacidad de dichas estructuras para asegurar el ejercicio de los derechos humanos tan universalmente planteados.

En el derecho la distinción público/privado cruza todo el entramado normativo y responde a los parámetros que definen ambas esferas en las sociedades patriarcales. En efecto, las mujeres son tratadas explícitamente a propósito de la familia o de la sexualidad, es decir en relación a ámbitos propios de lo privado, a la par que son excluidas del ámbito público como lo demuestra su reciente conquista (menos de 100 años en Europa y menos de 50 años en muchos países latinoamericanos) del voto. Por otra parte, si bien se castiga la violencia sexual ejercida por extraños, no se penalizaban tradicionalmente conductas como la violación o el maltrato del marido a la mujer. Se trataba de una esfera gobernada por el jefe del hogar en la que el derecho actuaba como consagrador y legitimador de dicho poder.

Una tercera y última dimensión de "lo personal es político" dice relación con la necesaria integración del discurso y la práctica y viceversa.

e) Un quinto elemento, común o de consenso entre las feministas es que la subordinación de las mujeres tiene como uno de sus objetivos el disciplinamiento y control de nuestros cuerpos. Toda forma de dominación se expresa en los cuerpos ya que son éstos en última instancia los que nos dan singularidad en el mundo. En el caso de las mujeres, el disciplinamiento ha sido ejercido por los hombres y las instituciones que ellos han creado, la medicina, el derecho, la religión, con

⁹Harris, Kay. Moving into the New Millenium, en Criminology as peacemaking. Pepinsky Quinney, Comp. Indiana University, 1991, pág. 88.

el fin de controlar la sexualidad y la capacidad reproductiva de las mujeres, expresión de la diferencia sexual.

En el derecho, son muchas las manifestaciones de este control. Por una parte, la heterosexualidad impuesta como requisito de la esencia para constituir familia a través del matrimonio. Por otra, el que dentro de la institución matrimonial patriarcal sea el marido el que tiene la autoridad, reflejada hasta hace poco por el deber de obediencia de la mujer y por su incapacidad para actuar por sí misma en el ámbito público jurídico, es expresión de este control. Más aún, el que durante más de un siglo se tolerara la violación conyugal y la violencia física dentro del ámbito familiar también da cuenta de hasta dónde el derecho ha legitimado al varón en el uso de la fuerza sobre nuestros cuerpos para dominarnos.

f) El género es una categoría social como lo es la raza, la clase, la edad, etc. que atraviesa y es atravesada por todas las otras categorías sociales. Tiene su base material en un fenómeno natural, de nacimiento que es el sexo, cuya desaparición no depende de la desaparición de las diferencias sexuales así como la desaparición del racismo no depende de la eliminación de las distintas etnias. La perspectiva de género (feminista) por su parte, permite visibilizar la realidad que viven las mujeres así como los procesos culturales de socialización que internalizan y refuerzan los mecanismos de subordinación de las mujeres. En este sentido, la perspectiva de género no sólo analiza la relación de subordinación entre las mujeres y los varones sino que también las relaciones entre mujeres y la funcionalidad de sus prácticas con el sistema patriarcal. No entraremos a profundizar en este punto pues es el que se desarrolla a continuación.

II. Género

El origen del concepto de género y su distinción del de sexo se debe a investigaciones en torno a varios casos de niñas y niños que habían sido asignados al sexo al que no pertenecían genética, anatómica y/u hormonalmente. Uno de los casos más famosos sobre gemelos idénticos fue estudiado por el psiquiatra Robert Stoller. Debido a un accidente en el momento de realizarles la circuncisión, a uno de ellos le amputaron el órgano sexual. Los médicos y su familia consideraron que, dadas las circunstancias, era preferible socializarlo como niña a que viviera su vida como un varón sin pene. Fue así como este ser creció con la identidad sexual de una niña mientras su hermano gemelo vivía como niño. Esto hizo pensar a Stoller que la identidad sexual no siempre es resultado del sexo al que se pertenece y decidió continuar con sus investigaciones.

Es más, la apropiación del término “género” por parte de la teoría feminista, viene directamente de un libro escrito por Stoller entitulado “Sex and Gender” en el cual Stoller dice que el género se refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica.”¹⁰ Este libro describe cientos de casos de bebés genéticamente femeninas con genitales masculinizados. Unas fueron socializadas como niños y otras como niñas. Stoller encontró que estas personas que genéticamente eran femeninas, generalmente asumieron la identidad sexual asignada, lo cual unas veces correspondía a la identidad biológica pero otras no.

¹⁰Stoller, Robert. Sex and Gender. Science House, New York, 1968, pág. vii.

Estos casos y otros muchos hicieron suponer a las y los científicos/as que lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico sino el hecho de ser socializado/a, desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo. Es más, Stoller concluye en su libro que la asignación del rol casi siempre es más determinante en el establecimiento de la identidad sexual que la carga genética, hormonal o biológica. A esa identidad que se fundamenta en la asignación del rol con base, generalmente pero no siempre, en el sexo biológico, él la llamó identidad de género para diferenciarla de la determinación sexual basada únicamente en la anatomía.

En 1972, Ann Oakley escribió su famoso tratado “Sexo, Género y Sociedad”¹¹ que es el primero en introducir el término género en el discurso de las ciencias sociales. A partir de entonces, la distinción entre sexo y género fue usada por cientos de feministas como un instrumento válido para explicar la subordinación de las mujeres como algo construido socialmente y no justificado en la biología. Este fue un paso importantísimo en la lucha contra la subordinación de las mujeres si pensamos que por siglos se insistía en que eramos biológicamente inferiores a los hombres. Existen volúmenes y volúmenes de libros sobre la inferioridad mental y física de la mujer desde distintas disciplinas como la filosofía, la historia, la medicina, el derecho, la antropología, etc. Mientras se mantuvo que las mujeres eramos inferiores debido a nuestra anatomía, ésta era nuestro destino.

Sin embargo no sería correcto atribuirle todo el reconocimiento a Ann Oakley. Sabemos, por ejemplo, que Aphra Behn¹², nacida en 1640, escribió varios ensayos y obras de teatro en las que denunciaba a los hombres por criticar a las mujeres de ignorantes cuando ellos mismos eran quienes les prohibían estudiar latín y griego. En muchas de sus obras Aphra habla de como la sociedad es quien inferioriza a las mujeres y no su anatomía. Y también sabemos que Olympe de Gouges, en 1789, escribió su famosa Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana; y Mary Wollstonecraft¹³, en 1792, escribió su famoso “Vindication of the Rights of Women”. En ambos las autoras denuncian como la sociedad, y no la biología, incapacita a las mujeres para el trabajo intelectual y hasta para ciertos trabajos físicos. Es posible que otras mujeres en épocas aún más remotas también se hayan dado cuenta de que es la sociedad y no la biología la que dictamina que las mujeres son de la casa y los hombres de la calle. Sin embargo, no conocemos la mayor parte de las teorías que explican la subordinación de las mujeres con base en la socialización patriarcal porque éstas han sido borradas de la historia.

Afortunadamente, a partir de 1972, se han podido ir desarrollando teorías más sofisticadas para explicar cómo y cuánto participa la sociedad en la construcción de la identidad masculina y femenina. Como el estatus de las mujeres no se debe a un factor único, existen diversas teorías sobre el género que enfatizan distintos aspectos de éste. Sin embargo, se puede afirmar que la mayoría coinciden en que a partir de una importancia exagerada a las diferencias biológicas --y de una invisibilización de las grandes similitudes-- se construyen las diferencias/desigualdades constitutivas de cada sexo: a los bebés con genitales masculinos --o

¹¹Oakley, Ann. *Sex, Gender and Society*. Temple Smith, London, 1972.

¹²Goreau, Angeline. *Reconstructing Aphra: a social biography of Aphra Behn*. The Dial Press, New York, 1980.

¹³Wollstonecraft, Mary. *Vindication of the Rights of Woman*. Pelican Classics, Penguin Books, London, 1978.

masculinizados-- se les asigna unas características y a las bebés con genitales femeninos --o feminizados-- las características contrarias, de tal manera que mientras que de los primeros en las sociedades latinoamericanas, por ejemplo, se espera un comportamiento agresivo, racional, activo, público, etc. de las segundas se espera el comportamiento contrario: dulces, emocionales, pasivas, hogareñas, etc., características éstas de menor prestigio que las primeras. Esto no quiere decir que todos los hombres son fuertes, agresivos y racionales, ni que todas las mujeres son débiles, dulces e intuitivas, sino que esas son las características que conforman aún el ideal de lo masculino y femenino en la Latinoamérica del siglo XX.

La cuestión se complica un poco cuando entendemos que esa asignación de características, comportamientos y roles tiene elementos descriptivos y normativos a la vez. Algunas veces se dice que los hombres son racionales, activos, independientes, fuertes, etc. y otras se dice que deberían ser racionales, fuertes, etc. Esto hace que el funcionamiento del sistema por medio del cual se van construyendo las identidades de mujeres y hombres desde su nacimiento o antes, sea más difícil de aprehender. Ninguna mujer y ningún hombre puede identificarse cien por ciento con todas las atribuciones que su propia cultura asigna a cada sexo. Así, algunas personas se resisten a aceptar que su identidad fue construida desde afuera y se aferran a la idea de que son como son, porque así nacieron. Si bien es cierto que nadie puede identificarse totalmente con su género, también lo es que nadie puede honestamente decir que no ha sido marcada/o por él.

Se complica aún más en tanto, entre más se ha estudiado la construcción de las identidades de género, más se ha comprendido que nos falta mucho por descubrir. Por ejemplo, todavía no se sabe muy bien por qué personas que desde su nacimiento han sido socializadas de acuerdo al género que el sexo asignado requería, no se identifican con el género asignado aunque a veces sí, y a veces no, con el sexo atribuido. Se ha visto que el género, a pesar de ser impuesto socialmente, es vivido como muy propio y a veces, hasta como algo conquistado. Pero todavía hay una complicación más: la identidad de género no se construye aislada de otras categorías sociales como la raza/etnia o la clase socioeconómica y es calificada por la edad, la orientación sexual, el grado de capacidad/habilidad, la nacionalidad, etc. De manera que la sociedad no construye a todas las mujeres idénticamente subordinadas ni a todos los hombres con los mismos privilegios aunque sí en su universalidad las mujeres son subordinadas por los hombres. Es difícil reconocer que la mujer de clase alta, en edad reproductiva, adinerada, sin discapacidades visibles, blanca, esposa de un banquero, pueda compartir la subordinación de género con una mujer pobre, vieja, discapacitada, lesbiana y negra. Pero así es. Ambas comparten el mandato de ser para un hombre, dedicarse centralmente a los hijos y a la casa; ambas son invisibilizadas por el lenguaje, marginadas de la historia, y permanentemente víctimas potenciales del abuso y acoso sexual. Ambas viven en un mundo que simbólicamente las aniquila y que constantemente les recuerda que ser mujer es no ser persona y sin embargo cada una pertenece a una cultura que representa de distintas maneras esta subordinación.

Por esto, Barrie Thorne, Cheri Kramarae y Nancy Henley han insistido en que “el género no es un hecho unitario ni natural, pero toma forma en relaciones sociales concretas e historicamente cambiantes.”¹⁴ Al igual, para Gerda Lerner: “Es la definición cultural del

¹⁴Language Gender and Society. Thorne, Barrie; Kramarae, Cheri; y Henley, Nancy, Ed. Newbury House, 1983.

comportamiento asignado como apropiado para cada uno de los sexos en una sociedad determinada. El género es un conjunto de roles culturales. Es un disfraz, una máscara con la que hombres y mujeres bailan su desigual danza”.¹⁵

El concepto de género alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales. Este concepto, sin embargo, no es abstracto ni universal, en tanto se concreta en cada sociedad de acuerdo a contextos espaciales y temporales, a la vez que se redefine constantemente a la luz de otras realidades como la de clase, etnia, edad, nacionalidad, habilidad, etc. De allí que las formas en que se nos revelan los géneros en cada sociedad o grupo humano varía atendiendo a los factores de la realidad que concursan con éste.

La atribución de características, comportamientos y roles dicotómicos a cada uno de los sexos es un problema de discriminación contra las mujeres porque, como ya se dijo, los de las mujeres gozan de menor o ningún valor. Pero el problema es más serio aún: las características, comportamientos y roles que cada sociedad atribuye a los hombres, son las mismas que se le asignan al género humano. De esta manera lo masculino se convierte en el modelo de lo humano. Esto dificulta aún más la eliminación de la discriminación contra las mujeres porque ya no se trata solamente de eliminar estereotipos y cambiar roles sino que es necesario reconceptualizar al ser humano, tarea que implica reconstruir todo el “saber” que hasta ahora ha partido de una premisa falsa: el hombre como modelo o paradigma de lo humano y la mujer como “lo otro”.

En síntesis, las teorías de género insisten en la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo. Según estas teorías, el sistema de sexo-género atribuye características, aptitudes y actitudes a cada uno de los dos sexos de manera tal que las atribuidas al masculino gozan de mayor prestigio y se erigen en las características, actitudes y valores paradigmáticas del ser humano. Al insistir en que éstas son atribuidas a cada sexo desde antes de nacer la persona, estas teorías están esbozando las razones ideológicas y políticas de asignarle a cada sexo características jerarquizadas y diametralmente opuestas.

El problema fue que al desarrollar las teorías sobre el sistema de sexo-género, se obvió el hecho de que lo que se entiende por sexo también es culturalmente construido, como lo es del mismo modo que en la mayoría de nuestras culturas, solo se reconocen dos sexos. Tal problema produjo muchas críticas, entre las cuales estaba la de que su explicación del estatus subordinado de las mujeres seguía dependiendo de un hecho de la naturaleza: el sexo. También se le criticó su direccionalidad: descansa en una matriz que va de lo biológico a lo social, del sexo al género. Posteriores desarrollos han demostrado que para explicar la subordinación de las mujeres se debe partir de lo social a lo biológico. En otras palabras, la cultura no solo atribuye y construye el género, sino que ¡crea e inventa el sexo!

Es obvio, entonces, que el concepto de género no es esencialista, ya que mucho se ha insistido en su carácter histórico y cambiante. El problema radica más bien en la teoría del

¹⁵Lerner, op. cit.

sistema de sexo-género desarrollada principalmente por Rubin¹⁶. De acuerdo a esta teoría, la niña al nacer es solamente un ejemplar de la hembra de la especie humana, convirtiéndose en un ser subordinado a la supremacía masculina gracias a la acción de la sociedad en la cual nació. Es así que, siempre según Rubin, una hembra nace hembra gracias a su sexo; se convierte en mujer gracias al género que le atribuyen y que ella acepta como propio.

Como es fácil comprobar, la teoría de Rubin y otras similares, trascienden las explicaciones biologicistas sobre la subordinación de las mujeres pero se basan en la dicotomización del binomio naturaleza/cultura al colocar el sexo en la esfera de la primera y el género en la de la segunda. De esta manera, si bien el género es explicado como una categoría cambiante e histórica, el sexo permanece estático. Esta dependencia de un concepto inmutable es lo que ha llevado a algunas personas a tildar estas teorías de esencialistas. Pero, que el sexo haya sido entendido por las creadoras de las teorías del sistema de sexo-género como algo inmutable y ahistórico no es del todo correcto. Muchas reconocen que la base biológica del género, es decir, el sexo, es siempre culturalmente experimentada. Esto quiere decir que aunque se ha explicado el sistema de sexo/género echando mano del pensamiento dicotómico prevaleciente en nuestras culturas patriarcales, se ha hecho para facilitar la comprensión de este sistema tan complejo. Por ello, algunas feministas prefieren hablar de relaciones de género en vez del sistema de sexo-género, haciendo énfasis en el carácter relacional del concepto.

Como explica Saffioti¹⁷, las personas al nacer son transformadas, a través de las relaciones de género, en mujeres y hombres, de manera tal que cada una de estas categorías-identidades, excluye a la otra. Así, el sexo anatómicamente configurado sugiere, en términos estadísticos, la transformación de ciertos individuos en mujeres y de otros en hombres. El convertirse en una u otro es por lo tanto obra de las relaciones de género y no de la biología o la anatomía. Tan es así que bebés de genitales masculinos pueden convertirse en mujeres así como bebés de genitales femeninos, en hombres. Desde la perspectiva de las relaciones de género, hombres y mujeres son ambos prisioneros del género, pero de maneras altamente diferenciadas aunque interrelacionadas. Resulta interesante que aunque el derecho sancione a todas aquellas personas que no se conforman con su género, es más fácil recurrir a procedimientos quirúrgicos para cambiar los genitales y otras características sexuales, que tratar de alterar el género. Recordemos que aunque éste es socialmente impuesto a una persona, es percibido por ella como propio o conquistado y por ende inviolable

Es así como de una explicación biologicista (sexista) de las diferencias entre hombres y mujeres (en realidad justificaciones de los privilegios masculinos), pasando por teorías que tal vez pecaron de simplistas o esencialistas (las teorías del sistema de sexo-género) se llegó a una (la teoría de las relaciones de género) que devela el esfuerzo de la ideología patriarcal por naturalizar procesos sociales y que demuestra que la creación de seres heterosexuales con una identidad de género aprobada por su sociedad, se debe a un proceso social extremadamente complejo y profundamente no natural; una teoría que concibe el sexo como una relación vivida y mutable, es decir, que insiste en su naturaleza relacional. De ahí que se entienda que el género

¹⁶Rubin, Gayle. El tráfico de mujeres: notas sobre una economía política del sexo. Centro de Estudios de la Mujer, Santiago, Chile, 1985.

¹⁷Saffioti, Heleieth. Rearticulando género e classe social, en Uma Questao de Género. Fundacao Carlos Chagas, Editora Rosa dos Tempos, Rio de Janeiro, 1992, págs. 183-87.

es construido no con base en algo inmutable, sino en relación al otro género, tan mutable e histórico como el mismo.

El derecho desempeña un papel importante en estas relaciones de género, como veremos a lo largo del presente libro. Por ahora, baste decir que para el derecho, sexo y género, en relación a las mujeres, son fusionados en un solo concepto: el sexo femenino, entendido como un hecho natural, ahistórico e inmutable. En relación a los hombres, en cambio, el tema no tiene importancia porque éste los mira como comprendidos dentro de su “sujeto único”.

Finalmente cabe señalar que ha sido tan importante el aporte de las feministas a través de las teorías de género que la ONU acepta y valida la perspectiva feminista como categoría descriptiva de la situación de discriminación que viven las mujeres. Más aun, exige a los Estados integrarlo en todas las políticas y programas así como en la legislación. Define la incorporación de la perspectiva de género como una estrategia para hacer que los intereses y experiencias tanto de mujeres como de hombres sean una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todas las esferas del quehacer humano, con el objetivo de que todas las personas se beneficien igualmente y para que la desigualdad de lo femenino con respecto a lo masculino no sea perpetuada. El objetivo último de esta estrategia sería pues, lograr la igualdad entre mujeres y hombres.

1. Sobre las perspectivas; la androcéntrica y las género sensitivas

Una de las principales características de nuestras culturas y tradiciones intelectuales, es que son androcéntricas, centradas en el hombre, y que han hecho de éste el paradigma de lo humano. Una cultura androcéntrica es aquella en la que el hombre, sus intereses y sus experiencias son el centro del universo. Algo tan falso como cuando la gente creía que el Sol daba vueltas alrededor de la Tierra. Falsedad que era percibida y vivida por todos como una verdad incuestionable. Como hoy sabemos que es la Tierra la que gira alrededor del Sol, nos parece engreído creer lo contrario. Pero ese no es el caso con el androcentrismo. Este sigue percibiéndose como “la verdad” o, al menos como son las cosas y punto, excepto cuando vemos la realidad desde una perspectiva de género.

Pero si el hombre es percibido como el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden principalmente a las necesidades e intereses del varón y, cuando mucho, a las necesidades o intereses que el varón cree tienen las mujeres. Si el hombre se asume como representante de la humanidad toda, todos los estudios, análisis, investigaciones, narraciones y propuestas se enfocan únicamente desde la perspectiva masculina, la cual no es asumida en su parcialidad, sino como una no perspectiva, como un hecho totalmente objetivo, universal e imparcial. En virtud del androcentrismo, los resultados de las investigaciones, observaciones y experiencias que tomaron al hombre como central a la experiencia humana, son tomados como válidos para la generalidad de los seres humanos, tanto hombres como mujeres.

Sabemos que en toda explicación de la realidad está presente un punto de vista, un ser desde donde se mira esa realidad, un punto de partida o ángulo desde donde se miran y evalúan la totalidad de las cosas. Cuando el hombre es percibido como el centro del universo, su perspectiva es la que mira y evalúa todas las cosas. Más aún, cuando el hombre no sólo es el centro sino que es el paradigma de lo humano, su perspectiva se convierte en una no perspectiva,

en una verdad. Es así que cuando leemos doctrina jurídica escrita por un varón, no pensamos que estamos leyendo una doctrina escrita desde el punto de vista de un hombre. Pensamos que estamos leyendo doctrina jurídica punto. Cuando las cosas se ven desde esa perspectiva, el hombre es visto como lo esencial o central a cualquier actividad y lo masculino es el referente de lo humano. Históricamente han dominado aquellas perspectivas que parten del punto de vista masculino y que se proyectan como si no partieran desde alguien, como si fueran universales. Sin embargo, estas perspectivas parciales, androcéntricas, que se imponen como totalizadoras de la experiencia humana no han considerado ni los puntos de vista ni las experiencias de las mujeres, lo que ha resultado en la invisibilización de las violaciones cotidianas a sus derechos humanos, así como en la infravaloración de sus necesidades como humanas.

El conocimiento y quehacer humano registrado a lo largo de nuestra historia no ha sido neutral en términos de género puesto que sólo ha incluido la experiencia y la mirada de uno de los géneros: el masculino. Por eso las feministas insistimos en que la perspectiva que pasa por una no perspectiva es androcéntrica en tanto las interpretaciones de la realidad con más reconocimiento intelectual, son aquellas que no han tomado en cuenta las relaciones de poder entre los géneros o las han marginado a tal punto que su visión o explicación de cualquier fenómeno social o cultural se ha visto parcializado, incompleto o tergiversado. Sin embargo, las perspectivas género sensitivas o perspectivas de género como se les dice más comunmente, no pretenden sustituir la centralidad del hombre por la centralidad de la mujer aunque partan de una mirada que corresponde a la experiencia de un sujeto específico. Pretenden poner las relaciones de poder entre hombres y mujeres en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad.

Las perspectivas género sensitivas son pues, aquellas que visibilizan los distintos efectos de la construcción social de los géneros. Ponen al descubierto cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, y sugieren nuevas formas de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación. Estas perspectivas pueden ser desde el género femenino o desde el masculino.

La perspectiva de género feminista introduce la mirada y experiencia del género femenino; colectivo cuyos deseos, necesidades y experiencias han sido invisibilizadas o subvaloradas y desde allí contribuye al desmantelamiento de todos los mecanismos y formas que asumen los sistemas de dominación.¹⁸ El género es múltiple y por ende, las perspectivas de género de las mujeres también lo son. Por lo tanto, la perspectiva feminista no es la contraparte de la perspectiva androcéntrica ya que no pretende la centralidad del género femenino en el sentido de construir una mirada que se eriga en una mirada única y aplicable como tal a la totalidad de los colectivos humanos. Es más, al poner en el centro de su análisis las relaciones de poder, y por consiguiente no invisibilizar al género masculino, es mucho más amplia que la perspectiva androcéntrica. Así, las perspectivas feministas parten de la experiencia de subordinación de las mujeres, pero al hacerlo visibilizan las relaciones de poder entre los géneros y el hecho de que en todo discurso hay una perspectiva involucrada.

¹⁸Compartimos con Gerda Lerner la convicción que la superación de la forma original de dominación (hombre sobre la mujer) contribuye decisivamente a superar toda otra forma de dominación existente.

Por otro lado, una perspectiva de género masculina no androcéntrica también permite visibilizar la experiencia e intereses de los varones como grupo específico contribuyendo a la vez, a una mirada más integral y concreta de los fenómenos sociales. Que los varones sean vistos como un grupo específico en vez de como representantes de la humanidad toda, y que ellos describan y registren sus realidades desde ésta, contribuye a la transformación de una realidad tan mutiladora de nuestras humanidades masculinas y femeninas.

Para poder incorporar una perspectiva de género en el derecho, se requiere primero ver y comprender todas las formas en que la mirada de los varones se ha asumido como humana, y corregirlas.¹⁹ Esta tarea no es nada fácil, ya que muchas de las manifestaciones del sexismo son percibidas tanto por hombres como por mujeres como “naturales”. Además, debido a que la mirada de los hombres ha pasado por tantísimos siglos como una mirada “neutral”, es difícil reconocerla para desarticularla. Más aún, en el campo del derecho que se concibe a sí mismo como una disciplina objetiva a pesar de que su instrumento es el lenguaje, posiblemente la más sexista de las instituciones patriarcales.

2. Malos entendidos acerca del significado del concepto género

2.1. Distinción entre sexo y género

La distinción entre sexo y género no es tan tajante como se creía en los inicios del desarrollo de las teorías de género. Ya sabemos que lo que se entiende por sexo es construido socialmente también. Sin embargo, la mayoría de las personas entienden el sexo como algo biológico, inmutable y por ende corresponde hacer, para facilitar la comprensión, una distinción entre sexo y género. Sin esta distinción es difícil entender la subvaloración de todo lo femenino o entender que los roles y características que se le atribuyen a cada sexo, aunque se basaran en diferencias biológicas, no son una consecuencia ineludible de esas supuestas diferencias y que, por lo tanto, pueden ser transformadas. Es precisamente esta separación conceptual entre el sexo y el género la que ha permitido entender que ser mujer o ser hombre, más allá de las características anatómicas, hormonales o biológicas, es una construcción social y no una condición natural.

Entender que género no es lo mismo que sexo es fácil pero lo que no es tan fácil es hacer una distinción tajante entre uno y otro concepto porque ambos se significan mutuamente. Sin embargo, estos términos no se deben usar indiscriminadamente o, peor aún, no se debe usar el término género en sustitución de sexo. Debemos tener claro que el sexo es lo que entendemos como más o menos determinado biológicamente mientras que el género es construido social, cultural e históricamente. Sin embargo, muchas personas ahora usan género en vez de sexo porque les parece que es un término más alejado de “lo sexual”. Por ejemplo, en algunas dependencias gubernamentales preguntan el “género” de la persona que hace tal o cual demanda cuando lo correcto es preguntar por su “sexo”. Tampoco se pueden hacer estadísticas desagregadas por “género” sino que deben ser desagregadas por “sexo”. El género, en definitiva,

¹⁹Quienes quieran profundizar sobre el tema del sexismo en el derecho y conocer algunas de las formas que el sexismo adopta, tales como el doble parámetro, la misoginia, etc. ver Facio, Alda. Cuando el género suena, cambios trae. ILANUD, 1992.

no es un término que viene a sustituir el sexo, es un término para darle nombre a aquello que es construido socialmente sobre algo que se percibe como dado por la naturaleza.

2.2. Distinción entre mujer y género

Tampoco mujer y género son sinónimos aunque muchísimas personas usan el término género en sustitución de la palabra mujer. Esta confusión nace del hecho de que fuimos las mujeres las que empezamos a utilizar el término para referirnos a la situación de discriminación y subordinación que experimentábamos. En efecto, históricamente son los grupos oprimidos quienes identifican las estructuras que los oprimen y es lógico entonces que el término haya sido desarrollado por las feministas para explicar y definir las estructuras que subordinan u oprimen a las mujeres de todas las clases, etnias, edades etc.

En el ámbito de las políticas públicas hay una tendencia creciente a crear políticas de género cuando en la práctica se trata de políticas dirigidas a mujeres que dejan intactas las estructuras y relaciones entre los géneros. Una política de género necesariamente tiene que tener como finalidad la superación de la desigual valoración y el desigual poder entre los géneros. De esta manera las políticas públicas de género no necesariamente deberían referirse exclusivamente a las mujeres, en tanto el sistema de género es un sistema relacional que involucra a los varones. Perfectamente podrían haber políticas penitenciarias, por ejemplo, dirigidas a los hombres privados de libertad que podrían ser políticas de género si su objetivo es transformar la forma como los reos ejercen su masculinidad.

Es más, la mayoría de las políticas y leyes sobre o para la mujer, hasta hace muy poco, no eran género sensitivas sino que se dirigían a las mujeres como si su condición natural fuera la que social, cultural e históricamente se les ha atribuido. Así, muchos proyectos dirigidos a mujeres tenían como objetivo mejorar su condición económica, pero no tomaban para nada en cuenta su condición de subordinación en relación a los hombres en sus vidas ni los roles que tenían que desempeñar dentro de sus familias o comunidades por ser mujeres. Es más, no tomaban en cuenta la menor valoración que esos roles tienen en nuestras sociedades, el efecto en la auto estima de las mujeres y en la sociedad que tiene esa menor valoración, ni los problemas que la sobrevaloración de los roles masculinos le trae a la familia, la comunidad y la sociedad en general. Género, por lo tanto no es sinónimo de mujer aunque la mayoría de los estudios, políticas y leyes que se relacionan o que toman en cuenta el género, sean estudios sobre la mujer, políticas hacia la mujer o leyes relacionadas con la problemática de la mujer.

2.3. Distinción entre grupo vulnerable y género

El concepto de género no se refiere a un “sector” o “grupo vulnerable” de la sociedad. Generalmente cuando se utiliza esta palabra para denominar a este tipo de grupo es porque se está usando como sinónimo de mujeres que a su vez se identifican como constitutivas de un grupo vulnerable. Es importante entender que las mujeres no somos un grupo o minoría social porque conformamos la mitad de la humanidad así como los hombres son la otra mitad. Tampoco constituimos un grupo vulnerable. A lo sumo podríamos ser un grupo vulnerabilizado por el patriarcado y las estructuras de género. Por su parte, el género, jamás puede utilizarse para referirse a ningún grupo de personas, vulnerables o no, porque como se ha repetido, el

género hace alusión a la construcción social de lo femenino y lo masculino de manera dicotómica y jerarquizada.

3. Operacionalización del sistema de géneros

3.1. Jerarquización de las dicotomías

La construcción de la identidad de cada género responde a una visión de mundo dicotómica, es decir a una forma de conocer nuestro entorno que responde a distinciones o categorías que se ordenan en pares opuestos y a la vez irreconciliables²⁰. Esta forma de estructuración del pensamiento occidental está presente en todas las teorías, ciencias y religiones. Divide en categorías de acuerdo a si pertenecen al ámbito de la cultura o de la naturaleza. Si a los hombres se les asigna la racionalidad, a las mujeres se les asigna la sensibilidad, si a los hombres se les asigna el espacio público, a las mujeres el privado. Esto no sería tan problemático para las mujeres si esa asignación resultara en características, actitudes y valores equivalentes. Pero no es así. A los hombres se les asignan las características, actitudes y roles que la sociedad más valora, y que además son las que se asocian con lo humano y la cultura. A las mujeres se les asignan las actitudes, roles y características menos valoradas, y que además son más asociadas con los animales y la naturaleza.

La asignación dicotómica de características, actitudes, aptitudes, roles y valores es bastante compleja y requiere de una gran variedad de instituciones o de todo un sistema de estructuras mentales, sociales, culturales, políticas y económicas. Esto hace que el funcionamiento del sistema por medio del cual se van construyendo estas identidades de género dicotómicas sea más difícil de comprender.

Podríamos decir que de los hombres en nuestras sociedades caribeñas y latinoamericanas, se espera un comportamiento racional, productivo, agresivo, etc., o por lo menos se cree que los hombres no deberían ser irracionales, dependientes, pasivos o dulces, etc.; y de las mujeres se espera y se cree que son dulces, sensibles, pasivas, hogareñas, maternas, o por lo menos que no deberíamos ser agresivas, fuertes, independientes, etc. Así, aunque las mujeres nos sepamos fuertes e independientes y aunque nos haya tocado vivir con hombres que no son para nada activos o productivos, seguimos creyendo que "el hombre" es lo que la cultura dominante nos dice que es y que "la mujer" es lo que la cultura dominante nos dice que es.

La jerarquización de estos valores a favor de lo masculino tiene consecuencias negativas para la sociedad en su conjunto y no sólo para las mujeres. La sobrevaloración de la producción es lo que nos ha llevado a sociedades consumistas que sólo necesitan la reproducción humana para que haya mano de obra barata y más y más personas que consuman. La sobrevaloración de la cultura nos ha llevado a la explotación destructiva de la naturaleza, la infravaloración de la dulzura, la interdependencia, la intuición y de los roles asociados con el cuidar, nutrir y dar. Nos está llevando a sociedades cada vez más violentas y egoístas. Peor aún, la invisibilización de la dicotomía en nuestra forma de pensar y entender el mundo nos ha llevado a no ver por qué

²⁰Lo que corresponde a toda la tradición filosófico-política de occidente. Ver entre otros, Olkin, Susan. *Western Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1992.

estamos como estamos y por ende a no poder encontrar soluciones adecuadas a los problemas que hoy enfrentamos.

3.2. Glorificación del lado femenino

Estas dicotomías jerarquizadas en función de lo masculino, han sido oscurecidas por los discursos que, en forma compleja y poco sincera, glorifican o enaltecen lo femenino. Aún y cuando los hombres han explotado y oprimido a las mujeres en el mundo real, en sus discursos nos han colocado en un pedestal y nos han atesorado en su fantasía. Y así como los hombres simultáneamente exaltan y degradan a las mujeres, así también, simultáneamente exaltan y degradan los conceptos del lado femenino de la dicotomía de género. La naturaleza, por ejemplo, ha sido glorificada como una diosa, un sujeto digno de la conquista del héroe masculino, mientras simultáneamente se le degrada como materia inerte a ser explotada y moldeada conforme a los intereses del hombre.

La intuición y la sensibilidad son igualmente valoradas y denigradas a la vez. Poetas y músicos a través de los siglos han glorificado la sensibilidad e intuición de sus madres, esposas y amantes pero se canta y escribe poco sobre la necesidad de que los hombres desarrollen estas cualidades tan sublimes. Es más, la sensibilidad en los hombres es considerada un indicio de una posible falta de hombría. Peor aún, al tiempo que se glorifica a las mujeres por su sensibilidad, intuición y dulzura, se nos castiga por no ser suficientemente racionales o lógicas pero también por ser demasiado independientes, racionales y frías.

Por más que se romaticen las virtudes de la mujer y de lo femenino, lo cierto es que se valoran más las virtudes del lado masculino de la dicotomía de género. Es absurdo negar que en nuestras sociedades no se valoriza más el proveer y producir, aunque sean armas, que el cuidar a niños/as, ancianas/os y enfermos/as. Pensemos si no en cuántos monumentos hay al soldado desconocido y cuántos a la ama de casa conocida o no.

3.3. Lado masculino como referente

El sistema de asignación de una identidad de género diametralmente opuesta para cada sexo es dicotómico y jerarquizado pero además, el lado masculino es el referente, el que domina y define a su opuesto en la negación: la sensibilidad es definida como la ausencia de racionalidad; la subjetividad como ausencia de objetividad, la pasividad es ausencia de actividad; el pensamiento debe estar exento de sentimientos; la razón debe dominar las emociones, etc. La condición de existencia del varón se consolida en la negación de lo otro, lo devaluado, lo carente. La mujer presenta entonces un conjunto de características que además de ser devaluadas frente a las del varón, son consideradas como las negativas de éste. Es más, muchas de las características y valores que se asocian con el lado masculino son precisamente las que hasta hace muy poco tiempo eran las que se decían que distinguían al ser humano del resto de los animales: intelecto, razón, cultura, pensamiento, etc. Asimismo muchas de las características asociadas a las mujeres dicen relación con aquello sobre lo cual se ejerce el poder: la naturaleza.

III. El patriarcado y sus instituciones

El concepto de patriarcado es antiguo y no necesariamente un aporte de las teorías feministas. Engels y Weber lo mencionaron; más aún el primero se refirió a éste, en su famosa obra “Estado, Familia y Propiedad Privada” como el sistema de dominación más antiguo, concordando ambos en que el patriarcado dice relación con un sistema de poder y por lo tanto de dominio del hombre sobre la mujer. Son las teorías feministas sin embargo las que actualizan este concepto dejado atrás por los científicos sociales o peor aún considerado sólo para caracterizar civilizaciones antiguas. Para algunas feministas el patriarcado es:

La manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y los/las niños/as de la familia, dominio que se extiende a la sociedad en general. Implica que los varones tienen poder en todas las instituciones importantes de la sociedad y que se priva a las mujeres del acceso de las mismas pero no implica que las mujeres no tengan ningún tipo de poder, ni de derechos, influencias o de recursos.²¹

Para otras: “El patriarcado significa una toma de poder histórica por parte de los hombres sobre las mujeres cuyo agente ocasional fue el orden biológico, si bien elevado éste a la categoría política y económica”.²²

Se trata de un sistema que justifica la dominación sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres. Tiene su origen histórico en la familia, cuya jefatura ejerce el padre y se proyecta a todo el orden social. Existen también un conjunto de instituciones de la sociedad política y civil que se articulan para mantener y reforzar el consenso expresado en un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determina que las mujeres como categoría social siempre estarán subordinadas a los hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder como lo es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas.

En todos los sistemas patriarcales nos vamos a encontrar con una serie de características comunes:

a) Se trata en primer lugar de un sistema histórico, es decir, tiene un inicio en la historia y no es natural. Esto resulta de fundamental importancia puesto que, por una parte da cuenta de la exclusión histórica que han vivido las mujeres al negárseles la posibilidad de registrar su historia y por otra, permite concebir la posibilidad de cambio en la situación de las mujeres.

b) Se fundamenta en el dominio del hombre ejercido a través de la violencia sexual contra la mujer, institucionalizada y promovida a través de las instituciones de la familia y el Estado. Todo sistema de dominación requiere de la fuerza y el temor - en otras palabras la aplicación o amenaza del dolor- para mantener y reproducir los privilegios de aquellos que dominan. Dicha violencia se instala en los cuerpos de las mujeres quienes quedan sujetas al control sexual y reproductivo de los varones, en particular de aquel que se atribuye su dominio.

²¹Lerner, op. cit., pág. 340.

²²Sau Victoria. Un diccionario ideológico feminista. Editorial ICARIA, Barcelona, 1981, pág. 204.

c) Aunque existen hombres en relaciones de opresión en todo sistema patriarcal, las mujeres de cada uno de esos grupos oprimidos mantienen una relación de subordinación frente al varón. Es directa cuando la relación de subordinación es entre la mujer y un hombre de su misma categoría o superior y es indirecta o simbólica cuando la subordinación de la mujer se da en relación a un varón perteneciente a una categoría inferior. El hecho de que se trate fundamentalmente de un sistema de dominio que se ejerce sobre las mujeres no implica que todos los hombres gocen de los mismos privilegios. En efecto, si bien en sus orígenes históricos pudo ser así, la experiencia de dominación aprendida sirvió para que algunos grupos de hombres la proyectaran hacia otros grupos, sea de personas o de animales, instalando las jerarquías como categoría o distinción válida en la convivencia social. Así, el paradigma de lo humano, el varón blanco, rico, en edad productiva, sin discapacidades físicas y heterosexual fija el punto máximo de la jerarquía respecto de cualquier otra condición o variable. Las mujeres no son parte de esta jerarquía en tanto constituyen lo otro, aquello que no es. De ahí que su subordinación se define siempre en función del varón independientemente de la categoría que él o ella tengan.

Ahora bien si la mujer comparte una de las condiciones que sitúan al varón en una de las categorías inferiores en la escala jerárquica entre hombres, dicha condición se hace parte de la de género y se convierte en una triple discriminación. Así, la mujer que comparte su condición de raza negra con el varón de su misma categoría, frente al máximo de la jerarquía entre varones resulta más discriminada que el varón negro, por ser mujer, por ser negra y por ser mujer negra.

d) En el patriarcado las justificaciones que permiten la mantención del dominio sobre las mujeres tienen su origen en las diferencias biológicas entre los sexos. Estas son leídas en términos de superioridad de un sexo sobre otro (masculino sobre el femenino). Así tanto las religiones en un principio, como las ciencias médicas con posterioridad han contribuido a la creación de un sin fin de argumentos que avalan los privilegios de los varones en nuestras sociedades. Hombres sabios y religiosos de acuerdo a la historia patriarcal han estigmatizado a la mujer como un ser inferior y sucio por sus flujos menstruales. Le han negado su calidad de humana al señalarla como criatura sin alma y han legitimado la violencia en su contra por ser el instrumento del diablo. Otros supuestamente célebres por sus aportes a las ciencias como Darwin, Spencer y otros han mantenido esta línea de argumentación al decir que las mujeres son seres incompletos en su evolución lo que se demostraría en la existencia de períodos menstruales y en la subsecuente inmadurez emocional.

El patriarcado se mantiene y reproduce en sus distintas manifestaciones históricas, a través de múltiples y variadas instituciones²³. Llamamos institución patriarcal a aquella práctica, relación u organización que a la par de otras instituciones operan como pilares estrechamente ligados entre sí en la transmisión de la desigualdad entre los sexos y en la convalidación de la discriminación entre las mujeres²⁴ pero tienen en común el hecho de que contribuyen al mantenimiento del sistema de género y a la reproducción de los mecanismos de dominación masculina que oprimen a todas las mujeres. Entre estas instituciones están: el lenguaje ginepe, la familia patriarcal, la educación androcéntrica, la maternidad forzada, la historia robada, la

²³El término institución se refiere a prácticas, relaciones u organizaciones establecidas en una sociedad cuya existencia es constante y contundente.

²⁴Camacho, Rosalia. La maternidad como institución del patriarcado. Tesis de Maestría en Estudios de La Mujer, Universidad Nacional, Heredia, 1997, pág. 41.

heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el derecho masculinista, la ciencia monosexual, la violencia de género, etc.

1. El lenguaje ginope

El lenguaje es un fenómeno social presente en casi todas las especies. Sin embargo en la especie humana es donde ha llegado a su mayor desarrollo: habilita y crea vida social. A través del lenguaje se ve reflejado el modelo de sociedad existente en un determinado lugar y en un período histórico específico. Ninguna sociedad vive al margen de su lenguaje sino más bien existe en él. De allí que todas las posibilidades de acciones y coordinaciones posibles entre los seres humanos estén registradas en el lenguaje y por lo tanto den cuenta de la realidad en que están viviendo los hombres y las mujeres de una determinada cultura. A la vez, el lenguaje también genera realidad en tanto constituye la principal forma de relacionarse con otros/as y de coordinar acciones para la convivencia entre unos y otros. Así, en una cultura en que el lenguaje no registra la existencia de un sujeto femenino podríamos concluir que o no existen las mujeres o éstas no son vistas como sujetos en dicha cultura. Al mismo tiempo el uso de un lenguaje que prescinde del sujeto femenino consolida y proyecta hacia el futuro una sociedad en donde la mujer no vale lo mismo que el varón.

En las sociedades patriarcales el lenguaje refleja estos dos efectos. Por una parte da cuenta de la situación de la mujer en la cultura patriarcal, y por otra la mantiene y reproduce. El poder de nombrar --es decir de crear y definir las palabras, de crear y definir las reglas gramaticales de un lenguaje determinado, de proporcionar a las cosas identidad, evocándolas y estableciéndolas como puntos de referencia o relacionándolas unas con otras-- es el poder de conformar una cultura determinada, de establecer lo que existe y lo que no existe, lo que se considera natural y lo que no lo es, lo bueno y lo malo. El poder de la palabra es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad pero más aún es el poder de crear una determinada realidad.

A las mujeres nos han impedido ejercer este poder, poder que nos definiría como sujetos de una sociedad, sujetos que en la sociedades patriarcales no hemos sido. Una de las expresiones más claras del ejercicio del poder masculino en el lenguaje es el que progresivamente la voz hombre sirviera para denominar tanto al varón de la especie como a la especie toda y la creación de reglas gramaticales que permitieran que lo masculino pudiera tanto excluir como incluir/ocultar a lo femenino, mientras que relegan lo femenino a la categoría de "específico" y "particular" de ese sexo.

Aún en la actualidad, y a pesar de la lucha de las mujeres persisten formas de exclusión que se expresan en el impedimento a las mujeres a participar en las "reales" o no, academias de la lengua, que hasta hace muy poco tiempo estuvieron integradas exclusivamente por varones.

El diccionario es un buen lugar para comprobar la centralidad de lo masculino y la marginalidad de lo femenino. Por ejemplo los adjetivos están siempre en su forma masculina en los diccionarios de la lengua española, agregándoseles una "(a)" para las formas femeninas. Los nombres de los animales son otro ejemplo interesante: CABALLO m. Animal solípedo doméstico. YEGUA f. Hembra del caballo. Con sólo estos dos ejemplos podemos comprobar

que lo masculino es la norma o el paradigma y lo femenino es "lo otro" o lo que existe sólo en función de lo masculino o para lo masculino.

Con el diccionario no sólo comprobamos la centralidad de lo masculino sino que podemos comprobar que el lenguaje no es neutral sino que tiene una perspectiva claramente masculina y además presenta a las mujeres como seres inferiores o más cercanas a los animales. Como dice la mexicana Elena Urrutia, "acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua... deducimos que la mujer es un ser débil, delicado, con afición al regalo y no apta para el trabajo. El hombre es todo lo contrario".

SEXO DEBIL: las mujeres. FEMENINO, NA: Débil, endeble. AFEMINACION: Molicie, flojedad de ánimo. AFEMINAR: Hacer perder a uno la energía varonil. MOLICIE: afición al regalo, afeminación. BLANDO: Afeminado y que no es fuerte para el trabajo. SEXO FUERTE: Los hombres. VARONIL: relativo al varón; esforzado, valeroso y firme. HOMBRADA: Acción propia de un hombre generoso y esforzado. FUERTE: Animoso, varonil."²⁵

El diccionario también nos dice que "ser mujer" es "haber llegado una docella a estado de menstruar" mientras que el "ser hombre" significa "valiente y esforzado" y que no es lo mismo ser una mujer pública que un hombre público ya que la primera es una ramera y el segundo es "el hombre que interviene públicamente en los negocios políticos."

Con el diccionario también podemos ver como el patriarcado conceptualiza a la mujer como animal de sexo femenino mientras que el hombre es un ser racional. En castellano por ejemplo, hembra y macho, varón y varona no son términos complementarios unos de otros. "Hembra" es definida como "animal del sexo femenino" y también como sinónimo de "mujer", mientras que macho sólo es definido como "animal del sexo masculino" porque para la criatura racional del sexo masculino existe una palabra: varón. Y, aunque existe la palabra varona, ésta no es usada para responder a la pregunta de a qué sexo pertenece una determinada bebé. Más bien es usada en su segunda acepción como "mujer varonil".

Estas definiciones no sólo nos dan una pista de cómo nuestra cultura le atribuye a lo femenino características relacionadas con lo débil y poco apto para el trabajo, y entiende que para ser mujer sólo se requiere un hecho de la naturaleza mientras que para ser hombre se requieren virtudes humanas, sino que nos confirman que quién está definiendo es un hombre: "AFEMINAR: hacer perder A UNO la energía varonil." Es obvio con esta definición que quienes definen las palabras se identifican como potenciales "víctimos" de la acción de afeminar, es decir, que esta definición está hecha desde la perspectiva de un hombre y no de una mujer, y menos aún desde la perspectiva de nadie como pretenden quienes quieren negar el androcéntrismo en el lenguaje. Para que esta definición fuese realmente neutral en términos de género, para que no fuera androcéntrica, tendría que haber sido escrita de otra manera, como por ejemplo, "hacer perder a los hombres su energía varonil."

²⁵Urrutia, Elena. Lenguaje y Discriminación, en Revista FEM, Vol. II No. 6. 1976, pág. 8.

Desafortunadamente, no percibimos la parcialidad masculinista en estas definiciones precisamente porque los hombres y las mujeres estamos acostumbrados/as a que los hombres sean el paradigma de ser humano y que la masculinidad sea la centralidad misma alrededor de la cual giran todos los hechos y cosas y desde la cual se definen y valoran. En nuestras culturas, las mujeres no existimos, al menos no como protagonistas. Lo femenino existe sólo como la hembra de.

Si el lenguaje es una de las principales formas de comunicación --por medio de él se transmiten de generación en generación los hábitos culturales-- no es de extrañar que las mujeres y lo femenino estemos invisibilizadas o marginadas del quehacer humano ya que el mismo lenguaje que utilizamos para comunicar esos hábitos culturales, se encarga de ocultarnos tras el género masculino, o por lo menos minimizarnos, relativizarnos o ridiculizarnos frente al sexo "fuerte". El lenguaje no sólo refleja y comunica los hábitos y valores de una determinada cultura sino que conforma y fija esos hábitos y valores. Como los hombres/varones han tenido el poder de definir las cosas, casi todo lo que está definido lo está desde su perspectiva. Como los hombres han tenido el poder de definir las cosas y los valores, casi sólo las cosas y valores que ellos han definido están aceptados como válidos en nuestra cultura y por ende, esta cultura es masculina o al menos, predominantemente masculina. Las mujeres, como seres humanas plenas y autónomas, no existimos en esta cultura masculina.

Recientemente varias lingüistas feministas han llamado la atención sobre el importante rol que juega el fenómeno de los términos "marcados" en la consolidación de lo femenino y las mujeres como "lo otro", lo no universal, lo particular y específico. Esta llamada de atención se basa en una crítica a la relación asimétrica entre dos categorías que son opuestamente complementarias la una de la otra dentro de una categoría más general.

Por ejemplo, los términos "hombre" y "mujer" sirven para contrastar los miembros masculinos y femeninos de la categoría más grande de "seres humanos"; y como tales se nos presentan como opuestos complementarios. Al mismo tiempo, el término "hombre", como ya lo sabemos, puede ser usado en un sentido más general para contrastar a la especie humana como un todo, de cualquier otra categoría. Así, los términos "hombre" y "mujer" también designan categorías que están en una relación jerárquica, debido a que uno de los términos puede ser utilizado para hacer referencia a la clase más amplia como un todo, en efecto, subsumiendo lo que es el término opuesto a un nivel más bajo de contraste. En este tipo de oposiciones, el término más general es el "no marcado" del par, mientras que el otro, el que tiene un sentido o una definición más restringida, es el "marcado"²⁶.

El término marcado es más específico mientras que el no marcado es general. Así la mujer es sentida como perteneciente al campo de lo específico y el hombre al campo de lo universal. Cuando esta "especificidad" o "particularidad" de lo femenino es llevada al campo de

²⁶Langland, Elizabeth. *A Feminist Perspective in the Academy: The Difference It Makes*. University of Chicago Press, Chicago, 1983, pág. 110.

los derechos humanos, nos encontramos con el hecho de que el principio de igualdad es entendido como el deber de otorgarle a las mujeres los mismos derechos que tienen los hombres y no otros derechos que necesitamos las mujeres precisamente por ser personas subvaloradas. Los derechos que necesitamos las mujeres en tanto que personas subvaloradas, son entendidos como demasiado "específicos" para formar parte de los derechos humanos universales. Esto es grave.

2. La familia patriarcal

La familia es considerada por las teorías feministas como el espacio privilegiado de reproducción del patriarcado en tanto constituye la unidad de control económico sexual y reproductivo del varón sobre la mujer y sus hijos. En la historia siempre ha existido algún nivel de asociación sexual y afectiva entre los seres humanos pero esta no siempre fue la familia patriarcal, al mando de un varón que controlaba tanto la sexualidad como la capacidad reproductiva biológica y social de la mujer.

La historia del pensamiento occidental hace de la familia una institución natural o, si la considera una construcción cultural, le asigna una serie de características que la hacen única dentro del universo de asociaciones humanas posibles. Así, desde el punto de vista político, se ha justificado que las mujeres no necesiten de representación social ni política fuera del ámbito privado puesto que el jefe de la familia patriarcal encarna los intereses de sus integrantes. Así, los derechos ciudadanos se concibieron y consagraron haciendo una clara distinción entre los hombres, sujetos de ciudadanía por pertenecer al ámbito público y las mujeres sin esta calidad puesto que su ubicación y función se encontraba dentro de una institución con otras reglas del juego, la familia.

Desde el punto de vista económico, la familia ha significado una forma de enriquecimiento de los varones a costa de la mujer y los hijos. La invisibilidad de su aporte en materia de reproducción social así como su aporte en las tareas agrícolas, de pesca etc, que van más allá de la necesidad de provisión familiar, es desconocido. A ello se suma que hasta mediados del siglo XVIII estaban absolutamente incapacitadas jurídicamente para administrar el haber familiar. Aún hoy, y a pesar de que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas reconocen la plena capacidad jurídica de las mujeres para administrar recursos patrimoniales en el matrimonio, subsisten las trabas y obstáculos para que lo hagan, la principal de ellas, siendo que es el marido quien sustenta el título de jefe de familia.

De acuerdo a las investigaciones que se han realizado en torno al impacto de este tipo de familia en el desarrollo de hombres y mujeres, y en nuestras formas de convivencia, se concluye que es "una historia marcada por el sometimiento a la dominación, manipulación y explotación, se puede explicar en términos psichistóricos como la extensión de esa susceptibilidad desde el ámbito personal al ámbito más amplio, el político."²⁷ Afirma que las personas que durante su infancia o durante el período de socialización han vivido obligadas a reprimir su realidad y a aceptar otra impuesta por la autoridad, se convierten en adultos extremadamente susceptibles al dominio y la explotación. Sólo así puede explicarse que líderes a todo nivel, autoritarios,

²⁷Eisler Riane. Placer Sagrado. Tomo 2. Editorial Cuatro Vientos, 1998, pag. 28.

castigadores y explotadores hayan disfrutado de la lealtad, la incondicionalidad y hasta el amor de tantas personas. Este proceso de socialización del sistema de género opera tanto a nivel mental o intelectual como a nivel emocional y físico, siendo en el cuerpo de los y las niños/as donde tiene su efecto más eficaz y duradero. “Allí es donde el control autoritario se vivencia en forma más traumática y donde primero se radican los patrones psicossomáticos necesarios para mantener a los sistemas dominadores”²⁸. En las culturas patriarcales el trauma del dominio sobre los cuerpos ha recaído fundamentalmente en las mujeres quienes han visto legitimada históricamente la violencia en su contra en el seno familiar.

Algunas/os de nosotros/os podemos creer que provenimos de familias en donde el padre y la madre tenían igual poder e iguales derechos, algunas hasta creemos que en nuestras familias más bien dominaba la madre, pero si analizamos nuestra familia en el contexto legal, cultural y político en que estaban inmersas, veremos que nuestra percepción no es del todo correcta. Por más que hacia adentro nuestras madres pudieron haber tenido poder, ¿quién tenía más posibilidades legales, económicas o políticas?, ¿quién era más valorado socialmente? Y aún en los casos en que nuestros padres fueran personas que por circunstancias de la vida hayan caído en el desprecio social, no podemos negar que el ideal de familia con el que crecimos era uno en el que el papá proveía en lo económico y mamá en lo emocional, papá era de la calle y mamá del hogar.

Por ello es fundamental en la opción por un cambio en el tipo de familia revisar también todas las otras instituciones que favorecen a los hombres y por ende le dan más poder dentro de la familia. Tendríamos que revisar las prácticas y leyes sobre herencia, acceso al trabajo asalariado, sobre tributos, sobre salarios, sobre violencia contra las mujeres, sobre la valoración de la prueba en los procesos judiciales, etc. Tendríamos que revisar qué mensajes dan los medios de comunicación, las escuelas, la iglesia y cómo está distribuido el tiempo de cada quien, quién hace qué, etc. En síntesis, la construcción social de la familia(s) y de otras relaciones íntimas es un factor determinante en la forma en que se construyen todas las relaciones sociales, a la vez que las instituciones patriarcales son determinantes en el resguardo y consolidación de la familia patriarcal. De ahí que, desde una perspectiva feminista, el análisis de la familia sea fundamental.

3. La erotización de la dominación

La erotización de la dominación patriarcal da cuenta de la transformación que operó en algún momento de la historia para que, tanto hombres como mujeres internalizaran que en el acto de inflingir/recibir dolor, a la vez recibían placer. En las sociedades paleolíticas no hay registros de que el placer estuviera ligado al dolor o a la muerte, por lo que se atribuye esta cultura basada en la violencia y en el temor a los pueblos pastores nómades. Esta relación entre dolor y placer se instala a partir de entonces a la base de las relaciones entre hombres y mujeres en las sociedades patriarcales y se mantiene y reproduce hasta nuestros días.

En efecto, se trata de los mecanismos que permiten que la esclavitud de la mujer sea asumida y aceptada por ésta hasta el punto de encontrarla excitante. Es la erotización de la

²⁸Idem., pág. 29.

dominación la que condiciona a las mujeres a la aceptación de la servidumbre sexual. Esta distinción, para señalar que las mujeres aceptan la dominación, resulta relevante para analizar los mecanismos y negociaciones que hacen las propias mujeres en la mantención del sistema, así como para analizar las relaciones entre mujeres y su funcionalidad al patriarcado.

No es de extrañar tampoco que coincidan en una sociedad represión sexual y represión política porque a la base de la represión político-sexual, se encuentra la dominación político-sexual de las mujeres por los hombres. Lo que caracteriza a la cultura patriarcal desde un punto de vista político sexual es la represión sexual de las mujeres y la distorsión de la sexualidad femenina y masculina mediante la erotización de la dominación y la violencia. De allí que conceptos aparentemente neutrales y aplicables a toda la humanidad, como el de libertad sexual, denoten su sesgo androcéntrico al ser compatibles con el modelo de masculinidad en el sistema patriarcal.

Tras la erotización de la dominación han estado todas las instituciones del patriarcado, entre ellas y por sobretodo, las religiones y las ciencias. En efecto las religiones en general y la católica en particular se caracterizan por haberse pronunciado en torno a todo lo relacionado con el sexo. Esto, cuya tradición está presente en todas las religiones, se explica en tanto es en el ámbito del placer sexual y de la reproducción que se juegan quizás las dimensiones más importantes del ser humano. Sin embargo bajo las culturas patriarcales, este enfoque fue distorsionado y llevado a un nivel de detalle y morbosidad proporcional a su obsesión por ligar el placer del sexo y a la mujer con lo más despreciable de la humanidad.

Nada dijeron estas religiones respecto de la esclavitud sexual en que han vivido las mujeres. La protección del honor masculino a través de cinturones de castidad, costumbre en Europa, no mereció comentarios por parte de las jerarquías eclesiásticas. Tampoco le mereció comentarios la costumbre nórdica de matar a la mujer adúltera, ni el maltrato o abuso sexual a la mujer en el matrimonio. Sin embargo cada actitud que denotara independencia sexual de la mujer fue castigada al punto de que muchas mujeres fueron a parar a la hoguera durante la época de la Inquisición. La mutilación de genitales femeninos, la muerte de mujeres en hogueras por viudez en la India, son expresiones aún vigentes del abuso sexual de las mujeres y del silencio y a veces complicidad que en esta materias mantienen las religiones.

Por otra parte, la violencia y no solo la dominación, también ha sido relacionada con el placer. Así, desde la infancia los castigos correctores, o en la adultez el maltrato a las mujeres o las prácticas sadomasoquistas, dan cuenta del grado en que hemos internalizado esta relación. Tanto en la familia como en otras instituciones como las Fuerzas Armadas esta erotización de la violencia es transmitida de acuerdo al sistema de géneros, de tal forma que el hombre asocia violencia y muerte con placer, a la vez que la mujer asocia el placer con el dolor. La erotización de la dominación y de la violencia de hombres sobre mujeres es uno de los grandes escollos en la lucha actual para crear una sociedad basada en la aceptación de la diferencia y la diversidad.

4. La educación androcéntrica

La educación ha sido históricamente un instrumento del patriarcado destinada a transmitir las ideas, valores, conductas y los mecanismos que han asegurado la dominación de

los hombres sobre las mujeres. En principio las mujeres fueron excluidas de la educación puesto que el rol que les correspondería cumplir era el de esposa y madre, rol que se aprendía necesariamente en el seno familiar y a través de procesos de socialización propios al sexo femenino y transmitidos por otras mujeres. Es recién a mediados del siglo XIX que las industrias de los nuevos Estados Europeos reconocen la necesidad de que las mujeres adquieran niveles básicos de instrucción que las habilitaran para ser mejores trabajadoras. La educación superior requeriría todavía varias décadas y de una fuerte presión de las propias mujeres.

En la actualidad, y en particular en nuestro continente, a pesar de que las mujeres en muchos países acceden en mayor porcentaje que los varones a los niveles de educación básica y media, y a pesar de que son las mujeres las que mayoritariamente se dedican al magisterio, la educación sigue reforzando la cultura patriarcal y contribuyendo a los procesos de socialización de género. Así, refuerza al hombre y lo masculino como referentes invisibilizando el aporte de las mujeres en la sociedad. La educación institucionaliza la sobrevaloración de lo masculino y la visión de mundo androcéntrica. Preguntémosnos ¿qué le pasa a una persona que pasa doce o más años aprendiendo a valorar el punto de vista y el conocimiento masculino? ¿Qué le pasa cuando es la misma educación la que hace invisible a las mujeres e invencible a los hombres? ¿Qué le pasa a una niña que por un lado se le dice que debe ser dulce, intuitiva, generosa, sensible, etc. y la educación le dice que las personas que tienen éxito son las agresivas, racionales, objetivas y que piensan primero en su carrera y después en la familia? ¿No es acaso la educación la que nos hace admirar a los llamados "clásicos" de la civilización occidental, la mayoría de los cuales expresa odio hacia la mitad femenina de la humanidad?

¿Qué pasa por la cabeza de niñas y niños cuando la maestra o maestro les dice que vamos a estudiar la historia de la humanidad y sólo se habla de los grandes hombres, sus hazañas y conquistas o cuando se estudia el sistema nervioso, el óseo, muscular, etc. del cuerpo humano y el cuerpo que se utiliza como modelo es el cuerpo de un hombre? ¿Qué sucede cuando se les dice a las niñas que ellas no son buenas para las matemáticas antes de que lo hayan podido descubrir por sí mismas? ¿Qué sucede cuando a una niña se la regaña mientras que a un niño se lo alaba por hacer la misma pregunta? Sucede que hombres y mujeres salen educados en los valores patriarcales, eso es lo que sucede.

5. La Historia (con "H" mayúscula) robada

Otra institución del patriarcado es la historia robada. Se han preguntado alguna vez por qué la Historia con "H" mayúscula no ha registrado los aportes y violaciones a los derechos humanos de las mujeres. ¿Será que las mujeres no hemos hecho nada digno de registrarse en los anales de la historia? ¿O será que en esta disciplina también hay un sesgo androcéntrico que ha tenido como consecuencia el que generalmente se ha registrado sólo aquello que los hombres han considerado suficientemente importante como para llamarse "hechos históricos"? Al respecto nos dice Gerda Lerner:

Al igual que los hombres, las mujeres son y han sido siempre, actoras y agentes en la historia. Ya que las mujeres son la mitad o más de la mitad de la humanidad, siempre han compartido el mundo y sus trabajos en iguales partes con los hombres. Las mujeres son y han sido parte central, no marginal, de la

formación de la sociedad y de la construcción de la civilización. Las mujeres también han compartido con los hombres la preservación de la memoria colectiva, que conforma el pasado en la tradición cultural, provee el vínculo entre generaciones, y conecta el pasado con el futuro. Esta tradición oral se mantuvo viva en la poesía y el mito, que tanto hombres como mujeres crearon y preservaron en el folklore, el arte y los rituales.²⁹

¿Entonces por qué persiste esa idea de que las mujeres no hemos "hecho historia" excepto por algunas grandes reinas o otras grandes mártires, o madres de reyes o mártires? La misma autora nos dice:

Hacer Historia con "H" mayúscula para diferenciar esta Historia registrada e interpretada, de la historia que no está escrita o al menos no oficialmente.) ... es una creación histórica que data de la invención de la escritura en la antigua Mesopotamia. Desde el tiempo de las listas de los reyes de la antigua Sumeria en adelante los historiadores tanto sacerdotes, sirvientes reales, empleados, clérigos o una clase profesional de intelectuales universitarios, han seleccionado los hechos que serán registrados y los han interpretado de modo de darles comprensión y significado. Hasta en el más reciente pasado, estos historiadores han sido hombres, y lo que ellos han registrado ha sido lo que los hombres han hecho, han experimentado y han encontrado importante. Lo han llamado Historia y han proclamado su Universalidad. Lo que las mujeres han hecho y experimentado no ha sido registrado, ha sido descuidado e ignorado en su interpretación.

Los estudios históricos, hasta el más reciente pasado, han visto a la mujer marginada del desarrollo de la civilización e innecesaria para aquellos logros definidos como de histórica importancia. Por lo tanto, el expediente registrado e interpretado sobre el pasado de la humanidad es sólo un expediente parcial, en cuanto a que omite el pasado de la mitad de la humanidad, y es distorsionado, en cuanto a que relata la historia desde el punto de vista sólo de la mitad masculina de la humanidad. Para contradecir este argumento, se dice que grandes grupos de hombres, posiblemente la mayoría, han sido también eliminados del registro histórico, a través de las interpretaciones prejuiciadas de intelectuales que representan la preocupación de pequeñas élites gobernantes. Un error no cancela otro; ambos errores conceptuales requieren ser corregidos. Sin embargo hay una diferencia entre ambos errores: a medida que los antiguos grupos subordinados tales como campesinos, esclavos, proletarios se han elevado a posiciones de poder --o al menos, han sido incluídos en el discurso del poder-- sus experiencias han llegado a formar parte del expediente histórico. Esto es, las experiencias de los hombres de esos grupos, porque las mujeres fueron, como siempre, excluidas. El punto es que tanto los hombres como las mujeres han sufrido discriminación

²⁹Lerner, op. cit., 1986, pág. 2.

según su grupo, pero ningún hombre ha sido excluido del expediente histórico a causa de su sexo mientras que todas las mujeres lo han sido a causa del suyo.³⁰

6. El derecho masculinista

El derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal. A través de éste se regulan las conductas de hombres y mujeres hacia un determinado modelo de convivencia, el patriarcal, y se modelan las identidades de género de forma tal, que respondan a las funciones ideológicamente asignadas a hombres y mujeres. El derecho se entrama con otros sistemas normativos (social y moral) que, al igual que éste, contribuyen al disciplinamiento de género. Sin embargo, el poder del derecho es más fuerte que el de cualquiera de estos sistemas, en tanto hace recaer sobre sus regulados la amenaza de la fuerza y el temor ante su incumplimiento. Además, este sistema de normas contiene en sí misma sus propias reglas de legitimación, las que consolidan el poder de quienes son, en definitiva, los sujetos creadores del derecho, los hombres.

El derecho prescribe, norma o regula, disciplinando a hombres y mujeres de forma diferenciada/desigual. En el caso de las mujeres, el derecho les fija un modelo de identidad única y legitima su sometimiento al varón. En una primera etapa histórica el derecho otorgaba explícitamente el poder casi absoluto a los varones sobre las mujeres en el campo de las relaciones sexuales, sociales y económicas. El acceso sexual exclusivo del amo/dueño a su objeto sexual, la mujer, la penalización severa del adulterio de la mujer, el castigo a la negativa a la procreación y el aborto, la mutilación de genitales femeninos, la prohibición de circulación o desplazamiento a las mujeres, la monogamia unilateral, la obligación de seguir a su amo/dueño a donde éste fuera, la pérdida del apellido cuando pasa a ser propiedad de un varón, la imposibilidad de administrar o representar intereses propios o de terceros, etc. fue mantenido gracias a un alto sistema de violencia institucionalizada que imprimió duros castigos a las mujeres por su independencia personal, fuera social, económica o sexual. Este ámbito de violencia se proyectó hacia todas las esferas de la convivencia en tanto había que mantener los privilegios de la dominación, lo que se expresó en el ámbito público con guerras, torturas y ejecuciones.

Una de las evidencias más contundentes del androcentrismo característico del sistema jurídico patriarcal lo podemos comprobar estudiando como en los inicios del Patriarcado la ley tomó como sujeto a los hombres, partiendo de sus intereses y preocupaciones y como fue uno de los instrumentos que utilizaron los hombres para imponer su dominio y definir el ser/quehacer de las mujeres:

El esposo tiene ciertos derechos sobre la mujer. Puede reducirla a servidumbre en casa de un acreedor... Si una mujer de conducta desordenada y mala ama de casa desatiende a su marido, éste puede escoger. Primero repudiarla ante un tribunal, sin derecho a indemnización o declarar al juez que no la quiere repudiar, quedando entonces como esclava. En los dos casos le es lícito al marido contraer nuevo matrimonio.³¹

³⁰Idem., pág. 3.

³¹Código de Hamurabi, citado por Isidoro, Loi, en La Mujer. Si la Mujer Fuese Buena Dios También Tendría Una. Editorial

Regla 148. Durante su infancia, una mujer debe depender de su padre, durante su juventud, depende de su marido, si ha muerto su marido, de sus hijos, si no tiene hijos, de los próximos parientes de su marido, y en su defecto, de los de su padre, si no tiene parientes paternos, del soberano, una mujer no debe nunca gobernarse a su antojo.

Regla 150. Debe estar siempre de buen humor, manejar diestramente los asuntos de la casa, conservar con la mayor diligencia los utensilios domesticos y no excederse en los gastos.

Regla 154. Aunque sea censurable la conducta de su marido, aunque se de a otros amores y esté desprovisto de buenas cualidades, debe la mujer reverenciarlo constantemente como a un Dios³².

Ley 7: Si alguna hija de algun señor o caballero se averiguase mala, que muera por ello³³.

En las leyes de Indias algunas de las conductas por las cuales mujeres negras o mestizas eran criminalizadas fueron el hecho de vestir oro, seda, perlas, etc. A la par estas mujeres no podían llevar hábitos de indias so pena de recibir 100 azotes.

En uno de los millones de tratados sobre la inferioridad femenina que existen en el mundo, publicado en 1900, es decir, en una época posterior a la promulgación de todos los códigos civiles que en buena parte aún rigen en nuestros países, escrito por el médico Paul Julious Moebius bajo el título "La Inferioridad Mental de la Mujer", se encuentra la siguiente opinión sobre la mujer y el derecho:

También la ley debe tener en cuenta la deficiencia mental fisiológica de la mujer. Nuestras leyes están hechas solamente por y para los hombres, y la legislación vela por los menores pero la ley penal (por hablar solamente de ésta) juzga a las mujeres al nivel del hombre... y esto es injusto³⁴.

Y aunque el autor afirma que las mujeres deben ser tratadas diferentemente porque son inferiores, con lo que no estoy de acuerdo, sí señala algo que nadie le objetó en esa época por evidente y es el hecho de que las leyes son hechas por y para los hombres.

Es en una segunda etapa histórica y cuando el proceso de domesticación de las mujeres ya habia producido sus frutos que el derecho conjuga un método de regulación específica hacia la mujer, con uno neutral, supuestamente dirigido a todos y todas por igual, al sujeto universal. Así, tanto el reconocimiento jurídico del principio político de la igualdad y la neutralidad del

Sudamericana-Planeta, pág. 6.

³²Leyes de Manú, citadas por idem., pág. 7.

³³Ley prehispánica de Netzahualcoyotl, Mexico.

³⁴Moebius, Paul. La Inferioridad Mental de la Mujer. Bruguera-Libro Blanco, Barcelona, 1982, págs. 19-20.

derecho como método de regulación actual han ocultado una verdad que se mantiene cierta hasta nuestros días: la subordinación y discriminación de las mujeres, como lo prueba la falta de representatividad femenina en los órganos legislativos y de administración de justicia de estos países; como lo prueban las sentencias sexistas y todas las leyes discriminatorias que se mantienen a pesar de esas declaraciones de igualdad entre los sexos; como lo prueban todas las leyes que necesitamos las mujeres y que no existen, como lo prueban las instituciones jurídicas creadas a partir de las necesidades de los hombres y que en su génesis excluyeron totalmente a las mujeres creando sistemas jurídicos esencialmente masculinos.

Las legislaciones más modernas o al menos más recientes, se han modernizado aunque aun así pueden ser llamadas “implícitamente patriarcales”. En efecto, dependiendo de las necesidades y preocupaciones masculinas, siguen dos cursos de acción. En un sentido las legislaciones siguen siendo patriarcales cuando, aunque nos reconozcan como sujetas de derechos, nos despojan de ciertos derechos como la libertad de tránsito al exigirnos seguir el domicilio de nuestros maridos, o no nos garantizan la integridad de nuestros cuerpos al no castigar la violencia doméstica o cuando nos mantienen a las mujeres dependientes de la buena voluntad de los hombres con pensiones alimenticias bajísimas e incobrables, necesitadas de su aprobación para regular nuestra fecundidad, etc. (imitaciones a nuestros derechos que responden a necesidades masculinas).

En el otro sentido, la legislación sigue siendo patriarcal cuando sólo nos toma en cuenta en cuanto a nuestra función reproductora estableciendo toda clase de “protecciones” para las mujeres (preocupación masculina que consiste en poder controlar esta función por la necesidad masculina de poder confirmar su paternidad). En realidad esas “protecciones” son garantías para que los hombres puedan tener seguridad de que ellos son los padres, o puedan ejercer la paternidad irresponsable, o a lo sumo son protecciones para las futuras generaciones pero en ningún caso son protecciones a la mujer-persona.

En ambos sentidos las actividades, necesidades y preocupaciones de los hombres constituyen lo esencial de estas legislaciones. Por una parte no tenemos los mismos derechos que los varones; se nos restringen o limitan. Por otra parte, nuestras actividades, necesidades y preocupaciones están prácticamente ausentes. Es el caso de la exclusión histórica de los derechos sexuales y reproductivos. Estas necesidades que sólo sienten los hombres no son percibidas como “específicas” de y para ellos sino todo lo contrario, como necesidades de la humanidad entera. A veces se llega a tal grado de cinismo, que quieren vendérselas como “derechos” de las mujeres. Lean por ejemplo el código laboral de cualquier país de América Latina o el siguiente artículo del Código Civil de Guatemala:

Art. 110. (Protección a la mujer).—El marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas.

La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos.

Este ejemplo y muchos otros que todavía persisten en nuestros códigos nos comprueban fehacientemente desde la experiencia y necesidades de quién se han redactado nuestras leyes. Sin embargo, debido al trabajo de conscientización que hacemos las feministas, las mujeres estamos empezando a exigir que nuestros intereses y necesidades sean tomadas en cuenta por el derecho. Es dentro de este contexto que hace unos años los escritos feministas latinoamericanos le están haciendo una nueva crítica al derecho. Esta crítica utiliza el lente de la perspectiva de género para visibilizar el androcentrismo en el quehacer jurídico, creando un verdadero dilema para muchas juristas que al igual que los juristas varones hemos sido deformadas para creer que la ley es sinónimo de justicia.

¿Cómo utilizar el derecho para el mejoramiento de la posición social y condiciones de vida de las mujeres si éste es un instrumento que fue creado para dominar a las mujeres? ¿Como transformar un derecho dominador en uno cooperador en la convivencia de mujeres y de hombres? ¿Cómo iniciar o mantener un compromiso con el movimiento de mujeres y seguir ejerciendo nuestra profesión? Como abogadas/os tenemos verdaderas dificultades para aceptar la parcialidad androcéntrica de los principios básicos del derecho, de la lógica jurídica y hasta de la misma estructura del derecho, crítica que como feministas sí estamos dispuestas a hacerles a otras instituciones. Sin embargo, si dejamos de lado nuestra entendible reacción defensiva ante una crítica a una profesión que nos costó tantos años de sacrificio, podremos ver que estas críticas pueden ser productivas en última instancia.

La crítica feminista es una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes dentro del derecho. Esta crítica no tiene por finalidad única denunciar las discriminaciones que sufrimos las mujeres sino que es mucho más profunda y abarcadora. Se puede utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la estructura del derecho, históricamente condicionada a la parcialidad por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al sexo masculino, y de éste, sólo a los de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc. Además, la crítica feminista también se aboca a llenar de contenidos más democráticos los principios e instituciones que constituyen un aporte a la convivencia y que son producto de luchas históricas para superar todo tipo de discriminaciones. Los conceptos en abstracto de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, etc. no son en sí androcéntricos; el problema está en el significado y aplicación que los hombres les han dado a esos valores.

LO PRIVADO Y LO PUBLICO, UNA DICOTOMIA FATAL

Lorena Fries

La teoría y práctica feminista de los años sesenta pone sobre el tapete la subversiva y controvertida afirmación "lo personal es político"; con ello cuestiona abiertamente conceptos claves para el pensamiento político y social del occidente, como ha sido la distinción entre lo público y lo privado. El lema ha sido utilizado con distintos sentidos, por una parte, haciendo públicas prácticas consideradas triviales o privadas, para ponerlas en el debate público, como es el caso de la violencia doméstica y sexual, y por otra, dejando en evidencia la desigualdad de poder entre hombres y mujeres, centrada principalmente en la división del trabajo y la distribución sexual del poder.

El feminismo no es una única teoría y práctica social, admite una diversidad de planteamientos. No obstante todas sus corrientes coinciden en la histórica opresión de las mujeres. La crítica feminista a la distinción público/privado, ha sido usada con distintas significaciones. Una y quizás la más generalizada, ha sido la oposición entre lo público, como el lugar del poder de los hombres, y lo privado como el lugar de lo trivial en que se ubica a las mujeres. También, se ha usado para demostrar la desigualdad derivada de la asignación de lo público a los hombres y lo privado a las mujeres, o bien para marcar que el hecho de ubicar a las mujeres en lo privado, ha permitido sustraerlas de lo público, en el sentido de la protección legal a sus derechos.

Si bien, muchas veces el lema de los 60 ha dado lugar a malos entendidos y confusiones entre las distintas corrientes del feminismo, su mayor complejidad radica en el uso de los términos público y privado en el marco de diversas disciplinas que abordan distintas problemáticas. Así, los supuestos que operan tras el uso de los términos, se modifican según se haga desde la ciencia política, la psicología o el derecho. No obstante, después de treinta años, no cabe duda que la afirmación "lo personal es político" es la expresión del deseo del feminismo de una democracia sustantiva, incluyente de la vida cotidiana y que busca redefinir la política y de esa manera la democracia.

La crítica feminista se orienta, tanto a las formas de trazar la frontera entre esfera pública y privada, como al sentido de hacerlo. En su desarrollo ha dejado de manifiesto que estos conceptos abarcan un conjunto de oposiciones, relacionadas e irreductibles entre sí³⁵, resaltando la relación entre público y privado. Lo cierto es que en el tiempo las fronteras entre lo público y lo privado cambian; el punto es si los cambios ocurren en función de la profundización de una democracia que asegure un lugar para ser/estar a las mujeres en el mundo.

"Lo personal es político" en el contexto de los sesenta

³⁵Rabotnikok, Nora. Público-Privado. Debate Feminista. Año 9, Vol.18. México, 1998

El feminismo ofrece una teoría y una práctica política que debe ser entendida como un hecho histórico y cultural. Así, es imposible desconocer la impronta ilustrada y liberal del feminismo que se hace eco del sentido más convencional de la distinción entre esfera pública y privada, al dar un lugar específico a lo público, referido a los lugares políticos de la deliberación y la decisión pública, o a la opinión pública, amplificada por los medios de comunicación. Las prácticas políticas y la teoría feminista exigen el cumplimiento de la promesa de la modernidad y hacen suyos los principios de la ilustración en la lucha por la igualdad y el reconocimiento de los derechos.

Sin embargo, para comprender la radicalidad de los planteamientos de las feministas de los años 60, es necesario volver al contexto en que surge el famoso lema "lo personal es político". La década de los sesenta es la década del surgimiento de movimientos progresistas que cuestionaron el orden y dieron lugar a un nuevo imaginario. Así hay que recordar que el feminismo de esos años se inscribe en las luchas de la izquierda, en tiempos que el discurso progresista está centrado en la liberación: de la agresión imperialista, de la dependencia económica y política. Las feministas se apropian de la palabra "liberación" y la aplican a sus propias aspiraciones; al denominarse movimiento de "liberación de la mujer"³⁶, hacen suyo un término, hasta entonces reservado para los procesos políticos, buscando establecer un paralelo que los militantes de la época deberían comprender.

"Lo personal es político"³⁷, es también una manera de cuestionar las prácticas de la izquierda, en que los dirigentes (hombres) ubican a las mujeres en lugares de secundariedad respecto de las decisiones y determinan ellos la línea correcta y las prioridades de acción. Sólo al volver sobre este contexto, es posible darse cuenta de la radicalidad del planteamiento de las mujeres que lo acuñaron. Así, cuando el progresismo planteaba reivindicaciones salariales, las mujeres plantearon que las desigualdades más candentes estaban en el hogar.

Posteriormente, los procesos de toma de conciencia, de identidad, de compartir las experiencias individuales permiten descubrir los patrones del poder que operan en lo privado para discriminar a las mujeres. La familia emerge como el lugar del poder del varón, lugar de una fuerte carga de trabajo doméstico gratuito y sin recompensa, y más aún de la exposición a la violencia y abuso físico, psíquico y sexual. Esta visión de la familia y las relaciones sexuales condujeron a una definición de poder en todos los lugares y ámbitos de la experiencia, sin distinguir las operaciones del poder en los diferentes lugares. Si la responsabilidad era del sistema o de los hombres, de las estructuras o los roles asignados, de uno de éstos o de todos, el hecho importante fue que las feministas se unieron en torno a la subordinación de la mujer en el ámbito privado. Es el comienzo de una idea, de una nueva visión de la política, en que lo privado es importante para la democracia. Al dejar en evidencia las relaciones de poder propias del ámbito privado, la demanda de derechos, libertades e igualdades abre el campo de acción en lo público.

³⁶La palabra liberación de la mujer se comienza a usar en los movimientos feministas alrededor de 1964.

³⁷Philips, Anne. *Engendering Democracy*. Pennsylvania State University Press, 1991.

Inevitablemente, las confusiones que surgen tras la afirmación radical de lo "personal es político" son muchas, y provienen del entendido que el lema disuelve todas las distinciones entre política y poder. En efecto, en un momento, la referencia al poder patriarcal contribuye a ello porque, el poder se localiza en todos los lugares indeterminadamente. No obstante, lo central del planteamiento feminista es el reclamo de la relación que hay entre los espacios públicos y privados, y la resistencia a ver estas dos esferas como mundos separados e independientes. La separación ha sido un modo de negar la responsabilidad social y política de la opresión de las mujeres; por eso denuncian que las relaciones familiares se adecúan de acuerdo a políticas públicas que mantienen una desigualdad sustantiva entre hombres y mujeres. Entendido así, lo personal no puede estar fuera ni ajeno de lo político, porque no debe existir una inmunidad de lo privado.

Pese a todas las diferencias, lo cierto es que bajo este lema las feministas dejaron en claro: uno, que las relaciones de poder en la esfera privada se habían dado por inexistentes, y por ende la división sexual del trabajo; y dos, que la distinción entre esferas separadas conduce a la mistificación patriarcal de los supuestos de los contractualistas que ocultan la exclusión de las mujeres.

“Democracia en el país y en la casa” - Recuperación del sentido político de la distinción

Cada generación de feministas, vuelve sobre los aprendizajes de la anterior, en un patrón que a veces parece borrar parte de los hallazgos del pasado. En los 60, las mujeres, repitieron en todos los tonos que lo personal es tan político como las guerras o las medidas de ciertos gobiernos que destruyen lo humano y la humanidad. Esta amplia concepción del poder es una de los mayores aportes de la teoría feminista, que desde sus inicios es portadora de la idea que lo privado es importante para la democracia.

La complejidad de las implicancias de repensar la relación entre público y privado es una constante en el desarrollo de la teoría y práctica feminista y da cuenta de una tensión por mantener la radicalidad de su crítica. En los umbrales del siglo XXI, los modos de hacer política también se han modificado: el papel del estado y las políticas neoliberales de las últimas décadas han cambiado los escenarios tradicionales de lo público y de lo político. La democracia y la igualdad sustantiva incluyente de asuntos domésticos y cambios públicos y privados, aún están lejanas, de ahí que sea necesario poner atención en la heterogeneidad del poder y tener presente que la dominación opera en distintos espacios. El lema, de las chilenas “Democracia en el país y en la casa”³⁸, da cuenta de un avance en el reconocimiento de las complejidades del poder, porque es en un contexto de un estado autoritario, de políticas represivas y medidas económicas que privatizan los servicios sociales que prestaba el estado de bienestar, en que las mujeres, para sobrevivir, se ven obligadas a asumir roles en

³⁸Acuñado por las feministas chilenas en la década de los 80 en el contexto político de la dictadura de Pinochet.

distintos lugares y experimentan la necesidad de democracia en los espacios públicos y privados.

En las tres últimas décadas el feminismo, de manera asistemática, con debates internos que se complejizan, ha dejado instalado, en primer lugar, la dependencia de ambos espacios y que la democracia en la casa es precondition para lograrla fuera de ella, en otros espacios. También que la acción política centrada sólo en lo privado restringe la involucración con lo público, en sus distintas expresiones. Así, la división sexual del trabajo inhabilita a las mujeres para participar en los espacios públicos: el cuidado de los niños, las responsabilidades domésticas, reducen e inhiben las posibilidades de participación de las mujeres en distintos tipos de organizaciones. En síntesis, la exclusiva referencia a lo privado es un obstáculo para involucrarse en asuntos públicos y más aún para repensar la democracia. A su vez, la experiencia de poder de los hombres en lo público, la socialización en la calle, el manejo económico y el poder físico, les da la habilidad y competencia a ellos para actuar en lo público y mantener la distribución sexual del poder. La modificación de los parámetros que operan en la determinación de la responsabilidad y el tiempo, en ambas esferas, son centrales para obtener más poder para las mujeres.

La crítica a la distinción público/privado y a los modos en que el liberalismo mantiene la frontera entre ambas esferas, ha llevado a poner en lo público la racionalidad del cálculo y lo sentimental en lo privado, reduciendo la política a la razón instrumental, despojada de emociones. De esta manera el individualismo vacía lo público de lo que antaño representara la política, y presiona para extender los principios del individualismo contractual en los lugares privados³⁹. Ante esta evidencia, la afirmación “lo personal es político” se torna peligrosa porque en la igualación de la familia a lo privado y lo privado a la vida personal, se trata lo personal como idéntico a lo político y se expone al riesgo de pensar que ciertas políticas podrán hacer las vidas más perfectas, ante lo cual la demanda de regulación o de políticas de Estado puede ser llevada al extremo de hacer perder libertad.

Las críticas a los conceptos liberales

La teoría y práctica feminista ha desarrollado una crítica a las concepciones liberales que han sustentado la distinción entre estas dos esferas, y a los supuestos que organizan la democracia y la vida política. El problema central reside en el fortalecimiento de las barreras que separan las instituciones políticas de las instituciones económicas, culturales y sociosexuales. Tras esta estructura, se generan las desigualdades sistémicas y se aíslan los procesos que se dan en una y otra esfera.⁴⁰

Fraser plantea la necesidad de discutir las desigualdades explícitamente, para no actuar bajo la ficción de la igualdad. Por otra parte, señala que el reconocimiento de

³⁹Elshtein, citada en Phillips, A. *Engendering Democracy*. Pennsylvania State University Press, 1991.

⁴⁰Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

la diversidad cultural supone la interacción entre diversos públicos y la identificación de los mecanismos de subordinación que les afectan. Reconoce la importancia de las relaciones discursivas entre públicos que detentan distintas cuotas de poder, que, asumido su carácter deliberativo contestatario, contribuyen a ampliar y diversificar el lugar de lo público.

La igualdad como condición de la democracia política es ficticia, puesto que quienes actúan en lo público deben poner entre paréntesis sus diferentes posiciones y hacer “como si” fuesen iguales⁴¹. Así, las mujeres que participan en lo público, para mantenerse en el poder, deben asimilarse al partido y ciertamente tienen más poder que otras mujeres que no lo hacen. Por otra parte, el nosotros(as), resultado de la deliberación política puede constituirse en una forma de control, porque el lenguaje afirma una determinada visión y desincentiva otras y las desigualdades sociales contaminan otras deliberaciones, incluso en ausencia de la exclusión formal. Actuar como si no existieran desigualdades en el debate opera en ventaja de los que tienen poder.

Otro presupuesto implícito de las concepciones liberales es la restricción institucional a una esfera pública. En particular, en sociedades estratificadas, la existencia de una esfera pública deja en desventaja a los grupos dominados porque no tienen espacios para deliberar sobre sus necesidades, impidiendo la defensa de sus intereses. Las mujeres, los movimientos homosexuales, los pueblos originarios han probado que las expresiones públicas subalternas, las cuales permiten inventar espacios en que estos grupos hacen circular sus ideas y pensamientos formulando e inventando nuevos lenguajes, cumplen una función contestataria y a la vez son un campo de entrenamiento.

El modelo republicano cívico pone énfasis en la política como el lugar en que un conjunto de personas razonan juntas para promover el bien común. Es la idea que, a través de la deliberación pública, puede llegarse a descubrir o crear el bien común; éste por cierto trasciende la suma de las preferencias individuales. Los intereses privados, prepolíticos son el punto de partida de la deliberación que será transformado y transcendido en el debate. La confusión entre asuntos de interés público y bien común es un obstáculo para los grupos que tienen menor poder, pues les es más difícil encontrar en el discurso las razones que los excluyen. Las preferencias e identidades de los grupos que participan son resultado y antecedente de la deliberación, porque se constituyen en y a través de ésta. En las sociedades estratificadas esto opera perversamente porque los beneficios sociales operan sólo respecto de algunos grupos y el grado de consenso alcanzado se logra en condiciones de dominación. La distinción público/privado es también una clasificación y un rótulo que sigue operando; así los asuntos privados se deslegitiman ante los públicos y difícilmente llegan a formar parte del bien común.

La necesidad de la separación entre sociedad civil y Estado no promueve la igualdad, de ahí la necesidad de demarcar una frontera. La sociedad civil reúne a

⁴¹Idem.

asociaciones, organizaciones, que no son económicas, ni administrativas y opiniones informales que hacen contrapeso al Estado. Estas dan un carácter extragubernamental a lo público y lo protegen a través de la opinión pública. Tras ello se promueven públicos débiles, cuya práctica deliberativa consiste en la formación de opinión y públicos fuertes que opinan y toman decisiones; en otras palabras de un público privilegiado, consagrado formalmente en la figura de los parlamentarios. De ese modo, la fuerza de la opinión pública se incrementa cuando se tiene el poder para tomar decisiones.

La construcción de la supremacía masculina sacraliza la jerarquía de género al privatizar las prácticas de dominación. Así ante la violencia sexual o doméstica, los hombres actúan en la impunidad y a las mujeres sólo les cabe elegir entre el abuso en silencio o el abuso con publicidad, de ahí la necesidad de modificar el poder de los varones para decidir sobre lo público. Las categorías de lo privado y lo público, deben ser analizadas no sólo en relación al poder del Estado sino también al poder en lo privado. Lo público es una herramienta que puede ser utilizada contra el poder del Estado y de otros: padres, maridos, patrones. El aspecto emancipatorio de lo público queda en evidencia en los casos en que las mujeres mostraron las diversas formas de violencia de las que son objeto en lo privado. Sin embargo, no siempre lo público confiere poder; es necesario considerar los usos potenciales de la publicidad y los peligros de la pérdida de privacidad. Lo público de una acción es útil ante prácticas ampliamente comprendidas y no controvertidas, de lo contrario es el inicio de una lucha discursiva en torno a la interpretación.

El carácter multivalente y conflictivo de la distinción se evidencia según el contexto en que opera, sea éste de género, raza, o clase. No todos detentan la misma posición frente a lo público y privado; unos tienen más poder que otros para trazar la línea que los separa. Sin embargo, hoy es necesario reconocer la multiplicidad de lugares públicos: gubernamentales, centros de poder, medios de comunicación, contrapúblicos y públicos informales de la vida cotidiana.

Aportes del feminismo de la diferencia

Otras perspectivas para abordar la distinción público/privado, provienen del llamado feminismo de la diferencia. Este centra su crítica al poder en la negación de la diferencia sexual, sostienen que las prácticas de poder que conocemos han permitido, no sólo el dominio de clase, sino el poder de individuos de un sexo sobre otro y el dominio de los cuerpos y las mujeres han tenido que optar entre el silencio o la obediencia⁴². En la reticencia femenina al poder destacan dos aspectos: la extrañeza del poder (práctica) y la denegación (verbal). El primero, la extrañeza, tiene a su vez dos caras: una pasiva, de cada mujer respecto de sí misma, toda vez que no se produce la afirmación de su sexo; y otra cara activa, en la que la mujer se descubre extraña y se afirma esa extrañeza al entender la de las mujeres como género del que forma parte. Se expresa en la necesidad de modificaciones sustantivas en la vida, para

⁴²Luisa Muraro, *Feminista Italiana*, filósofa y una de las principales exponentes del feminismo de la diferencia.

la cual las mujeres se hacen significativas entre sí, en un proceso de afirmación de un sujeto colectivo, haciéndose también significativa para sí. La extrañeza activa permite la liberación del propio deseo y la extrañeza pasiva le resta verdad y porqué a ese deseo.⁴³

El segundo aspecto de la denegación del poder, opera en el lenguaje, es la “indecidibilidad” del deseo femenino de poder que niega la existencia del conflicto entre los sexos. La mujer no encuentra obstáculo en su deseo de hacer para hacer, mientras sea por otros, los problemas surgen de hacerlo para sí, negando con ello el deseo de afirmación de las acciones humanas. El deseo de afirmación obliga siempre a la mujer, sujeto desvalorizado a los ojos del mundo a una doble significación --afirmar ese proyecto y al mismo tiempo afirmar su sexo--, obligación que no existe para los hombres, en tanto son sujetos ya afirmados. La significación masculina confirma ese valor, la femenina está en la afirmación de su valor. En el desinterés del propio deseo, las mujeres creen ser sujeto libre y par del sujeto masculino; así se encubre que las mujeres al pedir para otros y al ser para otros ocultan un pedido de reconocimiento de existencia.⁴⁴

Las mujeres no están suficientemente atentas a la censura sobre sus deseos y sí sensibles a los obstáculos a éstos. El maternalismo en las relaciones entre mujeres opera como sustituto de una maternidad simbólica. Sin embargo el fundamento legítimo del poder femenino es la capacidad de hacer hablante la extrañeza femenina. El deseo de poder es deseo de existencia social como género, así cercanía y reconocimiento forman parte de la práctica política entre mujeres: exponerse a la defensa y al juicio de otras es parte del trabajo de dar fundamento al poder femenino.

La lucha por la igualdad ha derivado en la homologación de las mujeres que, de no ser contrastada con la extrañeza, no contribuye a una nueva significación de la diferencia sexual, porque asumir la disparidad entre mujeres deja libre el deseo e impide que la extrañeza femenina sea dejada fuera de lugar. Afirma el feminismo de la diferencia que sin práctica de la disparidad no hay práctica política entre mujeres. La homologación de las mujeres a los modelos masculinos requiere de un proceso en que las relaciones entre mujeres adopten un signo femenino. El concepto de igualdad entre los sexos lleva el signo de igualdad entre las mujeres. Si bien la conquista de derechos efectivamente provoca modificaciones, también reduce las posibilidades de reconocer la disparidad y con ello posterga la legitimación del deseo de presencia social. Hoy en día, en virtud de mayores derechos e igualdades, una mujer puede; sin embargo no se siente legitimada por el poder. Así, el deseo de poder no hay que pedirlo a los poderes porque proviene de las propias mujeres.

La figura de la mujer oprimida llevó al ideal de liberación; actualmente, pese a haber ganado en derechos, mayores igualdades y libertades, no ha ganado en

⁴³Bochetti, Alessandra y Muraro, Luisa. Ganar qué, ganar qué: nuestra cuestión con el poder. Debate feminista, año 2, vol.4. 1991.

⁴⁴Idem.

presencia social y simbólica. Si la demanda de derechos surgió en la reivindicación de éstos, ante la imagen de la opresión como totalidad, hoy la búsqueda no es en el sentido de la igualdad sino de la afirmación de su presencia, de su disparidad, puesto que en éstos se juegan libremente sus deseos. La finalidad es construir a la mujer como valor; un efecto de ello es el reconocimiento de la diferencia sexual. Una mujer que hace política a partir de sí y no por imitación o reacción hacia los hombres, llegará necesariamente a la primacía de las relaciones con otras mujeres, de las cuales hará depender las relaciones con los hombres y de toda la realidad.

Se trata de hacer política visibilizando la diferencia sexual, es decir otras formas de hacer política que “cambien los contenidos afectivos, el significado simbólico y el valor social de las relaciones entre las mujeres, ello podría renovar los estatutos tradicionales de la política, tan marcados por un solo sexo, el masculino.. este cambio supone como requisito fundamental confrontar la disparidad entre mujeres, tanto en las diferencias de poder como en las capacidades, para de ahí desarrollar una relación de confianza que establezca una especie de contrato social femenino, con términos autónomos del contrato social masculino”⁴⁵.

La representación política presupone necesidades e intereses comunes que no aceptan la diferencia sexual. Se ha considerado fundamental estar en las instituciones democráticas para dar visibilidad a la diferencia sexual; al hacerlo se le otorga un valor excepcional a ese lugar construido por los varones, representantes de ciertos poderes (económicos y de clase) desde los cuales ha sido imposible afirmar una fuente femenina de la autoridad social. El Parlamento es la institución de la representación; allí las mujeres que acceden se hacen cargo de la voluntad de las que están afuera. Las representantes deben aceptar mediaciones en los partidos y hacer un camino de legitimar el poder de los varones antes de llegar allí, de manera que las elegidas pueden o dar su veto a las leyes para mujeres o actuar como un pequeño grupo de presión.

Al trascender la igualdad, la significación de la diferencia sexual subvierte y transgrede lo existente, porque no puede seguir el orden simbólico existente. La mediación fortalece las relaciones entre mujeres, si la mujer es fiel a sí misma y a las otras mujeres, en tanto los lazos surjan del deseo femenino y no de la representación. De lo contrario se continúa con la política de los dos tiempos: primero dignidad de la persona, y luego se espera que venga el otro, para las mujeres el de inscribir su diferencia.

Una mayor presencia femenina en el Parlamento no asegura el cambio de las reglas del juego, y si es que las mujeres fueren portadoras de otra cultura se encuentran reemplazando prejuicios desfavorables por favorables. Hasta ahora las mujeres no han podido impedir que quienes fijan las reglas sean los hombres, manteniendo en el silencio la fuerza femenina que nace de un proyecto construido y pensado entre mujeres que ponen en juego su extrañeza del poder.

⁴⁵Lamas, Marta. ¿De quién es la política? Debate Feminista, Año 2, vol. 4. 1991.

La alusión al conflicto entre sexos lleva a asumir que éste es consecuencia de la diferencia, o bien a pensar que hay otras posibilidades. Mientras existían dos ámbitos separados y distintos, lugares afectivos y mentales y por cierto políticos, las mujeres en sus lugares estaban obligadas a su sexo, se producían logros inmediatos (amistad, solidaridad, complicidad) mas no simbólicos. Hoy las separaciones marcadas han desaparecido. Sin embargo, es posible percibir la miseria de las mujeres, en tanto sexo. Poner atención en la diferencia sexual no quiere decir protegerlas, sino significarlas, resguardarlas del sentido de la inexistencia.

A fines del siglo XX el reconocimiento cultural de diferentes identidades plantea el desafío de dar cuenta como opera la política cultural. La creciente presión de grupos que luchan por el reconocimiento de su identidad y por terminar con la dominación cultural, se malentiende si se escinde de la lucha por la igualdad. La oposición entre los planteamientos de la igualdad y la diferencia, ha llevado a entenderlos como excluyentes. La trama entre desigualdades políticas y económicas y la dominación cultural abre un inmenso campo de posibilidades para replantear la democracia y la justicia.

Reconocer la importancia de la distinción: Una clave para avanzar en los laberintos del poder

A fines del siglo XX no cabe duda de la importancia de la distinción entre las esferas y de las precisiones necesarias para actuar en ellas. La vasta producción de las teóricas feministas ha profundizado en las complejidades de lo público y sus múltiples significados (asuntos de Estado, de lo accesible a todos, del interés de todos del bien común); asimismo en los otros sentidos de lo privado (propiedad privada en economías de mercado, vida doméstica, íntima o personal, incluyendo la vida sexual). De modo que la distinción público/privado se relaciona directamente con los lugares en que se construye la democracia, desde la inclusión de la vida cotidiana, hasta la redefinición de la política.

La consigna “lo personal es político” ha servido para reclamar un continuo entre cosas consideradas triviales y menores y aquellas propiamente políticas. A través de ellas el feminismo ha desafiado en términos teóricos el modo abstracto en que los hombres se refieren al poder, y prácticamente ha sostenido que la política adquiere integralidad hasta que se realiza en la vida cotidiana. Pese a que ha significado confusiones, para el movimiento de mujeres, ha permitido poner al centro las experiencias de las mujeres en un eje político y ha contribuido a que las mujeres sepan que es posible modificar su condición y reclamar cambios de trascendencia política para sí mismas y la sociedad. Sin embargo, las nociones que han surgido en la acción de los movimientos feministas respecto del poder, han tenido limitaciones que deben ser superadas. Recuperar el potencial de estas ideas supone ponerlas en tensión respecto de un proyecto de democracia.

Las distintas prácticas políticas de las mujeres dan cuenta de ensayos y errores que, si bien muestran las limitaciones que han tenido, también constituyen un

aprendizaje. No obstante, crecientemente éstas han estado referidas a los modos de operar de las instituciones políticas, guardando los hallazgos que devienen de las prácticas entre mujeres, en los distintos lugares, públicos y privados.

1. La noción de autonomía individual en la esfera privada expresa en primer lugar la aceptación de la distinción. Ha sido posible asumir que no debería haber un aspecto de las vidas que no sea personal/privado. No hay democracia que pueda obligar a las mujeres a la maternidad, negar la libertad para elegir si tener hijos, tratarlas como si su cuerpo les fuera ajeno, u obligar a la mujer a abandonar su trabajo para criar a los niños o permitir que el marido le niegue el permiso para trabajar. Esto implica que los asuntos de sexualidad y de familia no pueden ser tratados del mismo modo que el trabajo o la política convencional, que hay un campo de decisiones individuales/privadas que no son asuntos sociales/ políticos, y que aún en las mejores condiciones los asuntos reproductivos y sexuales, forman parte de asuntos personales. Siempre habrá materias que son de resolución individual, ámbitos de la convivencia que requieren ser democratizados, del mismo modo en que hay ámbitos en que hacerlo sería inoficioso.

2. El desarrollo de una noción de democracia participativa, a partir de las prácticas feministas, si bien, ha permitido ampliar las definiciones de la democracia, sin embargo, es insuficiente. El intento de sostener organizaciones no jerárquicas y la preocupación por las relaciones y modos de organización, poniendo el énfasis en que los medios y fines son un todo, muestran la radicalidad feminista. No obstante, al ensayar estos modos de organización, han surgido complicaciones cuando la distinción público/privado es puesta en duda, pues al aplicarla a todos los aspectos de la vida, la línea divisoria con el moralismo es tenue. Las mujeres actúan, muchas veces como si la política se jugara en todos los detalles y en todos los lugares indiferenciadamente. La construcción de lugares de mujeres es importante tal como lo es la preocupación por la contracultura o la construcción de identidad. Sin embargo, no puede ser la única estrategia para fortalecer la acción política de las mujeres.

La política asociada a temas de preocupación general, la arena pública según la define Hannah Arendt, la política como la búsqueda de la felicidad colectiva o de la libertad pública, dista de la definición de lo público asumida por el feminismo, pese a que ésta resuena a las mujeres que habiendo participado en política, han constatado los privilegios que la política devenga a los varones. No obstante, construir los puentes entre estas concepciones de lo público no se hace fácilmente, si las mujeres apuntan sólo al sentido distinto de la democracia en lo privado.

Las prácticas relevantes para la democracia política deben considerar que la política surge de cara a personas que son distintas. La contestabilidad, la comunicabilidad son esenciales a la política. El énfasis, al poner nuevos temas y preocupaciones a otros, necesita despejar la división entre hombres y mujeres, para plantearse los problemas de la convivencia en sociedad. Hacer política feminista no es sinónimo de hacer política de mujeres, señalan algunas vertientes del feminismo. No obstante, uno de los aportes del feminismo de la diferencia, pone atención en este

punto, al relevar la importancia de las relaciones de disparidad entre mujeres, en especial al plantear la legitimación de ésta entre mujeres.

La pregunta por la democracia, se asocia a reconstituir la sociedad civil. Casi sin optar, se ha generado una creciente división entre quienes enfatizan la sociedad civil, como el eje del desarrollo democrático y aquellas que orientan su acción hacia el Estado. Las primeras priorizan en la actividad social, un tipo de acción que transcurre intermediada por las personas y el Estado; estimulan el control sobre las vidas, lugares de trabajo, o la democracia en pequeños grupos y con otras áreas de la sociedad civil, como espacio público. Extender los principios de la participación a la noción de democracia como algo que debería permear toda actividad social, termina negando las peculiaridades de la esfera pública.

Los derechos de las mujeres y las fronteras entre público y privado

Desde los años sesenta en adelante, las mujeres han ganado un conjunto de derechos que han significado ampliación de libertades y mayores igualdades respecto de los varones. Sin embargo, el reconocimiento formal de derechos no ha modificado mecánicamente la condición de las mujeres. Es más, el reconocimiento de éstos no necesariamente se traduce en mayor poder para las mujeres en el ámbito público y/o en el privado.

Las feministas de la diferencia hacen más complejo el tema, al inscribir las luchas por los derechos y mejorías de las mujeres en la noción de extrañeza del poder de las mujeres, sosteniendo que no se puede hablar de diferencia sexual si se recurre al orden simbólico de la política masculina. Argumentan que la separación es también una categoría de pensamiento que crea procesos autónomos y asimétricos, que las mujeres conocen.

En efecto, la homologación de las mujeres no ha llevado a construir un sentido estable de la diferencia sexual; para ello es necesaria la referencia primaria a las propias semejantes a través de la práctica política de la diferencia. Es una estrategia que requiere dar señales de sí a las otras mujeres, de remitir a la memoria del propio sexo y a su diferencia. Esta práctica debe ocurrir a los ojos de los hombres y en los lugares aparentemente neutrales, no porque ellos sean la referencia, sino porque donde no es visible la diferencia, es necesario mostrar el conflicto entre sexos, para romper con el pensamiento homologante. Hasta hoy los lugares se adecúan a recibir mujeres homologadas al sujeto masculino, en los lugares de poder, mujeres dispuestas a olvidar su sexo. Lo simbólico vive en los ojos de lo colectivo y/o socialmente visible. Sin desconocer los avances en materia de igualdad, una mirada a la participación de las mujeres en lo público en su sentido más tradicional --parlamentos, gobiernos instancias de decisión política--, arroja una desigualdad inmensa respecto del poder de los varones y, lo que es más grave, una desvalorización de la diferencia de las mujeres. El derecho al sufragio no ha sido suficiente para que las mujeres incidan en las decisiones políticas.

Las medidas de acción afirmativa que se empiezan a ensayar en distintos lugares del mundo con posterioridad a la CEDAW, desde la década de los 80, han tenido efectos evaluables en períodos más cortos de tiempo. En efecto, la carencia de derechos de las mujeres en lo privado ha quedado demostrado a partir de la visibilización de la violencia física, sexual y psicológica en el espacio doméstico. Las leyes que se han dictado permiten sólo poner fin al abuso de poder del varón. Es más, recién después de la Conferencia Mundial de Viena en 1993 se reconoce que los derechos de las mujeres constituyen también derechos humanos, mostrando que hasta entonces los derechos de las mujeres eran un asunto de otro orden. El reconocimiento de los derechos de las humanas es central para la ampliación de la calidad de sujeto de derecho de las mujeres, porque éstos hacen referencia precisamente al acontecer en lo privado y lo público, restituyendo la necesidad de asumir todos los ámbitos de la existencia de las mujeres, incluyendo todos los ámbitos de la experiencia vital de las mujeres. Pese a los importantes avances en materia de derechos humanos de las mujeres éstos aún no han resignificado la diferencia sexual femenina. Lo simbólico vive en los ojos de lo colectivo y lo socialmente visible y éstos aún no adquieren el suficiente reconocimiento entre las propias mujeres, de manera que les permita superar la extrañeza del poder. Sin embargo sí han contribuido a recuperar el dominio de los cuerpos al significarlos como el lugar de realización del deseo femenino y de los derechos.

Desde las perspectivas liberales, la relación entre las ideas y la experiencia se han mantenido escindidas en dos planos. Así, las diferencias se relegan a lo privado, ámbito en el cual las personas pueden dar lugar a sus opciones y en lo público se opera sobre la base de un conjunto de presunciones compartidas que dan lugar a un orden, de manera que la tolerancia es el sustituto del reconocimiento: se tolera lo que no se aprueba. La tolerancia se sustenta en la distinción entre las normas de la mayoría y las desviaciones de ciertos grupos, y es un efecto de la homologación que conlleva la igualdad. La paradoja es que así la diferencia se mantiene como tal y sólo podría ser revertida por una presencia significativa de ésta en el espacio público. Así, la diferencia sexual no tiene el reconocimiento social, sino el formal de los derechos. Ello se expresa en los resultados de la participación en el ámbito público, en que las mujeres que allí acceden, en alguna medida quedan atrapadas en la antesala del poder y terminan una vez más actuando para otros.

Finalmente, asumiendo que la vía de la obtención de mayores derechos ha significado cambios, es importante reconocer que en la acción política feminista es necesario volver sobre las relaciones entre mujeres en el ámbito público y privado, para hacer hablante la extrañeza femenina. El deseo de poder de las mujeres es el deseo de existencia social como género. Las prácticas políticas entre mujeres necesitan de cercanía y reconocimiento. Esta preocupación existió en la década de los sesenta y se ha abandonado en tanto la institucionalización de las demandas en derechos ha separado a las mujeres, situándolas en los lugares de poder contruidos por el sistema patriarcal.

El reconocimiento de la disparidad entre mujeres transformado en práctica política, sumado a la acción por la igualdad, permitiría recuperar las relaciones entre mujeres y dar legitimidad a la presencia social femenina. Hoy, en virtud de mayores derechos e igualdades, una mujer puede hacer y actuar; sin embargo, no por ello se legitima su ejercicio de poder. No obstante, si está en esos lugares y retoma los vínculos con las otras mujeres, sí es posible afectar los centros del poder patriarcal.

El derecho es parte de la trama de un sistema patriarcal; sigue operando en la reproducción del sistema. El reconocimiento de derechos a las mujeres opera como el Gatopardo, que algo cambia para que nada cambie.

Así parece que las mujeres no sólo deben demandar al poder sino dárselo, no esperarlo sino construirlo, porque proviene de las propias mujeres, poder en lo privado, poder en lo público para hacer significativa la presencia social de las mujeres, en un símbolo que expresa su diferencia. Porque el feminismo se trata de la democratización de la vida cotidiana, para una mayor vitalidad de lo público y de lo privado y en esa medida de las democracias actuales.

IGUALDAD SIN DISCRIMINACION; Error! Marcador no definido.

Joan Williams

Parecería no ser controversial, entre las feministas y sus aliadas/os, que las mujeres tienen derecho a la igualdad de género. Aún así, la cuestión de la igualdad se vuelve compleja en el contexto del género. Porque, para citar a Aristóteles, el principio de igualdad exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también, a las diferentes, de manera diferente.⁴⁶ El "sentido común" dicta que hombres y mujeres son diferentes. Entonces, ¿qué significa igualdad en el contexto de género?

Esto es lo que Pablo Perez Tremps ha llamado "el gran problema técnico" en la legislación para la igualdad.⁴⁷ La experiencia en Estados Unidos sugiere que éste no permanece técnico por mucho tiempo. El uso de la retórica de la igualdad para socavar las demandas de las mujeres por pensión alimenticia marcó una pauta para las feministas. Originalmente, la pensión alimenticia era solamente asequible a las mujeres. Esta práctica se convirtió en blanco una vez que las feministas empezaron a insistir en la igualdad ante la ley. Entonces, la pensión alimenticia se hizo asequible también a los hombres, a menudo con resultados muy injustos.⁴⁸ En un caso reciente, una mujer que se estaba divorciando de su abusivo marido, un artista a quien ella había mantenido por años, descubrió que los estatutos del estado, neutrales en términos de género, la hacían potencialmente responsable de mantenerlo, a pesar de que ella no sólo había ganado prácticamente todos los ingresos, sino que además, se había encargado de todo el trabajo doméstico y del cuidado de la prole.

A menudo, en América Latina, se me pregunta cómo es trabajar en una cultura en donde las feministas son tan fuertes. Mi respuesta es que las feministas norteamericanas han, a menudo, dispersado su fuerza en disputas sobre metas y estrategias. Ejemplo de esto es el debate sobre igualdad y diferencia. Un error del lado de la "igualdad" en ese debate surge cuando mujeres comunes tratan de actuar responsablemente en dirección equivocada. Por ejemplo, la mujer quien, ignorando la política de permisos por maternidad, que otras han logrado con sus luchas, decide regresar al trabajo una semana después del parto porque no quiere "trato especial". Ella está tratando de vivir a la imagen del profesional, muy concientemente diseñada en el siglo 19: hombre con apoyo de una esposa.⁴⁹

La desilusión con la igualdad ha surgido en muchos contextos. En el ámbito de la custodia, por ejemplo, las madres norteamericanas tradicionalmente, se suponía, tenían el derecho a la de sus criaturas de corta edad. Al igual que el derecho a la pensión, este supuesto se eliminó durante los primeros años de la revolución feminista. El resultado ha sido que muchos padres varones norteamericanos hoy se comportan, en las negociaciones de divorcio, como si quisieran la custodia,

⁴⁶Introduction To Aristotle, Politics. Book III, capítulo 8. McKeon, Richard, Ed. 1947, pág. 593.

⁴⁷Perez Tremps, Pablo. Curso IV: Mujer y Derechos Humanos (Presentación sobre Igualdad y Diferencia). Movimiento Manuela Ramos, diciembre 1998.

⁴⁸Orr v Orr, 440 U.S. 268 (1979).

⁴⁹Ver MacKinnon, Catharine. Feminism Unmodified. 1987, pág. 33; Williams, Joan. Unbending Gender: Market Work and Family Work in the 21st Century. Oxford University Press, 1999 (por salir), Capítulo 7.

aunque no sea así; al hacerlo, obligan a muchas madres a ceder en sus demandas económicas contra ellos, para garantizarse la custodia. Refiriéndose a estos ejemplos, feministas importantes norteamericanas, como Martha Fineman y Mary Becker, han argumentado que la igualdad hiere a las mujeres, y que el movimiento debería evitar expresar sus demandas con el lenguaje de la igualdad.⁵⁰

Sin embargo, las alternativas que ellas proponen tienen muchas limitaciones. Becker ha dicho que las feministas debemos apoyar las disposiciones que le regresan la custodia a las madres. Pero esto implicaría que, aunque un padre haya marginado su participación en la fuerza laboral para cuidar de la prole, de todas formas perdería la custodia si su esposa decidiera divorciarse de él. Este ejemplo resalta cómo volver a la custodia materna se convertiría en otra institución social para apostar a las mujeres de nuevo en los roles tradicionales femeninos, y a los hombres fuera de ellos; funcionaría para disuadir a padres que quieren cuidar de su prole, y como argumento que los esposos usarían contra las esposas que los quieren persuadir de participar por igual en el trabajo de la familia.

Martha Fineman ha argumentado que, en el contexto de la asignación de los bienes familiares en el divorcio, las feministas deberían enfocarse no en la igualdad, sino en qué necesitan las mujeres.⁵¹ Sin embargo, en ambas Américas, el mandato social es darles igualdad a las mujeres, no llenar sus necesidades, ni las de ningún otro grupo social. En los Estados Unidos, la resistencia al lenguaje de las necesidades es ideológica. "De cada uno de acuerdo con sus posibilidades, para cada uno de acuerdo con sus necesidades"; si en Estados Unidos hay un principio que sea anatema, es éste.⁵² En América Latina, la resistencia a llenar las necesidades sociales no es ideológica, sino práctica. América Latina tiene la más desigual distribución de ingresos en el mundo; llenar las necesidades de la ciudadanía está a menudo fuera de la agenda política porque parece ser económicamente imposible.⁵³

De manera parecida, el mandato de la no discriminación es uno de los principales y menos disputado de los elementos en la legislación de derechos humanos; los derechos económicos enunciados en el Convenio de Derechos Culturales y Económicos son mucho más debatidos. Muchas leyes y constituciones latinoamericanas también prometen igualdad de género. Así que regresamos a la pregunta: ¿qué es lo que se requiere con el principio de igualdad entre hombres y mujeres?⁵⁴

Este artículo nos llevará más allá de los debates entre igualdad y diferencia, más allá de los argumentos de que la igualdad de género exige que tratemos a mujeres y hombres igual o que los tratemos diferente. Nos lleva más allá de la afirmación de Catharine MacKinnon, de que las mujeres

⁵⁰Ver, por ejemplo Fineman, Martha Albertson. *Feminist Theory in Law: The Difference it Makes*. 2 Colum. J. Gender & L. 1, pág. 10 (1992); Becker, Mary. *Prince Charming: Abstract Equality*, en *Feminist Legal Theory: Foundations*. Weisberg, D. Kelly, Ed. 1993, pág. 225 (en adelante *Foundations*).

⁵¹Ver Fineman, Martha Albertson. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*. 1991, págs. 46-52.

⁵²Ver Marx, Karl. *Critique of the Gotha Program*, en *The Marx-Engels Reader*. Tucker, Robert C., Ed. 2a ed. 1978, pág. 531.

⁵³Duyea, Suzanne y Székely, Miguel. *The Haves and the Have-Nots*. Banco Interamericano de Desarrollo, Office of the Chief Economist, *Latin American Economic Policies*. No. 5, 4th quarter. 1998, pág. 1.

⁵⁴Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reproducido en *A Compilation of International Instruments*. Vol 1: *Universal Instruments*. 1994; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en *idem.*, pág. 20; Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en *idem.*, pág. 145; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, págs. 519-39.

deberíamos "recibir trato igual cuando somos iguales, diferente cuando somos diferentes. Pero así les sucede a los hombres: iguales y diferentes, también."⁵⁵

Decir que la igualdad exige que las mujeres sean tratadas igual cuando son iguales, y diferente cuando son diferentes, es una aseveración que a menudo dejará a las mujeres en una posición vulnerable. El tradicionalista responderá que es legítimo discriminar contra las mujeres casadas en el lugar de trabajo, porque - como resultado de matrimonios contraídos libremente - las madres saben que de ellas se espera cuidar a la prole y el hogar; los patronos deberían tener el derecho de dar los mejores empleos a los trabajadores que no están sobrecargados con responsabilidades familiares, y por lo tanto pueden dedicar toda su atención al trabajo. Esto es tratar a las mujeres diferente porque están en una situación distinta a la de los hombres. ¿Es esto entonces consonante con el principio de igualdad de género para ellas?

Claro que no. Yo argumentaré que tratar a mujeres y hombres de igual manera, a menudo exige más que igualdad simple ante las leyes e instituciones existentes. Como han señalado por largo tiempo las feministas, muchas leyes e instituciones están estructuradas alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres.⁵⁶ Cuando éste es el caso, la igualdad de género exige la eliminación de estas normas masculinas, como primer paso para traer la igualdad a las mujeres. De éstas se dirá mucho más, pero por ahora será suficiente un simple ejemplo: las normas del o la trabajadora ideal en el trabajo de mercado.

Este trabajo está diseñado alrededor de un trabajador ideal que labora tiempo completo y extra, y no toma tiempo libre para partos ni crianza de criaturas. Esta no es una norma sin género. Está estructurada alrededor de los cuerpos de los hombres, quienes no quedan embarazados. También alrededor de las biografías de ellos, quienes - tanto tradicionalmente, como hoy, en las dos Américas - están apoyados por un torrente de servicios domésticos de ellas. Las mujeres en los Estados Unidos todavía hacen dos tercios del trabajo del hogar y el 80% del cuidado infantil; una sospecha que los números son todavía más altos en otras partes. Ellas no gozan del torrente de trabajo familiar que apoya a los trabajadores ideales masculinos, ni tampoco disfrutan de otros privilegios de género que les permiten a los hombres cumplir como trabajadores ideales; por ejemplo, la capacidad de mudar a sus familias para recibir capacitación, o para aprovechar buenas oportunidades de trabajo.⁵⁷

Personas con varias formas de cuerpo pueden desempeñarse como trabajadores ideales - no es una norma vinculada al **sexo**. Pero sí con el **género**: con los privilegios de género que gozan los hombres como grupo. Por lo tanto, otorgarles a las mujeres iguales oportunidades para desempeñarse como trabajadoras ideales, solamente les da oportunidad de vivir según las normas fijadas por ellos, sin tener cuerpos de hombre ni contar con el torrente de trabajo familiar asequible a los trabajadores ideales masculinos. Tratar a hombres y mujeres igual frente a la norma del trabajador ideal masculino no ofrece verdadera igualdad de género, sino una continua discriminación contra las mujeres.

⁵⁵Ver MacKinnon, op. cit., pág. 37.

⁵⁶Ver idem., págs. 36-37 (cuerpos y biografías de hombres).

⁵⁷Ver Williams, op. cit., Introducción.

La igualdad de género sin discriminación requiere, primero, que la norma del trabajador ideal sea sustituida con una que no exija de las personas que trabajan, el poder social que tienen los varones, ni el torrente de trabajo familiar y otros privilegios asequibles a la mayoría de los hombres, pero a muy pocas mujeres. Este artículo generaliza este punto, argumentando que la igualdad sin discriminación exige, no sólo igual trato a ambos sexos, sino también la deconstrucción de las normas masculinas actualmente empotradas en muchas leyes e instituciones sociales. Para identificar las normas masculinas y valorar cómo diseñar nuevas políticas que sustituyan las instituciones y normas tradicionales generalizadas, es necesario un análisis de la igualdad que incluya uno del género como poder social.

El entendimiento consecutivo de la igualdad elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio de la forma en la cual la persona que toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.

En otras situaciones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as sociales, muchas/os de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos/as actores/as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige, no sólo igual tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa.

Igualdad ante la ley

Eliminando los privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres y las desventajas tradicionalmente padecidas por las mujeres

Empiezo con situaciones en las cuales la igualdad de género no exige más que igual trato ante la ley. En los Estados Unidos, este principio fue establecido en la legislación constitucional por litigios que llevó Ruth Bader Ginsberg, quien entonces trabajaba para una organización no gubernamental llamada *American Civil Liberties Union Women's Rights Project*, y ahora es magistrada de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Ginsberg entabló casos diseñados para eliminar las desventajas tradicionales de las mujeres ante la ley. Ejemplo entre éstos es aquel de 1971, que objetaba una ley estatal de la Florida, la cual estipulaba que si dos personas de categoría elegible aspiraban a administrar un patrimonio, se preferiría automáticamente al hombre por sobre las mujeres.⁵⁸ El estado de Florida justificaba la ley diciendo que daba trato diferente a hombres y mujeres porque, de hecho, no eran iguales: sus roles domésticos y su exclusión de los públicos, significaba que la mayoría de las mujeres probablemente tendrían menos pericia en asuntos financieros de la que tendrían los hombres. Un feminismo que permitiera que se trate diferente a las

⁵⁸Reed v Reed, 404 U.S. 71 (1971).

mujeres cuando "verdaderamente" son diferentes, dejaría a las mujeres vulnerables ante este tipo de tratamientos discriminatorios.

La solución de Ruth Bader Ginsberg fue desviar la atención de las diferencias, y argumentar que se debería prohibir a las y los actores gubernamentales categorizar a las personas individuales con base en el sexo. En parte, esta estrategia se originó en las peculiaridades de las leyes constitucionales de los Estados Unidos, pero también reflejó su comedido cálculo de que, si a las legislaturas estadounidenses se les permitía usar categorías basadas en el sexo, terminarían usándolas para colocar a las mujeres en roles tradicionales de género. Por lo tanto, la insistencia de Ginsberg en prohibir el uso de categorizaciones basadas en el sexo no era tanto una **teoría** de igualdad, como una **estrategia** para restringir a actores con quienes no se podía contar para no discriminar, si se les permitiera tratar a las mujeres diferente que a los hombres.

En la actualidad, en Latino América, la eliminación de los privilegios masculinos tradicionales continúa siendo un punto importante en la agenda. Quizá un ejemplo sobresaliente es la ley guatemalteca, la cual todavía exige a las mujeres permiso de sus maridos para poder salir a trabajar.⁵⁹ La aplicación del principio que prohíbe a las legislaturas categorizar con base en el sexo, declararía sin lugar ese estatuto, como incongruente con la igualdad de género.

Otros casos también atañían a la eliminación de los privilegios masculinos tradicionales sobre los beneficios sociales, que han acompañado el rol de macho proveedor. En uno de ellos, *Weinberger v Weisenfeld*, la ONG de Ginsberg representó a un padre, quien quería quedarse en casa criando a su hijo después de la muerte de su esposa.⁶⁰ No lo podía hacer porque la Seguridad Social otorgaba pensión a las viudas, pero no a los viudos. La Corte Suprema dictó que otorgarles la pensión solamente a ellas, violaba la garantía de igual protección en la Constitución de los Estados Unidos. En otro caso, *Frontiero v Richardson*, la misma representó a una soldada, quien quería declarar a su marido como dependiente, para poder calificar para una bonificación más alta de alquiler y beneficios médicos y dentales para su familia. No podía hacerlo, porque las regulaciones militares permitían que todos los hombres declararan a sus esposas como dependientes, pero exigía a las mujeres que deseaban hacer lo mismo, probar que ellas ganaban la mitad, o más, de todo el ingreso familiar. De nuevo, la Corte Suprema eliminó la regla objetada como una violación a la Cláusula de Igual Protección.⁶¹

Weisenfeld y *Frontiero* extendieron a las trabajadoras ideales, privilegios tradicionalmente ofrecidos solamente a los trabajadores ideales. En este tipo de contexto, la igualdad requiere solamente de igual trato a ambos sexos, porque ellas ya están ocupando el rol de trabajador ideal tradicionalmente restringido a ellos, y el único obstáculo en su camino para poder gozar de privilegios asociados con ese rol masculino, son las reglas formales que limitan la elegibilidad de esos privilegios a los hombres.

Dado que los privilegios tradicionalmente asequibles a los varones son incongruentes con la igualdad de género, ¿cual es el remedio adecuado? Aunque a este paso no se le ha reconocido la necesidad de un análisis preciso en el feminismo de los Estados Unidos, de hecho, es

⁵⁹Código Civil de Guatemala, Párrafo IV, Art. 114. Esta sección del código se sostuvo contra una recusación constitucional en la Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Expediente 84-92, y ha sido apelada ante el sistema interamericano.

⁶⁰420 U.S. 636 (1975).

⁶¹411 U.S. 677 (1973)

extremadamente importante desarrollar un método separado para diseñar la medicina adecuada, una vez que se ha determinado que la ley o regla actual viola el principio de igualdad de género.

En este contexto, es digna de nota la estipulación del código peruano, que con la pretensión de eliminar la regla tradicional de que las mujeres casadas no pueden trabajar fuera de la casa sin permiso de sus maridos, extiende ese derecho de veto a las mujeres. Cito:

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro.⁶²

Para captar porqué este remedio es inadecuado, es necesario combinar un análisis de igualdad, con un análisis de género y poder. En los Estados Unidos, este análisis ha tendido a enfocarse en la erotización de la dominación: en las formas en las cuales nuestra sexualidad está vinculada con la erotización del ejercicio del poder sobre las mujeres, en la violencia doméstica, el hostigamiento sexual y la violación. Pero nuestras estructuras de trabajo y familia heredadas, también operan para dar a los hombres poder sobre las mujeres: ejemplos sobresalientes son la norma del trabajador ideal y el sistema resultante, el cual procura el cuidado de la niñez marginando económicamente a quienes lo proporcionan. Es necesario que las feministas hagan un análisis de género y poder en cada análisis de igualdad de género, excepto en la limitada situación en la cual el asunto es si las mujeres que viven según las normas masculinas pueden recibir privilegios tradicionalmente asequibles sólo a los hombres.

Para volver al estatuto peruano, el análisis parte del hecho que, en todas las Américas, se considera, tradicionalmente, que los hombres son quienes se ganan la vida, son los proveedores, mientras que las mujeres no.⁶³ Este patrón ha sido puesto en tela de juicio por el feminismo, con el resultado de que los roles de las mujeres son cuestionados y estan en proceso de cambio. Pero el deber y derecho de los hombres a trabajar en el mercado nunca ha sido seriamente puesto en duda, ni antes del feminismo, ni ahora. Por lo tanto, los hombres tienen permiso tácito para trabajar fuera del hogar, por el rol de proveedor que se vincula culturalmente con la masculinidad. Por la unión entre trabajo de mercado y hombría, la mayoría de ellos siente que no les queda más elección que desempeñarse como trabajadores ideales, hasta donde su clase y raza se los permite. El vínculo cultural entre trabajo de mercado y hombría también significa que pocos hombres tienen elección económica alguna, más que trabajar, ya que la mayoría típicamente gana más que sus esposas.⁶⁴

Dadas estas condiciones sociales, pocas mujeres tendrán oportunidad real de prohibirle a sus esposos que trabajen afuera del hogar, aunque una ley les dé derecho formal de hacerlo. Como señaló Alda Facio, la ley debe analizarse en tres niveles; darles a las mujeres un derecho formal que nunca se ejercerá por causa de los derechos que los hombres tienen a nivel social, no es un remedio

⁶²Código Civil. Analizado y comentado por el Dr. Hernán Figueroa Estremadoyro. Título II, Art. 293. Colección Jurídica Inkari, 1998.

⁶³Ver Potuchek, Jean. Who Supports The Family? Gender And Breadwinning In Dual-Earner Marriages, 1997; Williams, op. cit., Introducción.

⁶⁴Los hombres en los Estados Unidos ganan, en promedio, 70% de los ingresos familiares. Rose, Stephen. On Shaky Ground: Rising Fears About Incomes And Earning. National Commission for Employment Policy Research Report No. 94-02, 1994.

que ofrezca verdadera igualdad. La concesión formal a las mujeres, de poder de veto sobre sus maridos, se vuelve una ficción cínica.⁶⁵

Lo mismo no es cierto de la prohibición de los hombres al derecho de ellas a trabajar fuera del hogar. En el nivel social de la costumbre, no hay aprobación tácita que otorgue a las mujeres el derecho a involucrarse en el trabajo de mercado por el hecho de serlo (en agudo contraste con la situación con respecto a los hombres). Además, impedir a una mujer su desempeño en el mercado laboral no se interpretaría como una castración a su feminidad, mientras que si se hiciera lo mismo a un hombre, se entendería como una castración a su hombría. Para terminar, por supuesto que muchos esposos pueden darse el lujo de prohibirles a sus esposas trabajar fuera del hogar, porque la mayoría de ellos gana más que ellas (en gran parte, porque han gozado de dos privilegios masculinos clave: el derecho a un torrente de trabajo familiar de sus esposas, y el derecho a mudarse con sus familias, si es "necesario" para promover sus carreras). En este contexto social, el otorgamiento a los hombres de poder de veto sobre la participación de sus esposas en la fuerza laboral, no es una ficción. Al contrario, es muy real.

Hasta que no evaluemos cualquier remedio propuesto contra un análisis de la relación entre género y poder, no podremos estar seguras de que aquel no implica dar a las mujeres igualdad formal en una situación en la cual el género - empotrado dentro de la economía y dentro de nuestras definiciones de masculinidad y feminidad - volverá completamente ficticio lo que a primera vista parece ser igual trato. Un análisis de género y poder nos demuestra que, al enfrentar problemas que se originan de los privilegios tradicionales de los hombres y de las desventajas tradicionales de las mujeres, la verdadera igualdad de género exige eliminar las desventajas tradicionales vinculadas con el sexo tanto para ellos como para ellas, más que pretender aplicar la desventaja "por igual" a ellos, en un contexto social en el cual tienen ciertos privilegios sociales de los cuales las ellas carecen.

Aunque el principio de igual trato ante la ley es muy importante en los casos que atañen a los privilegios tradicionalmente gozados por los hombres, el planteamiento de tratar a mujeres y hombres de igual manera choca con dificultades cuando se aplica, no a las desventajas tradicionales de ellas, sino a sus privilegios tradicionales. Un ejemplo de esto es la pensión alimenticia.

Esta es uno de los (relativamente pocos) derechos económicos otorgados a las mujeres que proporcionan cuidado y atención. Como señalé anteriormente, el principio de igualdad, tradicionalmente, se ha aplicado ampliando la pensión alimenticia, para que ésta no esté limitada solamente a ellas, sino que también sea asequible a ellos. También señalé antes el hecho de que este cambio a menudo causa daño a las mujeres, y ha llevado a algunas feministas en los Estados Unidos a preguntarse si la igualdad las daña o las ayuda. Se me ha dicho que también algunas latinoamericanas se preguntan lo mismo frente a nuevas leyes de pensión alimenticia, neutrales en términos de género.

Eliminando privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres

⁶⁵Facio, Alda. Cuando El Género Suena, Cambios Trae. 1996, págs. 73-86.

"Lo que es bueno para el ganso es bueno para la gansa también". En otras palabras, no podemos esperar eliminar privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres, sin también eliminar los privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres.

Algunas feministas estadounidenses han argumentado que la confusión generada por la teoría de la igualdad es señal de que las feministas deberían evitar la gran teoría, y concentrarse en aquello que ayudará a las mujeres, sin preocuparse por las implicaciones teóricas involucradas.⁶⁶ Esta sugerencia va más de acuerdo con la disposición norteamericana, con su aversión por la teoría, que con la latina, en donde la amplia gama de discurso político hace que la gente sea más conciente de lo que hace y sus acciones se reflejan en la teoría. Este abordaje antiteórico tiene riesgos en cualquier contexto, porque manda el mensaje de que las feministas están dejando de lado su reclamo moral por la igualdad, y están en la arena, con otros agentes políticos, en una rebatiña por lograr lo que sea.

Para generar una teoría congruente, una debe empezar por que la posición de eliminar privilegios tradicionales masculinos, en nombre de la igualdad, también exige eliminar los asignados solamente a las mujeres. Pero esto no dicta ningún **remedio** particular, sobre cómo proceder después de que los privilegios vinculados con sexo se eliminan. En el contexto de las pensiones alimenticias han surgido problemas cuando las normas tradicionales de la pensión, vinculadas con el sexo, son cambiadas para que los hombres también sean elegibles para ella, con base en la necesidad.

Aunque la necesidad es la prueba tradicional para la pensión, el requisito se impuso para limitar la gama de esposas elegibles en un contexto social en el cual virtualmente todas las esposas eran económicamente dependientes de sus maridos.⁶⁷ En el mundo en el cual se formuló la norma para las pensiones alimenticias, aquello fue aceptado como un hecho. El propósito de la norma de la necesidad era limitar la pensión para una subclase de esposas dependientes: aquellas sin habilidades laborales o sin un ingreso independiente para mantenerse sin la ayuda de sus exmaridos.

En resumen, el propósito de las pensiones era ofrecer ingresos post matrimoniales a personas adultas que habían sido marginadas por el rol de esposas, o más precisamente, por el rol de cuidado que asumen las madres casadas, cuyo trabajo fue (y es) proporcionar aquel torrente de cuidado infantil y otros servicios domésticos necesarios para apoyar al marido trabajador-ideal. De esta manera, una norma neutral en términos de sexo para la pensión alimenticia la proporcionaría a todas las personas, sin importar la forma de sus cuerpos, que hubieran desempeñado el papel de cuidador/a marginada/o que exige la actual estructura del trabajo de mercado, siempre que pudieran demostrar necesidad.

De esta manera, en el caso mencionado en la introducción, del artista cuya esposa se había desempeñado tanto en el trabajo de mercado como en el grueso del trabajo familiar, por mientras duró el matrimonio, la pensión no sería asequible. Porque la dependencia del artista difiere de aquella de la esposa tradicional. A diferencia de ella, el artista no aportaba el torrente de trabajo familiar para apoyar la capacidad de su esposa para desempeñarse como trabajadora ideal. El no asumió el rol de

⁶⁶Ver Fineman, Martha. Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship. 42 Fla. L. Rev. 25 (1990).

⁶⁷Ver, por ejemplo, Uniform Marriage & Divorce Act, Sección 308.

cuidador marginado que da pie a las solicitudes de pensión. Por lo tanto, él no llena el requisito mínimo - no cargó con el rol marginal, tradicionalmente desempeñado por las mujeres.

En contraste, tomemos la situación de un hombre que ha sido amo de casa, que ha dejado su carrera para cuidar a la prole, mientras su esposa se desempeñaba como trabajadora ideal. En ese contexto, el esposo desempeñó el rol de género para el cual fue diseñada la pensión alimenticia. Por lo tanto, a él se le permitiría pedirla, si pudiera probar que tiene necesidad de ella.

Es de notar que el punto clave, en contextos que atañen a los privilegios tradicionales de las mujeres, es que éstos deberían desvincularse del **sexo** - de la forma del cuerpo - y vincularse al **género** - a los roles sociales tradicionalmente asignados a las mujeres.

Un re exámen del trabajo temprano de las comunmente consideradas feministas de la igualdad (sameness), Ruth Bader Ginsberg y Wendy Williams, demuestra que estos son los tipos de remedios por los cuales ellas abogaban.⁶⁸ Entonces, ¿de adonde vienen las acusaciones de que existe un grupo de feministas de la igualdad que defienden tratar a hombres y mujeres por igual, aún cuando esa estrategia daña a las mujeres? Ahora vemos que esta denuncia significa que algunas feministas han abogado por eliminar los privilegios tradicionales ofrecidos a las mujeres. Esto describe a unas pocas feministas. Por ejemplo, la connotada feminista norteamericana, Herma Hill Kaye (quien ayudó a Ruth Ginsberg a escribir el primer libro de texto sobre mujeres y Derecho, y quien es ahora decana de la escuela de leyes en Berkeley) abogó, por un tiempo, por abolir la pensión para las mujeres más jóvenes, con la esperanza de que ésto las hiciera desistir de marginarse del trabajo de mercado. Pero pronto se dió cuenta de que esta propuesta dañaría a las mujeres, y la retiró, reconociendo que había sido poco atinada. Ahora vemos porqué. El principio general es que, cuando se trata de eliminar privilegios tradicionales vinculados al sexo que tienen las personas que se dedican a dar cuidado, dichos privilegios deberían desvincularse del sexo (de la forma del cuerpo) y vincularse más bien al género (al rol social).⁶⁹

Una vez adoptado este acercamiento, se eliminan algunas de las principales contraindicaciones del tratamiento igual a hombres y mujeres ante la ley. Otro ejemplo es la experiencia con la eliminación de la custodia materna. En ese contexto, la tendencia predominante en los Estados Unidos ha sido hacia la custodia compartida. Este resultado podría parecer mandato de los tratados de derechos humanos, que dictan que ambos, padre y madre, conservan derechos paterno/maternos después del divorcio.

La custodia compartida funciona bien en aquellas situaciones, la minoría, en las cuales ambos, madre y padre, la eligen libremente porque están igualmente comprometidos a proporcionar la mitad del cuidado diario de la criatura; de hecho, en ausencia de violencia o algún otro problema agudo en la dinámica familiar, ésta es probablemente la solución ideal de custodia. El problema con la custodia compartida, al estilo norteamericano, es que, cuando se convierte en presunción en casos en los cuales no se comparte por igual el cuidado diario, ésta le da al padre los mismos derechos de

⁶⁸Ver, por ejemplo, Williams, Wendy W. Equality's Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate, en Foundations, op. cit., pág. 144; Williams, Wendy W. Notes from a First Generation. 1989 U. Chi. L.F. 99; Ginsberg, Ruth Bader. Gender and the Constitution. 44 U.Cin. L. Rev. 1, págs. 28, 30-40 (1975).

⁶⁹Kaye, Herma Hill. Equality and Difference: A Perspective on No-Fault Divorce and Its Aftermath. 56 U.Cin. L.Rev. 1 (1987); Kaye, Herma Hill. Commentary: Toward a Theory of Fair Distribution. 57 Brook. L. Rev. 755 (1991).

controlar la vida y trabajo de la madre que tuvo durante el matrimonio. En aproximadamente un 90% de las familias con custodia compartida, la criatura todavía vive con la madre, pero como la custodia es legalmente compartida, el padre gana derechos importantes. Primero, conserva, en efecto, el derecho que los padres tienen en el matrimonio intacto: proporcionar solamente un pequeño porcentaje del trabajo diario de la crianza, mientras mantienen iguales derechos en tomas de decisión importantes para ésta. Que el padre tenga el derecho de disponer cómo deben las madres desempeñar el cuidado y atención necesarios para criar una criatura, está muy alejado de la igualdad para las mujeres. Segundo, las cortes han mostrado menos voluntad, en casos en los cuales padre y madre tienen custodia legal compartida, de permitir que la madre se mude, para tener un mejor empleo, o estar cerca de la familia u otras redes de apoyo. Esto es de particular importancia porque, en las familias intactas, la familia muy a menudo vive en dónde al padre le convenga más, ya sea por su trabajo u otras preferencias. Prohibirle a la madre mudarse después del divorcio, en efecto, obliga a la madre a continuar viviendo en un lugar elegido por las conveniencias de su anterior marido, hasta después de que el matrimonio ha terminado. En una sociedad en la cual se espera que las esposas sigan a sus esposos, prohibirle a una madre que tiene la custodia mudarse, también significa que ella tendrá, a menudo, que escoger entre la prole y un nuevo marido, quien quiere o "necesita" mudarse para perseguir buenas oportunidades de trabajo.⁷⁰

Es claro que la custodia compartida va en contra de las mujeres de muchas maneras. También lo hace el análisis predominante, que es investigar cuál es el mejor interés del o la niña.⁷¹ Esto se convierte en una pesquisa sobre quién es el mejor padre o madre, en un contexto social en el cual los jueces a menudo asumirán que, un padre que hace el 20% del trabajo familiar es más admirable que una madre que hace el 50%, si en la sociedad la mayoría de las madres hacen el 100% y muchos padres virtualmente nada. El no expresado y muy sexista supuesto de que el trabajo de cuidado y atención que proporcionan las madres es derecho de los padres, a menudo distorsiona la investigación a la cual "los mejores intereses del o la niña" obligan.

Una alternativa es cambiar privilegios que tradicionalmente se vinculan con la forma del cuerpo, en privilegios vinculados con roles de género. Esto significaría la presunta custodia de cualquiera que haya marginado su participación en el mercado de trabajo, para proporcionar cuidado y atención. La mejor propuesta es la de Karen Czapanskiy, que parte del principio que - en una sociedad que procura el cuidado infantil marginando a quién lo da - la niñez necesita poder depender, no sólo del cuidado continuo del o la adulta de la cual dependen, sino también del otro, padre o madre, para que apoye a la persona que da el cuidado. Por lo tanto Czapanskiy propone que, después del divorcio, la custodia se otorgue como reflejo de la división del cuidado infantil mientras el matrimonio (o unión libre) estuvo intacto, y que la persona que no tiene la custodia primaria tiene derecho al apoyo de su anterior pareja. "Apoyo" implica no sólo apoyo financiero; bajo este modelo, las visitas del padre o la madre que no tiene la custodia se convierten, no en privilegio, sino en deber. Este modelo proporciona sanciones importantes en una sociedad en donde los padres llegan a visitar

⁷⁰Ver Bartlett, Katharine y Harris, Angela. *Gender And Law: Theory, Doctrine, Commentary*. 1998, págs. 457-64 (información sobre los impactos de la custodia conjunta).

⁷¹Cf. Kearney, Mary Kate. Symposium: Children and the Law. *The New Paradigm in Custody Law: Looking at Parents With a Loving Eye*. 28 Ariz. St. L.J. 543, pág. 553 (1996) (resúmenes de críticas de las normas del mejor interés: "pueden fácilmente convertirse en un resumen de los prejuicios de una persona individual".)

sólo cuando a ellos se les antoja, y llenan de decepción a la criatura cuando a ellos no se les antoja.

⁷²

Para resumir: la igualdad formal, o la igualdad ante la ley, es un importantísimo principio para lograr la igualdad de género. En contextos en los cuales están involucrados los privilegios tradicionales de los hombres, la igualdad se puede alcanzar simplemente abriendo esos principios para todas las personas, sin que importe la forma del cuerpo. En el contexto de los privilegios tradicionales de las mujeres, el remedio correcto es hacer esos privilegios accesibles a todas las personas que asumen roles de género - notablemente el papel de cuidadora marginada- que tradicionalmente desempeñan las mujeres.

La igualdad formal es un primer paso importante para lograr la igualdad para las mujeres, por varias razones. Es efectiva para abrir los privilegios tradicionales de los hombres a las mujeres; como son los beneficios que han tradicionalmente acompañado la condición de trabajador ideal. También es efectiva para eliminar las tradicionales desventajas de las mujeres, como es la prohibición para ellas de hacer trabajo de mercado sin el permiso de sus maridos. Finalmente, es positiva para abrir las ventajas tradicionales de las mujeres para hombres que desempeñan roles tradicionalmente asociados con las mujeres, especialmente el de cuidadora marginada. (Lo último es importante, porque sin ello, los hombres no comenzarán a interesarse en ocupar roles de cuidado y otros, tradicionalmente desempeñados solamente por mujeres.)

En cada contexto, el compromiso con la igualdad formal debe venir acompañado de atención especial a la manera de moldear el remedio que abra el camino para el cambio de género (gender flux), sin dañar a las mujeres que están en roles tradicionales. Estas medidas correctivas pueden servir para exacerbar la desigualdad de las mujeres, en vez de aliviarla, a no ser que se diseñen con especial atención al vínculo entre género y poder. La sensibilidad al género y al poder brindará pautas para el diseño de medidas correctivas para lograr igualdad de género. Primero, **los privilegios tradicionales de los hombres** deberían extenderse a las mujeres que desempeñan roles tradicionalmente masculinos. Segundo, **las desventajas tradicionales de las mujeres** deberían ser eliminadas para ambos sexos; pretender extenderlas a los hombres, inevitablemente resultará ser una ficción. Finalmente, **los privilegios tradicionales de las mujeres** deberían extenderse a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de ellos, de sexo (forma del cuerpo) a género (roles sociales).

Todos estos pasos ayudarán a las mujeres que deseen moverse hacia roles tradicionalmente masculinos (y a los hombres que deseen moverse a roles tradicionalmente femeninos), sin eliminar los privilegios tradicionales de las cuidadoras marginadas y otras mujeres en roles tradicionalmente femeninos.

⁷²Ver Czapanskiy, Karen. Santa Clara L.Rev. (1999) (por salir). Czapanskiy trabaja sobre la sugerencia de Elizabeth Scott, de que la custodia debería ir de acuerdo con las proporciones de cuidado desempeñadas por padre y madre antes del divorcio. Ver Scott, Elizabeth. Pluralism, Parental Preference, and Child Custody. 80 Cal. L. Rev. 615 (1992). Hay que tener en cuenta que el modelo de Czapanskiy daría iguales derechos a padres y a madres que se encargan de la crianza básica. También les daría a padres que han tenido mayor participación en el cuidado durante el matrimonio más derechos después del divorcio, introduciendo, por lo tanto, en el matrimonio, un incentivo para que los padres asuman más igualitariamente el paternazgo.

En este punto encontramos los límites de la igualdad formal. Porque la meta del feminismo no es simplemente permitir a una minoría de mujeres, quienes no se conforman con el estereotipo, entrar en roles tradicionalmente masculinos. El feminismo también debe dirigirse a las necesidades de la gran cantidad de mujeres que permanece en papeles tradicionalmente femeninos. Por ejemplo, aún en Estados Unidos, en donde grandes cantidades de mujeres integran la fuerza laboral, las madres permanecen al margen del trabajo de mercado: aproximadamente el 60% de las madres casadas y el 50% de las solteras, no se desempeñan como trabajadoras ideales, ni aún en el sentido mínimo de trabajar a tiempo completo.⁷³ El objetivo final del feminismo es traer igualdad a las mujeres - no sólo a las mujeres cuyas biografías son iguales a las tradicionales de los hombres. ¿Cómo, si en algo, ayuda la promesa de igualdad a las mujeres con cuerpos y biografías tradicionalmente femeninas?

Cuando la igualdad exige deconstruir normas masculinas

La idea de que gran parte del mundo está diseñada alrededor de las normas masculinas ha sido, por largo tiempo, básica en el análisis feminista. La mejor afirmación ha sido la de Catharine MacKinnon:

La fisiología de los hombres define los deportes, sus necesidades definen la cobertura de los seguros de vida y de automóviles, sus biografías socialmente diseñadas definen las expectativas en el lugar de trabajo y los patrones de carreras exitosas, sus perspectivas y preocupaciones definen la calidad del saber, sus experiencias y obsesiones definen el mérito, sus servicios militares definen la ciudadanía, su presencia define a la familia, su incapacidad de llevarse bien los unos con los otros - sus guerras y sus gobiernos - definen la historia, su imagen define a dios, y sus genitales definen el sexo. Para cada una de sus diferencias con las mujeres, está vigente un tipo de plan de acción afirmativa, lo cual es conocido como la estructura y valores de la sociedad americana.⁷⁴

Los horarios del trabajador ideal son otro ejemplo de la norma masculina. Especialmente en contextos, como Estados Unidos, en donde los trabajadores ideales trabajan cantidades considerables de horas extra, desempeñarse como trabajador ideal es incongruente con las nociones comunes de cuánta atención y cuidado de padre y madre necesitan hijas e hijos.⁷⁵ Como ya se ha señalado, esto significa que, para desempeñarse como trabajador ideal, es necesario el apoyo de una esposa cuidadora marginada. Dejar este sistema intacto implica que la mayoría de las madres casadas "escogerán" no desempeñarse como trabajadoras ideales, porque para ellas esa elección significa algo diferente que para los hombres: ellos saben que si no les proporcionan cuidado a hijas e hijos,

⁷³Ver Kalleberg, Anne L. Part-Time Work and Workers in the United States: Correlates and Policy Issues. 52 Wash & Lee L. Rev. 771, pág. 780 (1996); Bureau of Labor Statistics, U.S. Department of Labor, Unpublished Marital and Family Tabulations from the Current Population Survey. 1996, tbl.28A. ("Unemployed Persons Not at Work and Persons at Work in Nonagricultural Industries by Actual Hours of Work at All Jobs during Reference Week, Marital Status, Sex, and Age, Annual Average 1995") (aquí en adelante Datos del BLS). He calculado el porcentaje de madres casadas que trabajan tiempo parcial sobre diferente base que el BLS. El Bureau clasifica a cualquiera que trabaje más de treinta y cinco horas por semana como tiempo completo; yo clasifico a cualquiera que trabaje menos de cuarenta horas por semana como tiempo parcial, basándome en mi percepción de que la mayoría de la gente empleada considera que tiempo completo es por lo menos cuarenta horas por semana.

⁷⁴Mackinnon, op. cit., pág. 36.

⁷⁵Ver Schor, Juliet B. The Overworked American: The Unexpected Decline Of Leisure, 1991.

las mujeres lo harán, mientras que ellas saben que si no lo hacen ellas mismas, la única alternativa es delegarlo en una trabajadora doméstica. Aunque las domésticas hagan muy bien su trabajo, no son madres: poca gente siente que el cuidado materno/paterno y el cuidado de mercado es fungible. (He llamado a este sentido la norma de cuidado materno/paterno).

En este contexto, dejar intacta la norma del trabajador ideal no brinda igualdad para las mujeres. Impide la igualdad de oportunidades, salvo para las mujeres trabajadoras ideales: en los Estados Unidos, dichas mujeres ganan el 90% del salario promedio de los hombres.⁷⁶ Y las madres, que componen casi el 90% de las mujeres, ganan solamente el 60% del salario promedio de los padres⁷⁷. Estas estadísticas reflejan que, ofrecerles a las mujeres la oportunidad de desempeñarse como trabajadoras ideales, sin el torrente de trabajo familiar que apoya al trabajador ideal masculino, no es una oferta de igualdad, sino de discriminación prolongada. La verdadera igualdad económica de las mujeres exige deconstruir la norma del trabajador ideal, y reconstruir el trabajo de mercado con la oferta de horarios más flexibles, que permita a las trabajadoras y trabajadores dar a la niñez los tipos de cuidado diario que sentimos necesitan.

Existe literatura abundante sobre otros tipos de normas masculinas. Un ejemplo sobresaliente es el elegante análisis de Elizabeth Schneider, de la forma en que los jueces aplican la doctrina de la defensa propia en el derecho penal. En los Estados Unidos, el caso paradigma para la defensa propia es una riña de bar. En ese contexto, los jueces exigen que la amenaza sea "inminente" para que se justifique el uso de la defensa propia. (Entiendo que en muchos países latinoamericanos también es necesaria una amenaza inmediata, aunque el caso paradigma es el de un intruso en el hogar).⁷⁸

Schneider señala que esta norma para la defensa propia deja a muchas mujeres vulnerables en casos de violencia doméstica. El ejemplo clásico es cuando un marido o conviviente la ha golpeado severamente durante varios años. Luego las golpizas se intensifican en fuerza o frecuencia, y a menudo hay amenazas de muerte. Supongamos que ella ha tratado repetidamente de huir, o no lo ha intentado porque cree que cumplirá con sus amenazas de matarla si lo hace. En los Estados Unidos ella tiene derecho a una orden protectora que le prohíbe a él acercársele, pero obviamente la policía no puede protegerla las veinticuatro horas del día. Quizás ella haya intentado ir a la policía antes, y han rehusado ayudarla; más bien le han preguntado qué ha hecho para provocarlo, y le han recomendado que evite hacerlo en el futuro. En consecuencia, ella (justificadamente) cree que no puede contar con la protección policiaca, y que si trata de irse, él la matará. Ella rehúsa desaparecer, porque eso implicaría aislarse de sus hijas, hijos, nietos, nietas y otras personas de la familia, e irse a una ciudad desconocida, en donde no tiene ni trabajo ni ataduras. Así que espera hasta que, en un patrón a menudo repetido, él se emborracha, la golpea, y cae en la cama, atontado por el alcohol. Entonces ella lo mata.

¿Defensa propia? No: no había amenaza inmediata. Para entender porqué su comportamiento fue defensa propia legítima, necesitamos recordar sus características de género, de mujer típicamente femenina. Haber sido golpeada repetidamente y no haber correspondido de la misma manera, es el comportamiento que una a menudo ve entre las mujeres, pero raramente entre los hombres. El hecho

⁷⁶Ver Waldfogel, Jane. Understanding the "Family Gap" in Pay for Women with Children. 12 J.Econ. Persp 137 (1998).

⁷⁷Ver Waldfogel, Jane. Effect of Children on Women's Wages. 62 Am. Soc. Rev. 209 (1997).

⁷⁸Ver Schneider, Elizabeth M. Describing and Changing: Women's Self Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering. 14 Women's Rts. L. Rep. 213, págs. 218-30 (1992); Conversación con Marcela Huaita, diciembre de 1998.

de la violencia doméstica en sí es un fenómeno generizado, que se origina del sentimiento que tienen algunos hombres, de que, para tener la dignidad masculina que se merecen, ellos deben ejercer poder sobre "su" mujer. A menudo conlleva elementos sexuales también: muchos agresores encuentran erótico ejercer poder brutal sobre sus amantes. También es un asunto generizado el hecho de que muchas víctimas de violencia no puedan salirse de esa situación, ya sea porque son económicamente dependientes de su agresor, o porque tienen la responsabilidad del cuidado de la prole, o por ambas razones. El hecho de que esta víctima no encontrara ayuda de la policía también es generizado: ¿Cuál víctima de robo sería interrogada para ver qué provocó el robo? Finalmente, el hecho de que la perpetradora esperó hasta que su agresor estuviera dormido es generizado: ella no se sentía capaz de poder contra él, ya sea porque es más fuerte que ella, o porque está entrenado a pelear de una manera que ella, como mujer, no lo está.

Para entender porqué una mujer en esta situación de violencia aguda y crónica mató a su agresor, y porqué esperó hasta que él estuviera dormido para hacerlo, una debe entender su experiencia de género, como mujer y como madre. Esto no implica que debamos tener una norma para la defensa propia de las mujeres, y otra para la de los hombres. De hecho, si un hombre se encontrara en la misma situación que nuestra mujer hipotética - recibiendo por años trato brutal, de alguien más fuerte y mejor entrenado para pelear, incapaz de escapar de la situación, en donde las autoridades se han mostrado renuentes a ofrecerle la clase de protección que ofrecen a otros/as ciudadanos/as similarmente inocentes - a él también debería otorgársele el beneficio de la doctrina de defensa propia. El punto no es que las mujeres deberían ser tratadas de manera diferente a los hombres, sino que cualquier persona en la situación en que típicamente ellas se encuentran, debería ser considerada de haber actuado en defensa propia. El ofrecer la doctrina de defensa propia sólo a la gente que se defiende en una riña de bar -o a "uno" que defiende su casa de un intruso- constituye discriminación contra las mujeres, porque la ofrece en situaciones paradigma en la cual los hombres la necesitan, mientras que la niega en aquellas en que las mujeres la necesitan. Los jueces que usan la doctrina de la defensa propia de esta manera están violando el principio de igualdad de género.

Un análisis similar se puede hacer de las leyes sobre violación. Obviamente, los jueces tienen que diferenciar entre sexo consensual y violación. Típicamente, las leyes lo hacen por medio del requisito de que la víctima "se resista" al violador. Una norma más adecuada sería que la víctima indique su ausencia de consentimiento, **tomando en cuenta** que las violaciones están cargadas de potencial violento, y que la forma de resistencia que use reflejará su miedo de ser asesinada o herida severamente: de hecho, estudios indican que hay más peligro de muerte o de heridas severas si la víctima se resiste; tan es así, que mucha de la literatura sobre violación aconseja a las mujeres no resistirse. Seguramente no es demasiado pedir que los hombres eviten hacer sus solicitudes de sexo en situaciones tan cargadas de violencia, o la amenaza de ella, que el objeto de sus atenciones tema por su vida o su seguridad si dice que no.⁷⁹

De esta manera, el requisito de la resistencia en sí, indica que las leyes están más interesadas en proteger a los hombres de falsas acusaciones de violación, que en proteger a las mujeres de la violación: he aquí la primera norma masculina actuando en las leyes de violación. Esta primera norma masculina se exagera cuando los jueces aplican el requisito de la resistencia de maneras que, en efecto, exigen que la víctima luche hasta la muerte; si no, se le dicta que consintió en tener

⁷⁹Ver Estrich, Susan. Rape. 95 Yale L.J. 1087 (1986).

relaciones sexuales en tal situación. Interpretar el requisito de la resistencia de esta manera, otra vez, es adoptar el punto de vista de los hombres (naturalmente preocupados con las falsas acusaciones de violación) más que el de las mujeres (naturalmente preocupadas por evitar la humillación del sexo forzado).

Por supuesto, las leyes que dictan que toda una pandilla de violadores queda exonerada si uno del grupo se casa con la víctima, también reflejan las normas masculinas en dos sentidos.⁸⁰ La primera es que esta ley define la violación como un crimen contra el derecho tradicional masculino de proteger el honor de la familia - el cual tradicionalmente ha tenido el sentido del interés de propiedad del padre al controlar la sexualidad de "sus" mujeres. Las mujeres, por supuesto, no han tenido nunca derechos de propiedad en la sexualidad de sus hombres. La segunda es que las leyes sobre violación, construídas de esta manera, tienen el interés de proteger las proezas sexuales de los hombres y su derecho a "deshonrar" mujeres; ésto explica la lógica (de otra manera oculta) de eliminar los cargos por violación cuando un hombre está de acuerdo en "renunciar" a su derecho tradicional a las vírgenes. Definir las leyes de violación para proteger dos derechos tradicionales de los hombres -el control de la sexualidad de las mujeres en su familia, y las proezas masculinas- es incumplir con el deber de dar igual protección a mujeres y hombres. Las doctrinas legales diseñadas para proteger los derechos de los hombres, más que los derechos humanos de las mujeres (en este caso a la autonomía sexual) incumplen con otorgar igualdad para las mujeres.

Estos ejemplos demuestran que las normas masculinas estructuran los tres niveles del derecho expuestos por Alda Facio: las reglas formales (como las leyes de violación), la forma en que se aplican las leyes (cómo las cortes definen lo que constituye resistencia en el contexto de una violación), y las costumbres sociales (cómo los empleadores estructuran el mercado laboral). La igualdad exige cambiar cada tipo de norma: no sólo cambiando las reglas formales, sino también cambiando la forma en que los jueces aplican las reglas, y cambiando las costumbres sociales (como la norma del trabajador ideal) que están empotradas en reglas informales y expectativas no habladas.

A menudo estos tipos de normas masculinas se pueden cambiar cambiando una sola regla - las disposiciones del código que conciernen a la violación- o la forma en la cual juezas y jueces aplican la regla -por ejemplo cómo aplican el requisito de la resistencia. En otros contextos, sin embargo, las mujeres están en desventaja, no sólo por una mera regla o interpretación, sino por procesos que involucran a muchos actores diferentes, motivados por una variedad de estereotipos de los cuales apenas están conscientes, o de que están felizmente inconscientes.

Tomemos el ejemplo de mujeres candidatas a puestos políticos. Están en desventaja, primero ante la prensa, que cubre a los candidatos con preguntas sobre su posición política, y a las candidatas con preguntas que se enfocan más en la forma de sus piernas, que en la calidad de sus ideas. O están en desventaja cuando enfrentan preguntas sobre si sus hijas e hijos sufrirán cuando ella sea elegida, o si sus cónyuges objetan la candidatura. Estas preguntas nunca se le harían a los hombres, y mandan mensajes sutiles de que el verdadero papel de la mujer es servir a su marido y su prole; una conducta que sería interpretada como espíritu público en un hombre, se transforma sutilmente en egoísta e irresponsable en una mujer. También enfrentan desventajas las candidatas cuando la

⁸⁰Ver Atwood, Roger. Perú Strikes Law that Allowed Marriage after Rape. Reuters North American Wire, viernes 4 de abril, 1997, ciclo BC, LEXIS/NEXIS.

selección de candidatos se hace a través de la red de "amigotes", porque tienen menores probabilidades de ser incluidas en los momentos de formación de los lazos masculinos, los cuales ofrecen el estilo aceptado y las actividades claves, sean éstas los deportes, la cacería o el sexo extramarital. Juntas, éstas y otras fuerzas forman un campo de fuerza poderoso, que las saca de los roles tradicionalmente masculinos y las inserta en los tradicionalmente femeninos. Este campo de fuerza no es insalvable, por lo cual algunas mujeres -en particular aquellas con biografías masculinas- lo pueden sobrepasar. Pero las arrastra fuera de los roles políticos de poder y responsabilidad.

Cuando las desventajas de las mujeres se originan, no de una norma masculina que se mantiene en pie por una sola institución o un solo agente, sino más bien de muchas personas (mujeres y hombres) que actúan de manera descentralizada y que se dejan llevar por estereotipos (a menudo inconscientes), entonces no existe un método efectivo para eliminar las normas masculinas desde su fuente. El problema se vuelve complejo, porque la única manera efectiva de, por ejemplo, cambiar los estereotipos de la gente sobre las mujeres candidatas es tener más candidatas. Pero el campo de fuerza que arrastra a las mujeres actualmente es tan fuerte, que pocas candidatas lo sobreviven - no porque sean menos capaces que los hombres, sino porque enfrentan retos que sus contrapartes masculinas no enfrentan.

En este tipo de contexto, la única manera de dar a las mujeres igual oportunidad es por medio de la acción afirmativa. Es de notar que la acción afirmativa es necesaria no para aliviar las desventajas pasadas de las mujeres; es necesaria para remediar la manera en que los estereotipos y otros tipos de norma masculina crean desventajas **contemporáneas** para las mujeres.

Los campos de fuerza que arrastran a las mujeres operan no sólo en la política, sino también en el lugar de trabajo, en donde las sacan de posiciones altas en la administración y las profesiones. La *Glass Ceiling Commission* del gobierno de Estados Unidos informó que el 97% de los empleos de alto nivel, profesionales y administrativos, en ese país, están todavía en manos de hombres blancos.⁸¹ En estos empleos, y también en muchos de nivel más bajo, tanto estereotipos como estructuras de trabajo, se combinan para convertir a las mujeres en candidatas no plausibles, o para afectar su aptitud de llenar las normas existentes en el lugar de trabajo. Alda Facio⁸² da un brillante ejemplo, tomado de un folleto de educación popular no firmado (Boletín No. 12. Círculo de Estudios de la Mujer):

EL TRABAJA

El tiene una foto de la familia en el escritorio
Ah! Un padre sólido, consciente de sus responsabilidades.

Su escritorio está desordenado
Es un hombre muy ocupado.

ELLA TRABAJA

Ella tiene una foto de la familia en el escritorio
¡Mmmm! ¡Su familia estará antes que su carrera!

Su escritorio está desordenado
Ella es desordenada y dispersa

⁸¹Ver Glass Ceiling Comm'n, U.S. Dep't Of Labor, Good For Business: Making Full Use of the Nation's Human Capital. 1995, pág. 12.

⁸²Facio, op. cit., pág. 104.

El habla con sus colegas
Debe estar discutiendo un último acuerdo.

Ella habla con sus colegas
Ella sigue en puros copucheos.

El no está en su puesto
Debe estar en una reunión.

Ella no está en su puesto.
¡De nuevo en el baño!

No está en su oficina.
Se reúne con los delegados.

No está en su oficina.
Se arrancó a hacer compras.

El almuerza con el gerente
¡Seguro que lo van a ascender!

Ella almuerza con el gerente general.
¡Seguro que son amantes!

El gerente le llamó la atención.
El mejorará su rendimiento.

El gerente le llamó la atención.
Seguro se pondrá histérica.

Lo trataron injustamente.
¿Se enojó?

La trataron injustamente.
¿Se puso a llorar?

El se casa.
Va a estar más tranquilo.

Ella se casa.
Pronto estará embarazada y se irá.

Tiene un bebé.
Necesitará un aumento.

Tiene un bebé.
Va a costar más cara a la empresa.

El parte en misión.
Es bueno para su carrera.

Ella parte en misión.
¿Qué dirá su marido?

El pidió un traslado.
El sabe reconocer una buena ocasión.

Ella pidió un traslado.
Jamás se puede contar con las mujeres.

Este cuadro presenta una metodología que comunica, con humor y sin cólera, cómo las normas masculinas funcionan y existen hoy en el lugar de trabajo. Uno de sus importantes mensajes es que mucha de la discriminación se da a nivel inconsciente. La discriminación a veces refleja una creencia consciente de que las mujeres deberían permanecer en sus roles, pero cada vez más, ese proceso es bien diferente. Personas con los más altos ideales sobre la igualdad de las mujeres-mujeres tanto como hombres- a menudo albergan estereotipos que reflejan diferentes expectativas a nivel social para mujeres y para hombres. El ejemplo del significado social de la foto en el escritorio de él o de ella las ilustra muy vívidamente. En los Estados Unidos, estos estereotipos, a menudo inconscientes, son los que le dan forma a la discriminación actual. Pero ésta es la clase de discriminación que no está definida como tal en la Constitución de los Estados Unidos, porque la

Corte Suprema ha definido "igual protección", en ese contexto, como discriminación **intencional**.⁸³ El hecho es, que en Estados Unidos, la discriminación abierta e intencional es escasa. La Corte Suprema debería reinterpretar la Constitución para eliminar el requisito (relativamente nuevo) de que la discriminación debe ser intencional; el no hacerlo, significa que la Constitución no cumple con la protección a las mujeres de muchas de las principales formas en que se les discrimina en la actualidad. (El estatuto federal que prohíbe la discriminación en el empleo sí permite la recuperación de la discriminación inconsciente en algunas circunstancias.)⁸⁴

Sin embargo, los tratados de derechos humanos garantizan plena igualdad sin discriminación. Y como hemos visto, ésto requiere no solamente igual trato ante las leyes, las instituciones y las normas existentes, sino también, igual trato bajo leyes e instituciones que no albergan normas masculinas. La igualdad de oportunidades exige no sólo tratar a hombres y mujeres por igual ante las leyes e instituciones existentes; exige cambiar aquellas leyes e instituciones que están estructuradas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres.

Como ésto difiere de "acomodar las diferencias de las mujeres"

¿Cual es la diferencia entre las propuestas presentadas aquí y las propuestas diseñadas para "acomodar las diferencias de las mujeres", o darles "tratamiento especial"? Ambas fórmulas le atribuyen a los cuerpos y a las siques de las mujeres, la necesidad de un trato diferencial: necesitan permiso de maternidad porque dan a luz; necesitan carreras especiales designadas para mujeres porque crían hijas e hijos. Estas formulaciones tienen dos inconvenientes importantes: primero, esta estructura de "acomodamiento" hace difusa la distinción entre las diferencias biológicas de hombres y mujeres y las diferencias en los roles sociales; segundo, sirve para reforzar el sentir de que mujeres y hombres realmente necesitan ser tratados de diferente manera, debido a "verdaderas diferencias" que las feministas están tratando de negar.

En marcado contraste con los acercamientos que se fundamentan en "acomodar las diferencias de las mujeres", el expuesto aquí no oculta las diferencias biológicas y sociales. Mantiene el enfoque en las normas masculinas, que hacen la diferencia de sexo entre hombres y mujeres significativa. Al hacerlo, la atención está en donde debe estar: en cómo los hombres están sistemáticamente en ventaja, gracias a un mundo construido alrededor de sus características sociales y físicas. Es este mundo el que produce la situación en la cual las mujeres requieren "adaptación especial".

Lo único que las mujeres necesitan es aquello que los hombres tienen: igual oportunidad en un mundo no cargado en su contra. La igualdad sin discriminación solamente necesita que las normas masculinas sean reemplazadas por nuevas normas que reflejen los cuerpos y experiencia de vida de las mujeres, así como también los de los hombres. Esta es la promesa de igualdad sin discriminación.

⁸³Peronnel Adm'r of Massachusetts v Feeney, 442 U.S. 256, pág. 274 (1979) ("La discriminación intencionada es la condición que ofende a la Constitución".) (se omitieron citas internas).

⁸⁴Ver Bartlett y Harris, op. cit., págs. 166-67 (en que cita Title VII of the Civil Rights Act of 1964, Sección 701 et seq., como se enmendó, 42 U.S.C. Secciones 2000 et seq. y Griggs v Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971)).

METODOLOGIA PARA EL ANALISIS DE GENERO DEL FENOMENO LEGAL

Alda Facio

El presente texto es una síntesis de mi libro “Cuando el género suena, cambios trae.”⁸⁵ Decidimos incluir esta versión sintetizada en este capítulo porque el análisis desde la perspectiva de género del fenómeno legal es lo que hacemos en esta obra y quisimos compartir con nuestras y nuestros lectores una de las metodologías que hemos venido utilizando en nuestra labor de democratizar el derecho. La metodología no es complicada. En realidad, involucra solamente seis pasos que no son para nada difíciles una vez que se ha tomado conciencia de cómo opera el sexismo en nuestras vidas. Es más, el primer paso es precisamente eso: tomar personalmente conciencia de la infravaloración de lo femenino en todo el quehacer humano. Pero vayamos a los pasos:

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal. (Para las mujeres esto significa hacer conciencia de su estatus de persona subordinada, discriminada y oprimida y para los hombres significa tomar conciencia de sus privilegios basados en el hecho de la subordinación de las mujeres.)

PASO 2: Identificar en el texto las distintas formas en que se manifiesta el sexismo tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc.⁸⁶

PASO 3: Identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en el texto. Es decir, identificar cuál es la mujer que se está contemplando como "el otro" del paradigma de ser humano que es el hombre/varón y desde ahí analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc.

PASO 4: Identificar cuál es la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto, es decir si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre, etc.

PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de, y los efectos en, los otros componentes del fenómeno legal.

PASO 6: Ampliar y profundizar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Esto último porque si una/o ha realmente interiorizado lo que significa y es el sexismo, siente la necesidad de trabajar para derrocarlo. Esto necesariamente implica trabajar colectivamente.

⁸⁵Facio, Alda. Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD, 1991.

⁸⁶Para una discusión sobre estas formas de sexismo refieranse a la obra citada idem.

Para ayudarlos/as en la toma de conciencia, esta metodología parte de los siguientes presupuestos:

a) PRIMERO: la existencia ya comprobada por innumerables estudios, tanto de las agencias de las Naciones Unidas y gobiernos, como de universidades y grupos de mujeres, de la discriminación que sufre la mujer en prácticamente todos los ámbitos del quehacer humano.

b) SEGUNDO: la definición que da la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer" de lo que se debe entender por "discriminación". Esta definición está establecida en su Artículo 1, que textualmente dice:

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición es triplemente importante. En primer lugar, porque según ella, una ley será discriminatoria si tiene POR RESULTADO la discriminación de la mujer aunque esa misma ley no se haya promulgado con la intención o con el objeto de discriminarla. Es más, una ley podría ser discriminatoria aunque se haya promulgado con la intención de "proteger" a la mujer o de "eivarla" a la condición del hombre. Así, una ley que trate a hombres y mujeres exactamente igual, pero que tiene RESULTADOS que menoscaban o anulan el goce o ejercicio por la mujer de sus derechos humanos, será una ley discriminatoria.

En segundo lugar, es importante porque esa definición que da la Convención de lo que se debe entender por "discriminación contra la mujer", al haber sido ratificada por un país, se convierte en lo que LEGALMENTE se debe entender por discriminación. Así, definiciones más restrictivas de lo que es la discriminación, como por ejemplo las que sostienen las personas que consideran que sólo se debe interpretar como "discriminación" el trato desigual que se le dé a la mujer en la letra de la ley, (componente formal normativo) no son legalmente aceptables.

En tercer lugar, porque claramente establece que se considerará discriminatoria toda restricción basada en el sexo que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos en las esferas POLÍTICA, ECONÓMICA, SOCIAL, CULTURAL Y CIVIL O EN CUALQUIER OTRA ESFERA. Así, según esta definición, a diferencia de lo que se suele argumentar, se consideran discriminatorias las restricciones que sufrimos las mujeres en el campo cultural y doméstico y no sólo las discriminaciones que se dan en la llamada "esfera pública."

c) TERCERO: el sexismo como la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo o género masculino sobre el femenino. Esta creencia resulta en una serie de privilegios para los hombres que surgen de mantener a las mujeres al servicio del sexo/género que se considera superior. Esta situación se logra haciendo

creer a las mujeres que servir a los hombres es su función "natural".⁸⁷ El SEXISMO abarca todos los ámbitos de la vida y las relaciones humanas, de modo que es imposible hacer una relación no exhaustiva sino ni tan siquiera aproximada de sus formas de expresión y puntos de incidencia.

En palabras del sociólogo Martín Sagera: "Ni el esclavo ni la mujer hubieran podido ser mantenidos, siquiera sea por la fuerza, en el estado abyecto en que fueron sumidos si no hubieran sido convencidos poco a poco de su inferioridad. Y esta falta de conciencia de clase hizo que fueran ellos mismos los peores enemigos de su propia regeneración." Yo agregaría que a la mujer, más que falta de conciencia de clase, le hace falta "conciencia de género". La historia nos ha demostrado que generalmente los análisis y transformaciones de clase son ciegas al género, mientras que la perspectiva de género lleva implícita, no sólo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecemos a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc. y tenemos todas las discapacidades visibles y no visibles que pueda tener un ser humano.

Tal vez aquí convendría dar un ejemplo para aclarar esto de que el género es atravesado por otras variables o condiciones. Tomemos a una mujer negra. Podríamos creer que esa mujer sufre la discriminación por pertenecer a una raza discriminada y por pertenecer a un sexo discriminado. Pero no habremos comprendido la complejidad de su opresión si nos contentamos con sumar esas distintas formas de opresión. No es que la mujer negra sufre por ser mujer y por ser negra sino que es oprimida por ser MUJER NEGRA que es a la vez distinto de ser mujer occidental/rosada y distinto de ser hombre negro. Vemos así que el género y la raza se dan contenido y significado mutuamente.

También es importante distinguir entre "agregarle" a un análisis el "componente mujer" y hacer "un análisis de género". En el primer caso no se cuestiona el androcentrismo del análisis, dejando casi intactas las estructuras de género que mantienen a las mujeres subordinadas, mientras que en el segundo se amplía el panorama, cuestionando el mismo paradigma del estudio y analizando las distintas maneras en que se manifiesta el sexismo. Por eso tampoco es lo mismo tener "conciencia de mujer" que tener "conciencia de género", ya que como dije anteriormente, el tener conciencia de género implica tener conciencia de las relaciones de poder entre los sexos atravesadas por las variables o condiciones de raza, clase, opción sexual, edad, discapacidad visible, etc. Implica también entender que vivimos bajo un sistema de sexo/género con dominación masculina (o en otras palabras un "patriarcado") que no puede ser eliminado por un esfuerzo individual sino que debe ser cambiado en sus propias estructuras a la vez que por medio de la conscientización.

Por ello la labor de "conscientización en género" o lo que es lo mismo, la toma de conciencia de las distintas opresiones de las mujeres de las distintas razas, clases, opciones sexuales, etnias, edades, discapacidades, etc. es a su vez el primer y último paso de la metodología que yo propongo. Sin esta conscientización, la eliminación del sexismo es imposible.

⁸⁷A muchas mujeres, especialmente las profesionales y estudiantes universitarias, les cuesta aceptar que, aunque sean muy competentes en su profesión, realizan muchos servicios a sus hombres. Entre éstos está el cuidarles el ego.

ch) CUARTO: el convencimiento de que la posición absolutamente subordinada que ocupa la mujer en cada sector social con respecto a los hombres/varones de ese mismo sector social, y relativamente subordinada a todos los hombres/varones, no se debe a que "por naturaleza" es inferior, ni se debe a que ha tenido menos oportunidades o menos educación - aunque esas carencias contribuyen a su subordinación- sino a que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres de cualquier sector o clase, subordinadas a los hombres/varones de su mismo sector o clase y relativamente, con menos poder que todos los hombres/varones.

Así, hacer un análisis de un texto desde la perspectiva de género significa primero que nada tener conciencia de que las mujeres POR SU SEXO, ocupan un lugar subordinado en nuestra sociedad y que el hombre/varón, POR SU SEXO, ocupa un lugar privilegiado, y que esa pertenencia a un grupo subordinado o a uno privilegiado, es socialmente importante y debe en todo momento tomarse en cuenta. Es decir, que la pertenencia a un sexo es un hecho social que debe formar parte de cualquier análisis de lo social porque aunque es la naturaleza quien dictamina a qué sexo se pertenece, es la sociedad la que dictamina qué características y cuánto poder deben y pueden tener uno y otro sexo.

Tener conciencia de que las mujeres y los hombres, POR SU SEXO, ocupan lugares de menor o mayor poder, no es más ni menos que tener una conciencia feminista.

El feminismo es sencillamente una teoría que sostiene que las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc. son discriminadas, subordinadas y oprimidas en razón de su sexo; que tienen experiencias, vivencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación, y satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos⁸⁸.

Con la conciencia de que el sexo/género es una categoría o condición existencial socialmente relevante, hablamos de que hacer un análisis de género es hacer un análisis que toma la variable sexo/género como central, explicitando en todo momento desde cuál sexo/género se hace dicho análisis y cuáles son los efectos o circunstancias en mujeres y hombres. En el caso que nos ocupa, nos interesa hacer un análisis de género desde la perspectiva de las mujeres. Esto significa hacer un análisis desde la perspectiva de un ser subordinado, o sea, desde la perspectiva de un ser que ocupa un lugar de menor poder y de menor privilegio que un hombre/varón de su misma clase, raza, etnia, opción sexual, edad, capacidad, creencia, etc. y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres/varones de todas las clases, razas, etnias, etc.

Tradicionalmente se han hecho las investigaciones, estudios y análisis desde la perspectiva del hombre/varón occidental, blanco, cristiano, heterosexual, sin discapacidades visibles, pero los mismos se presentan como si no tuvieran ninguna perspectiva, como si fueran totalmente objetivos, neutrales y universalmente válidos, como si la posición que ocupa ese ser privilegiado fuese el parámetro de lo humano. Esta manera de presentar y hacer las

⁸⁸Para mayor información sobre feminismo leerse el primer capítulo de este mismo texto.

investigaciones no sólo es parcial al sexo masculino, sino que deja por fuera a todos aquellos hombres que pertenecen a grupos discriminados o marginalizados. Por otro lado, los análisis tradicionales que sí toman en cuenta la variable clase, raza u otra, pero no toman en cuenta la variable sexo, parten de que la clase o raza del hombre/varón es la que es determinante o que al hablar de los hombres pobres, por ejemplo, se está hablando de las mujeres pobres. De esta manera, aunque estos estudios sean menos parciales que aquellos que no toman en cuenta estas variables, adolecen de la exclusión de más de la mitad del género humano. Pero más terrible aún, adolecen de falta de objetividad porque presentan sus conclusiones como válidas para la humanidad toda.

Desde la perspectiva de los dominantes sin conciencia de género, las subordinadas hemos quedado excluidas, invisibilizadas, "neutralizadas", porque la realidad de los dominantes se ha tomado como la única realidad. El tomar la realidad del hombre/varón dominante como la única realidad, es establecer un parámetro de lo humano y simultáneamente establecer que todos y todas las demás, constituimos "lo otro". Por eso los estudios tradicionales son parciales, específicos y subjetivos: presentan sólo una parte de la realidad como si fuera la totalidad o como si fuera representativa de la totalidad.

Es cierto que algo se ha escrito e investigado sobre la mujer, pero aún cuando se toma en cuenta la realidad de las subordinadas, que no es siempre, nunca se ha tomado como parámetro de lo humano sino como la realidad de "el otro", tanto así que en el entendimiento convencional, la mujer es sinónimo de "lo otro", "lo específico" lo "no universal".

Peor aún, generalmente cuando se toma en cuenta a las mujeres, se toman en cuenta solamente tres tipos: 1) mujeres alibí --mujeres que se han comportado como hombres y han logrado sobresalir en el campo masculino a pesar de ser mujeres y no por ser mujeres; 2) mujeres madres --mujeres cuya razón de ser es únicamente la maternidad o que se destacan por ser madres de grandes hombres o; 3) mujeres íctimas--mujeres que no son sujetas de su propia historia sino que son objeto de todo tipo de vejámenes. Aunque ciertamente es un avance el que al menos se tomen en cuenta estos aspectos de la realidad humana femenina, las mujeres no somos sólo eso, somos humanas, sujetas de la historia y constructoras de cultura tanto como el hombre/varón.

Cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer se hace un análisis más completo que cuando se parte de la supuesta no perspectiva de los hombres/varones. Para comenzar, partir de lo que en el entendimiento convencional se considera "el otro" necesariamente implica reconocer quién es el parámetro para ese entendimiento convencional. Por eso cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer, (análisis feminista) se está haciendo un análisis con la conciencia de que esa perspectiva es la perspectiva del ser subordinado por excelencia. Y, cuando se hace un análisis desde un ser subordinado, no se puede menos que tomar en cuenta la posición y perspectiva del ser dominante, del ser "parámetro" del cual el ser subordinado es "el otro".

Por ello se afirma que el análisis de género desde la perspectiva de la mujer (es decir, el análisis feminista) es más objetivo que el análisis tradicional y no es igual a hacer un análisis desde la mujer. ¿Por qué? Porque desde la perspectiva de la mujer como ser subordinado, es

decir desde la perspectiva de género desde la mujer, no se puede excluir al sexo dominante: es él quien se beneficia de su subordinación, es él quien se ha proclamado como "parámetro" de lo humano y si esta situación no se incluye, no se puede entender la realidad de la subordinación de la mujer ni la realidad misma. Hablar desde la mujer sin tomar en cuenta las estructuras de género, no explica su ubicación dentro del sistema sexo/género, por lo que no se puede entender la realidad. De la misma manera, desde la perspectiva del ser dominante, si no se toman en cuenta los "servicios" que los seres dominados le brindan y las situaciones que lo mantienen en esa posición privilegiada, tampoco se puede entender cabalmente su realidad.

Generalmente, lo que ha sucedido es que los análisis tradicionales parten de que esa situación de privilegio masculino y esos servicios que todo hombre recibe por pertenecer al sexo masculino, son parte de la naturaleza y por ende no necesitan explicación (y lo que es peor, no pueden ser transformados).

Aún más, el análisis feminista, al cuestionar lo masculino como parámetro de lo humano simultáneamente cuestiona la dicotomía entre el ser "parámetro" y el ser "el otro" y por eso no deja de lado el que las mujeres pertenecemos a clases, razas, etnias, preferencias sexuales, etc. distintas porque, así como no hay un hombre parámetro, tampoco hay una mujer "parámetro" y una mujer "la otra". Por eso se afirma que cuando se hace un análisis de género se tiene claro que las variables raza, clase, edad, etc. lo atraviesan y modifican. Hacer un análisis de género no es hacer un análisis tomando en cuenta la categoría social "sexo" y agregándole luego un análisis de clase, raza, etc. Implica mucho más. Implica romper con las dicotomías de nuestra manera de pensar el mundo en blanco o negro, racional o afectivo, bueno o malo, yo y "lo otro", etc. Implica un análisis más rico y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas.

Contradictoriamente pero entendible en una sociedad patriarcal, la perspectiva tradicional - que al fin de cuentas es la perspectiva de los dominantes - aunque quede invisibilizada, excluida o neutralizada la realidad de las subordinadas y por ende falseada también la realidad de los dominantes, es entendida como objetiva, científica, universal. Mientras tanto los estudios desde la perspectiva de la mujer como ser subordinado, son percibidos como parciales a la mujer y por ende, como menos científicos, objetivos y/o importantes, a pesar de que desde esta perspectiva, como se explicó anteriormente, el hombre/varón está siempre presente.

Tal vez esta manera de percibir los estudios que tienen perspectiva de género se deba a que desde la perspectiva feminista, la presencia del hombre con sus privilegios está explícitamente expuesta. Como no estamos habituadas(os) a esa explicitación, es lógico que nos incomode. Y es que estamos tan acostumbradas(os) a ver el mundo desde la perspectiva masculina únicamente que cuando nos lo presentan desde la perspectiva de un ser dominado, especialmente si ese ser dominado es del sexo femenino, nos parece que es una percepción "demasiado específica" y por ende poco válida, aunque sea "específica" de más de la mitad del género humano, y aunque sea mucho menos "específica" que los estudios tradicionales.

Como se menciona anteriormente, el análisis de género no es un análisis que sólo se pueda hacer desde la perspectiva de la mujer. Los hombres también deberían hacer análisis de género desde su perspectiva, explicitando que la tienen y que ésta es la perspectiva de uno de los dos sexos del género humano, en vez de hablar en nombre de la humanidad toda y como si su

perspectiva fuese una NO perspectiva. En otras palabras, los hombres deberían hacer análisis de género explicitando siempre su posición privilegiada en esta sociedad con respecto a la mujer en vez de hablar "desde ninguna parte" y en nombre del género humano. En síntesis, tanto hombres como mujeres deberían optar por incluir la categoría género como central a cualquier análisis porque esta categoría permite una visión más apegada a la realidad y por lo tanto más objetiva y científica.

Un ejemplo dramático y muy concreto de los distintos resultados que dan estas visiones o perspectivas distintas la podemos encontrar en las regulaciones y leyes sobre el aborto. Para los hombres, el problema del aborto es un problema abstracto de protección a una vida abstracta porque los hombres, NUNCA tendrán que enfrentar un aborto desde su propio cuerpo. Para las mujeres en cambio, el problema del aborto es un problema concreto que millones de mujeres han debido enfrentar no sólo en un plano intelectual sino en su propio cuerpo. Para ellas, es un problema ético-práctico entre la vida en abstracto y la calidad de vida en concreto de dos seres: el de la madre y el de la vida en potencia que está en su vientre (y tal vez hasta la vida de las(os) demás hijas(os)).

En nuestras sociedades se ha enfrentado el problema del aborto desde la perspectiva del hombre/varón únicamente. Es decir, se presenta como un problema ético-abstracto cuya preocupación básica es la protección a la vida intrauterina. Desde esta perspectiva es que se ha legislado sin tomar en cuenta la vida de la mujer ni la calidad de vida de los seres involucrados aunque cada mujer que acude a un aborto clandestino o que se lo practica ella misma, pueda morir en cualquier momento. Claro que en parte ésto se debe a que, desde la perspectiva tradicional, la mujer que decide un aborto se pone en riesgo "voluntariamente" por lo que según la forma de pensar de quienes han penalizado el aborto, la vida de la mujer no tiene por qué ser protegida. Pero desde la perspectiva de género, sabemos que la inmensa mayoría de las mujeres enfrentan un aborto cuando no les queda otro remedio y lo enfrentan sabiendo que pueden morir. Por eso, desde esta perspectiva, se entiende que no es ni ético ni práctico penalizar el aborto para "proteger" la vida intrauterina porque penalizado o no, la realidad es que millones de mujeres en todo el mundo acuden a esta trágica solución a un problema concreto y millones han muerto en el intento. Por eso la penalización ni es práctica porque no protege la vida intrauterina, ni es ética porque causa millones de muertes.

Con este ejemplo no estoy diciendo que desde la perspectiva de género la solución única es despenalizar el aborto. Lo que quiero ejemplificar es que el problema del aborto, desde la perspectiva de la mujer como perteneciente a un género subordinado, es un problema mucho más complejo que la preocupación por la vida intrauterina. Tiene mucho más implicaciones. Si este problema se analizara desde esta perspectiva en vez de sólo analizarse desde la perspectiva tradicional que hasta ahora sólo se pronuncia por la vida en abstracto, tal vez ya habríamos encontrado una solución a las miles de muertes de mujeres en abortos clandestinos y a la consecuente desprotección de esa vida intrauterina que tanto se desea proteger.

Si el problema del aborto se analizara desde una perspectiva de género, se tendría que analizar no sólo el valor "vida" en abstracto sino al mismo tiempo los costos de los pañales, la leche, las enfermedades infantiles, la educación, el despido por embarazo y/o la imposibilidad de encontrar empleo estando embarazada, la falta de centros infantiles, la soledad con que millones

de mujeres enfrentan la maternidad, los métodos anticonceptivos peligrosos o prohibidos por la Iglesia Católica, la violación marital, el abuso sexual incestuoso, los y las niñas en la calle, y tantos otros factores más. Si todas estas situaciones fueran resueltas por la sociedad en su conjunto en vez de dejarlo en manos de las madres, podría ser ético que la sociedad decidiera penalizar el aborto.

d) QUINTO: el convencimiento de que el derecho es androcéntrico: es decir, que parte de la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, y que por lo tanto las leyes "genéricas" (es decir, las que supuestamente nacen de las necesidades de todas(os), van dirigidas a todos los seres humanos y supuestamente tendrían efectos similares en todos y todas), NO son neutrales en términos de género sino que parten del sexo masculino como representante de la especie toda.

El androcentrismo que permea todas nuestras instituciones ha redundado en que todas las disposiciones legales tengan como parámetro, modelo o prototipo al hombre/varón de la especie humana, de la misma manera en que el estudio de anatomía humana toma como modelo al cuerpo masculino y de la misma manera en que el concepto de ser humano se reduce al concepto de hombre/varón. Es por esta razón que las leyes, aunque no lo digan explícitamente, en su inmensa mayoría parten de los hombres y son para los hombres, o para su idea de lo que somos y necesitamos las mujeres.

En un patriarcado androcéntrico no es de extrañar que el o la legisladora, el o la jurista y el o la jueza tengan en mente al hombre/varón cuando elaboran, promulgan, utilizan y aplican las leyes o cuando elaboran teorías, doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación y aplicación. Por ello, no debemos caer en el error de creer que existen leyes neutrales que se dirigen igualmente a hombres como a mujeres y que tienen iguales efectos en hombres y mujeres.

Si bien es cierto que las mujeres conocemos menos nuestros derechos, y que aún conociéndolos, no tenemos el mismo acceso a la administración de justicia, también lo es que las leyes en sí, son androcéntricas y por ende nunca han reflejado nuestras necesidades, potencialidades ni características. Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y policías nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado, y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva de la mujer como género subordinado. Pero por sobretodo, SE DEBE A QUE ESAS LEYES GENERICAS, EN REALIDAD SI TIENEN GENERO Y ESE GENERO ES EL MASCULINO.

Muy por el contrario de lo que se afirma en el campo jurídico, la pertenencia a uno u otro sexo es relevante ya que es una categoría social determinante del menor o mayor poder que se pueda tener en una sociedad. Es decir, el sexo debería entenderse como una categoría social porque las relaciones entre los sexos, al igual que las relaciones entre las clases, razas, etnias, etc, son relaciones socialmente construídas y no dadas por la naturaleza. Y en el caso de las relaciones entre los sexos, hay uno que tiene mucho más poder y privilegios que otro, lo cual no puede ser indiferente para el fenómeno jurídico ya que es precisamente en este campo en donde se regulan las relaciones de poder.

Marco de referencia específico: concepto amplio del derecho

La metodología de análisis de un texto legal que he desarrollado a través de estos años, se fundamenta en una concepción del fenómeno legal que va mucho más allá de la *norma agendi*. En realidad, el derecho como fenómeno legal está constituido por tres componentes:

- 1) el componente formal normativo;
- 2) el componente estructural y;
- 3) el componente político-cultural.

Estos componentes están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro, a tal grado que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal, una doctrina jurídica, si no se toman en cuenta estos tres componentes.

De esta manera, el componente formal normativo del derecho sería sinónimo de lo que muchos(as) tratadistas llaman la *norma agendi*, es decir la ley formalmente promulgada o al menos, formalmente generada, ya sea en su forma de ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, etc.

El componente estructural de la ley sería el contenido que las cortes, las oficinas administrativas, la policía, y todos los y todas las funcionarias que administran justicia, le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al seleccionar, aplicar e interpretarlos. En este sentido podemos hablar de que en el componente estructural existen leyes, algunas no escritas en ninguna parte, no promulgadas por ninguna asamblea legislativa ni generadas formalmente en una negociación y leyes que conforman lo que hoy en día se llama el derecho judicial, que son tomadas en cuenta por quienes administran justicia. (Ejemplo de esto último es la ley no escrita pero sí muy aplicada por los(as) jueces(zas) de familia en Costa Rica, que determina que la mal llamada "guarda y crianza" de las(os) hijas(os) sólo podrá quedar en manos de la madre o del padre en caso de separación o divorcio, pero que en ningún caso puede ser compartida.)

El componente político-cultural de la ley es el contenido que las personas le van dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de la ley tenga la gente, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes, pero más importante aún, las leyes no escritas que la mayoría acata, las leyes derogadas que en la vida diaria siguen vigentes y las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas, porque en este componente cultural también existen leyes no escritas, leyes que no están formalmente promulgadas pero que además de ser obedecidas por la mayoría, son formalmente reforzadas. En algunos casos, son hasta más efectivas que las que se encuentran en blanco y negro en nuestros códigos.

Un claro ejemplo de la relación estrecha que se da entre componentes la podemos encontrar en un caso en Costa Rica pero que muy posiblemente es aplicable a todo el Continente Latinoamericano. Se trata de la ley no escrita, ya no formalmente promulgada --fue derogada-- que determina que el hombre/varón como "jefe de familia" tiene derecho a "corregir" a su esposa. Esta ley, aunque ya no es vigente, es obedecida por la mayoría de los(as) costarricenses quienes todavía creen que el hombre/varón es el "jefe de familia". Esta creencia los lleva a considerar que el hombre/varón, al ser el "jefe" tiene ciertos derechos que las(os) otras(os) miembros(os) de la familia no comparten, dentro de los cuales se encuentra el de manifestar su frustración, desagrado o cólera en forma agresiva. Esta creencia se mantiene en la mente de la mayoría de los y las costarricenses, aunque en el componente formal normativo exista el Artículo 2 del Código de Familia, formalmente promulgado, que establece la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Vemos así que la ley no escrita, no formalmente promulgada o ya no vigente (es decir, la que se encuentra en el componente cultural), es más obedecida que la formalmente promulgada que se encuentra en el componente formal normativo en un tangible código de familia. En este ejemplo, el componente estructural también juega un papel importante al reforzar formalmente esa ley no escrita del componente cultural, cuando, por ejemplo, los funcionarios continúan haciendo censos en el que se pregunta por el "jefe de familia" sin que quepa la posibilidad de contestar que la familia es bicéfala, jefada por los cónyuges por tener ambos iguales obligaciones y derechos.

Estos tres componentes, como dije anteriormente, se relacionan estrechamente entre sí, más aún de lo que a primera vista se sugiere. Veamos:

a) Influencia del componente político-cultural en el componente formal normativo.

Querámoslo o no, estemos conscientes o no, el componente cultural determina el contenido del componente formal-normativo de la ley de múltiples maneras, entre las cuales puedo enumerar el que:

1) quienes hacen las leyes son personas de carne y hueso que están impregnadas de actitudes, juicios y preconceptos con respecto a las personas a quienes van dirigidas las normas, especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, a una raza/etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc;

2) las tradiciones y costumbres valoradas por un pueblo en un determinado período histórico constituyen una especie de marco límite mucho más allá del cual los y las legisladoras no se atreven a legislar tal vez por miedo a perder popularidad o privilegios, por presiones políticas, por sus propias creencias, etc.;

3) las costumbres y tradiciones son interpretadas por los y las legisladoras de acuerdo a muchísimos factores tales como los intereses que protegen, la clase, raza o credo al que pertenecen, la doctrina jurídica a la que se adhieren, sus valores y actitudes, etc.;

4) la doctrina jurídica que esté mas valorada o de moda en un determinado momento tiene una gran influencia en cuáles leyes se promulgan y cuáles no y la forma, contenido y redacción que tendrán las normas;

5) el conocimiento y uso que la gente corriente y común haga de las leyes existentes irá demostrando a los legisladores qué leyes deben ser modificadas, cuáles derogadas, qué nuevas leyes se requieren y cómo deben ser redactadas para ser aceptadas;

6) las presiones políticas y económicas de los grupos socialmente más fuertes, también determinan qué leyes se promulgan y cuáles se derogan.

b) Influencia del componente formal normativo en el componente político-cultural.

A su vez el componente formal normativo influye, limita y hasta puede:

1) conformar las actitudes y conductas que la gente ordinaria adopte porque la ley, al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptables para el resto de la sociedad y cuál comportamiento es un comportamiento legítimo o ilegítimo, quién es criminal y quién es un(a) buen(a) ciudadano(a), etc., sino que mucho más sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado, por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus subjetivo, acientífico y particular. Tal vez más peligroso aún, hasta puede determinar qué será considerado "natural" y qué no lo es.

Como ya se ha dicho en éste y otros capítulos de esta obra, la ley como discurso refleja y al mismo tiempo actúa sobre la sociedad. Es constitutiva y derivativa de los cambios políticos y sociales. La ley opera como un lenguaje político porque al mismo tiempo que establece, por ejemplo, la libertad, la coarta; al mismo tiempo que establece la igualdad entre los sexos, mantiene privilegios milenarios de los hombres. Por eso, aunque es cierto que la ley es derivativa porque las leyes cambian cuando cambia la sociedad, también es constitutiva porque la sociedad cambia cuando cambian sus leyes. Por eso insisto en que la influencia del componente formal normativo en el componente político-cultural es inmensa.

Aquí es importante que reflexionemos sobre lo mucho que se ha escrito acerca de la imposibilidad de cambiar actitudes y conductas por medio de la promulgación de una ley, especialmente en relación al "machismo". Recordemos cuántas veces el movimiento feminista se ha tropezado con el argumento de que el "machismo" es una actitud "cultural" que sólo se puede ir cambiando lentamente a través de la educación y no por medio de leyes, argumento que es doblemente erróneo. Primero, no es cierto que el sexismo sea solamente una "actitud" cultural, porque como he venido diciendo es también un sistema con estructuras de poder bien concretas y establecidas. Y segundo, es erróneo porque está históricamente comprobado que la ley sí puede, y de hecho lo ha logrado, cambiar costumbres, mores, *folkways* o valores. Los conquistadores de todos los tiempos han modificado y hasta totalmente transformado costumbres y valores de los pueblos conquistados por medio de la promulgación de leyes, especialmente porque tienen el respaldo del aparato represivo del Estado para sancionar las conductas no deseadas por los conquistadores.

Esto nos lleva a los otros puntos sobre lo que el componente formal-normativo puede hacer tales como:

2) definir cuales actos conforman una tradición o costumbre porque la ley puede institucionalizar por medio de códigos, decretos, reglamentos, etc. cuáles conductas tradicionalmente aceptadas son “costumbre” o tradición. Puede modificar ciertas costumbres al prohibir ciertos aspectos o actos dentro de una tradición, y hasta puede hacer desaparecer totalmente una tradición al institucionalizar conductas diferentes a las que conforman la tradición en cuestión, o al prohibir explícitamente todos los actos que la constituyen.

3) promover la creación de doctrina jurídica porque ésta es necesaria para fundamentar las leyes que se quieran promulgar. Recordemos que no siempre las leyes responden a una doctrina jurídica sino que muchas veces, ésta se desarrolla una vez que la propuesta de ley ha sido diseñada.

4) facilitar u obstaculizar la comprensión de las leyes por parte del común de la gente. Es obvio que la forma en que una ley está redactada influye en el conocimiento y uso que la gente haga de ella. Si una ley está en un lenguaje que nadie entiende, es muy posible que no sea utilizada de la manera en que fue previsto que se interpretaría y aplicaría, o también, es muy posible que no será utilizada precisamente como lo previeron quienes la redactaron. Una ley ambigua se presta para que cada persona, cada generación, cada grupo social la interprete de acuerdo a sus intereses, pero es obvio que la ambigüedad favorecerá a los grupos socialmente más poderosos. Por ello la forma en que esté redactada una ley, es decir su componente formal normativo, afectará profundamente su componente cultural.

c) Influencia del componente formal-normativo en el componente estructural .

El componente formal normativo influye, limita y define al estructural también de distintas maneras:

1) no se pueden interpretar ni aplicar leyes que no han sido creadas y es difícil aplicar las que ya han sido derogadas, de manera que por más bien intencionados que sean las personas que administran justicia, si no tienen el respaldo de leyes formalmente promulgadas, es poco lo que pueden hacer.

2) existen procedimientos y/o prácticas procesales y administrativas formalmente promulgadas en el componente formal normativo, que consisten en dotar a la persona que de una u otra manera debe interpretar y aplicar la ley, del poder de llenar los vacíos de la misma por medio de la analogía con otra u otras leyes formalmente promulgadas. De esta manera el componente formal normativo influye en el contenido que se le darán a las leyes en el componente estructural.

3) la ley, al establecer reglas, institucionaliza una forma de pensar y esa forma de pensar no sólo es adoptada por el común de la gente sino también por quienes administran justicia de manera que también los y las juezas, policías y otros(as) funcionarios(as) que seleccionan,

interpretan y aplican las leyes lo hacen de conformidad con una manera de pensar y concebir el mundo que está en una gran medida determinada por las mismas leyes.

ch) Influencia del componente estructural en el componente formal normativo.

El componente estructural influye, limita y determina el contenido del componente formal normativo de la ley porque:

1) la interpretación o aplicación de una manera específica y en forma reiterativa que se haga de una ley, le va dando un significado a esa ley que podría ser más amplio o más restringido de lo que el o la legisladora quiso al promulgarla.

2) el que nunca, o no muy frecuentemente se aplique una ley o un determinado aspecto de una ley, también influye en el componente sustantivo al restarle vigencia o efectividad a la misma.

3) la imposibilidad de solucionar un determinado conflicto, o la imposibilidad material de aplicar una determinada ley, que a veces experimentan quienes tienen que administrar justicia, determina no sólo el contenido que se le irá dando a esa ley, sino que influye y hasta determina que se promulguen o deroguen ciertas leyes.

4) aunque desafortunadamente no siempre, también el poco o gran acceso que tenga el común de la gente a la administración de justicia en un determinado país influye en cómo se redacta la ley.

5) el conocimiento sobre las actitudes y conductas de las personas que administran justicia también determina la redacción de una ley, aunque en demasiados pocos casos.

d) Influencia del componente político-cultural en el componente estructural.

A su vez, el componente estructural es influido, limitado y definido por el componente político-cultural por las mismas razones que este influye, determina y limita al formal normativo pero además, porque una ley que no es conocida por el común de la gente podría nunca ser llenada de contenido al no ser aplicada o interpretada. De esa manera, una ley que existe en el componente formal normativo podría no existir en el componente estructural debido a la influencia del político cultural.

Si el común de la gente no considera que el problema relacionado con esa ley no conocida es un problema legal, es probable que quienes administren justicia tampoco lo considerarán un problema legal. Por ejemplo, un derecho que generalmente no es exigido a las oficinas que administran justicia o una violación a un derecho que nunca es denunciada, hará que la ley que sanciona ese derecho nunca sea interpretada ni aplicada aún en el caso excepcional de que sea exigida su aplicación. De esta manera, aunque ese derecho esté enunciado en el componente formal normativo, no tiene contenido y por lo tanto no es un verdadero derecho ni es una verdadera ley sino que es solamente eso, un enunciado. Por ejemplo, en algunos países de Centroamérica, aún antes de la promulgación de leyes específicas contra la violencia doméstica,

está sancionada la conducta violenta dentro del hogar en casi todos los códigos penales. Sin embargo, cuando una mujer se atrevía a denunciarla, los funcionarios no le hacían caso porque desconocían los artículos del código penal que tipifican esa conducta como delictiva. Esta reiterada no aplicación de esos artículos los fueron vaciando de existencia a tal punto que se tuvo que redactar leyes específicas contra esta conducta debido a la presión del movimiento de mujeres.

e) Influencia del componente estructural en el componente político-cultural.

También el componente político-cultural es influido, limitado y definido por el estructural porque:

1) la forma en que la ley es administrada, aplicada e interpretada será lo que la mayoría de la gente considere que es el verdadero contenido de la ley y por ende, será la ley que respetarán u odiarán. En realidad la forma como es aplicada e interpretada la ley es la verdadera ley.

2) el conocimiento y actitudes que la gente tenga frente a la ley son influidas por las actitudes y conductas de quienes administran justicia porque en gran medida éstas determinarán si la gente cree en, y utiliza una determinada ley.

3) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia determina en una gran medida las actitudes que los que aplican la ley puedan tener frente a una determinada ley de manera que el acceso determinará en gran medida el contenido de la ley.

4) el acceso que tenga la gente a la administración de justicia influye en la doctrina jurídica que se va creando o se va poniendo de moda porque la doctrina que se cita o sirve de fundamento a las sentencias etc., no es la misma en un país en donde hay un gran acceso a la administración de justicia como en otro donde no la hay.

Estos puntos que he enumerado en relación a la mutua definición entre los componentes son sólo unos de los muchos que se pueden pensar. Estoy consciente de que cada uno da para toda una reflexión crítica sobre el fenómeno jurídico, lo cual nos puede desviar del objetivo del presente documento. Por ello quiero enfatizar que en este caso lo importante es que una vez que se tiene claro que el derecho contiene estos tres componentes, se tendrá conciencia de que el análisis, por ejemplo, de una ley o un proyecto de ley, que sólo se hace desde su componente formal normativo es un análisis parcial que no dará un conocimiento suficientemente objetivo como para poder medir sus alcances, efectos y beneficios.

Si cada vez que se analiza una ley o proyecto de ley, se tienen presente los tres componentes del fenómeno legal, lógicamente se tendrá presente también las otras leyes que ya existen en el componente formal-normativo y como éstas se transforman en los otros dos componentes. Esto es muy importante porque un error que han cometido quienes luchan por los derechos humanos de todas y todos, es apoyar la promulgación de leyes que se han redactado en un vacío, es decir, como si no existieran otras leyes que contradicen los principios que sustenta la que se pretende promulgar o como si no existiera un derecho judicial, una práctica política y

una serie de valores, tradiciones y costumbres que haran que esa ley, redactada de la forma como está, no podra lograr lo que se pretende.

También al hacer un análisis de la doctrina jurídica o del comportamiento delictivo (componente político cultural y también en parte, estructural) es necesario ver cómo éstas se han o no traducido en leyes (componente formal-normativo) y cómo las leyes son interpretadas y aplicadas por quienes administran justicia (componente estructural). De manera que siempre que se haga un análisis de cualquier aspecto relacionado con el fenómeno legal, es importante tomar en cuenta sus tres componentes.

Pero mucho más importante aún es tener claro cuál es el objetivo que se busca al hacer el análisis. (En nuestro caso es eliminar la discriminación contra las mujeres y los hombres de grupos marginados y no convertirnos en especialistas en esta u otras técnicas jurídicas). Si tenemos esa claridad, los 6 pasos de esta metodología pueden modificarse. Por ejemplo, se profundizará más en uno u otro paso de acuerdo a los intereses del grupo.

Esta conceptualización ampliada del fenómeno jurídico es especialmente importante para las mujeres porque incluye el mundo "privado" de las leyes no formalmente promulgadas por el Estado, ese mundo "privado" al cual hemos sido relegadas las mujeres. El hacer de lo cultural un componente del fenómeno jurídico, nos permite a las mujeres desarticular el discurso jurídico, ver sus mistificaciones y hacer propuestas que nos permitan un día gozar de un verdadero trato humano. Considero que comprender lo jurídico desde sus tres componentes es un proceso de conscientización más que un proceso de aprendizaje porque implica, además de entender las relaciones entre los componentes, valorarlas por lo que significan para la eliminación de la discriminación que existe contra el sexo femenino.

Hasta aquí he desarrollado los dos grandes bloques que componen el marco teórico del cual parto al utilizar los métodos tradicionales para hacer el análisis de un texto legal. A continuación describo en detalle los seis pasos de esta metodología.

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del género femenino al masculino en la experiencia personal. La conscientización es indispensable para comprender la generalización y profundidad de la discriminación y subordinación de las mujeres, porque permite que nos demos cuenta que nuestra experiencia individual y personal de sumisión es en realidad una experiencia colectiva y política de opresión. Esto se logra enfocándonos en nuestras experiencias concretas y específicas para luego hacer las generalizaciones y abstracciones necesarias para teorizar sobre la experiencia colectiva de subordinación. El proceso de conscientización implica la desarticulación del discurso masculino para rearticular el significado de nuestra experiencia como seres activamente involucradas en la construcción o desconstrucción de la sociedad.

Para los hombres la conscientización implica comprender profunda e individualmente los privilegios que gozan por ser hombres y como, aunque no son ni culpables ni responsables de las estructuras de género que fueron establecidas mucho antes de su nacimiento, sí pueden y deben tomar responsabilidad por eliminarlas. También implica darse cuenta del precio que pagan por esos privilegios y la deshumanización que todas las discriminaciones producen aún

en el opresor o privilegiado por ellas pero también del dolor y destrucción que sus privilegios le causan a las mujeres y al planeta.

El proceso de conscientización nos hace sospechar de todas las estructuras y de todas las instituciones patriarcalmente construidas e impuestas. Esta sospecha nos hace dudar de la pretendida neutralidad de esas instituciones, porque vamos comprendiendo poco a poco como no son para nada "neutrales" ni objetivas sino que todo lo contrario, son androcéntricas, dicotómicas y muchas veces hasta misóginas.

La toma de conciencia feminista para las mujeres crea un nuevo conocimiento que emerge del compartir, honesta y sororalmente entre mujeres nuestras experiencias, lo cual nos permite comprender nuestras diferencias e identificar lo que nos es común a todas, para de ahí hacer la teoría necesaria para comprender nuestra realidad y trazar las estrategias para transformarla, tratando de no caer en nuevas formas de explotación y opresión. Los grupos de conscientización feministas empiezan por la experiencia personal y concreta, integran esta experiencia en una teoría, dándole en este proceso, otro significado y otra forma a la teoría basada en la experiencia y a la experiencia basada en la teoría. Así la teoría expresa y nace de la experiencia pero también la experiencia es modificada, validada y reinterpretada por la teoría.

Para los hombres implica tomar contacto con sus sentimientos y hasta con su lado femenino y estar dispuestos a ser ridiculizados por no ser suficientemente "machos". Es un proceso doloroso que requiere de mucha humildad y valentía de parte de los hombres. Afortunadamente, hay muchos valientes.

Este proceso obviamente amplía las percepciones y las perspectivas ya que al cuestionar al "hombre/varón" como parámetro de lo humano, en el peor de los casos se estará ampliando a dos: "hombre/varón" como parámetro del humano de sexo masculino y "mujer" como parámetro de la humana de sexo femenino: pero si el proceso es intenso y honesto, llevará a una ampliación mucho mayor al negar que exista un "hombre" o una "mujer" que pueda ser el parámetro de uno y otro sexo, sino que existen tantas perspectivas como clases o grupos de individuos(as) pueda haber y que todas son igualmente diferentes e igualmente valiosas aunque no todas las perspectivas puedan ser igualmente objetivas.

PASO 2 : Se trata de profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, identificando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales, y de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres.

Esto es necesario porque el sexismo es tan amplio y extendido que se manifiesta de muy distintas maneras. Por ejemplo, Margrit Eichler identifica siete: 1) el androcentrismo; 2) la sobregeneralización y/o sobrespecificación; 3) la insensibilidad al género; 4) el doble parámetro; 5) el deber ser de cada sexo; 6) el dicotomismo sexual y;7) el familismo.

En este paso no me referiré al familismo, que es la forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus necesidades e intereses son los mismos,

porque considero que es una expresión del sexismo tan generalizada en el campo jurídico que debe ser analizada por aparte en el PASO 4.

Aquí también es necesario explicar que dividir en distintas expresiones lo que en realidad es un sólo fenómeno: el sexismo, se hace para facilitar la comprensión del mismo pero en ningún momento se podrá entender que son fenómenos totalmente distinguibles. Las formas de sexismo están muy relacionadas entre sí, tanto que en algunos casos no se puede especificar si se trata de una u otra forma. Sin embargo dividir el sexismo en estas distintas formas permite analizarlo más adecuadamente. Veamos:

1) El androcentrismo es tal vez la más generalizada de estas maneras. Se da cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente pero al mismo tiempo como si ésta no fuera una perspectiva. Así la experiencia masculina se percibe como central a la experiencia humana y por ende la única relevante, haciéndose el estudio de la población femenina, cuando se hace, únicamente en relación a las necesidades, experiencias y/o preocupaciones del sexo dominante masculino. Dos formas extremas de androcentrismo son la misoginia y la ginopia. La primera consiste en el repudio a lo femenino y la segunda en la imposibilidad de ver lo femenino o invisibilización de la experiencia femenina.

La historia es una disciplina que típicamente cae en esta forma de sexismo cuando, por ejemplo, se describen las conquistas como una forma de conseguir mujeres y esclavos. Si las mujeres son las que se consiguen, obviamente los actores son los hombres y las mujeres son los objetos sobre los cuales se actúa.

Las leyes formalmente promulgadas son otro ejemplo típico del sexismo en su forma androcéntrica cuando parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino o cuando se promulgan leyes "protectoras" para la mujer que parten de las necesidades que tienen los hombres de que la mujer se mantenga en su rol estereotipado.

Obviamente, esta forma de sexismo no se soluciona con agregar un capítulo o un artículo sobre la mujer, ni se soluciona con presentar el punto de vista de una mujer alibi o mujer coartada, ni tampoco con enumerar los terribles sufrimientos que padecieron las mujeres ante determinado hecho. Tampoco se soluciona eliminando esas "protecciones" sin reemplazarlas por acciones correctivas que partan de las verdaderas necesidades de las mujeres.

Se soluciona cuando se analizan los hechos desde una perspectiva de género, es decir, cuando se analizan preguntándonos cuáles son las implicaciones y efectos del hecho en cada sexo. Preguntándonos qué experiencia han tenido y qué resistencias han opuesto las mujeres y los hombres ante ese hecho o hechos similares y qué relación existe entre ambas experiencias y por ende las soluciones se presentan tomando en cuenta las necesidades y experiencias de ambos sexos.

Para identificar el androcentrismo, tal vez sirve hacerse las siguientes preguntas: ¿Está todo el texto en masculino? Usa el vocablo "hombre" para referirse a hombres y mujeres? ¿Quién es el prototipo, paradigma o modelo de ese texto? ¿De quién son las necesidades que se pretenden llenar? ¿Se le da igual importancia a la experiencia femenina que a la masculina?

¿Cuántas páginas o renglones le dedican a la experiencia femenina en relación a la masculina? ¿Qué valores promueve esa ley o qué valores sostiene el o la autora? ¿Quién es el o la autora? ¿Está presente o invisible? ¿Presenta sus opiniones como universales? ¿Neutrales? ¿O les dice a sus lectores a qué clase, raza, etnia, sexo, preferencia sexual, creencia religiosa, política o filosófica pertenece o se adhiere?

Estas y otras preguntas más nos las debemos hacer porque los textos androcéntricos, aunque escritos desde la perspectiva del sexo masculino, y generalmente de los hombres/varones de las clases dominantes de raza blanca, heterosexuales, cristianos y sin discapacidades visibles, son presentados como si fueran escritos desde ninguna perspectiva, neutrales en términos de clase, sexo y raza, etc., y UNIVERSALES, OBJETIVOS Y CIENTIFICOS. Muy por el contrario, los textos feministas, no androcéntricos generalmente explicitan su perspectiva desde el inicio, pero aunque no la explicitaran, pronto veríamos que estamos frente a una perspectiva diferente. Esto es así precisamente por el androcentrismo, que nos ha condicionado a percibir lo androcéntrico como lo "universal", lo genérico y objetivo mientras que lo que tiene y explicita una perspectiva diferente a la de los dominantes es percibida como parcial o específica.

Pero lo que es peor aún es que lo que se percibe como "lo otro" o lo "específico, no genérico, no universal", se infravalora precisamente por carecer de las características de universalidad y objetividad que sólo asociamos con lo androcéntrico.

Podríamos afirmar que si un texto no explicita su perspectiva, es una señal de que muy posiblemente el texto sea androcéntrico. Pero aún cuando lo explicita, es importante que nos hagamos las preguntas porque hay investigaciones que al inicio explicitan que el objeto de estudio son "los seres humanos" de ambos sexos pertenecientes a determinado grupo, pero una lectura desde una perspectiva de género, pronto descubre que aunque la intención fue de estudiar a ambos sexos "neutralmente", la realidad fue que se estudió a ambos pero desde la perspectiva del sexo masculino, tomándolo como paradigma y/o cayendo en otras formas de sexismo como el doble parámetro o el dicotomismo sexual.

2) La sobregeneralización ocurre cuando un estudio analiza solamente la conducta del sexo masculino y presenta los resultados de ese estudio como válidos para ambos sexos. Esta práctica se ha llevado a cabo sistemáticamente por los científicos, deformando ramas de la ciencia tan importantes como la Historia, la Antropología, la Sociología, la Medicina, la Criminología, etc. Esta forma de sexismo se da cuando se analizan las necesidades de un grupo de trabajadores del sexo masculino y se presentan como válidas para toda la clase trabajadora, por ejemplo.

También se da cuando en criminología se estudia el comportamiento de bandas juveniles compuestas por varones únicamente, o las mixtas pero sólo se toma en cuenta la realidad de los hombres/varones, y luego se presenta el estudio como una investigación sobre "bandas juveniles".

La sobrespecificidad se da cuando se presenta una necesidad o comportamiento humano como específico de uno de los dos sexos. Por ejemplo, se habla de la necesidad que tienen los y las hijas del cuidado materno cuando en realidad tienen necesidad de ambos progenitores. O se

promulgan leyes para protección de las mujeres que en realidad son leyes para protección de las futuras generaciones.

El lenguaje que se utiliza en las leyes formalmente promulgadas es generalmente otro ejemplo de sobreespecificidad-sobregeneralización ya que se utiliza el masculino para "supuestamente" referirse a ambos sexos, haciendo casi imposible saber cuándo está excluida la mujer sin recurrir a los análisis que aquí planteamos.

Esta forma de sexismo se soluciona especificando el sexo que se utilizó como modelo del estudio o de la ley o utilizando un lenguaje que incluya a ambos sexos cuando realmente ambos están incluidos. Aquí es importante hacer hincapié en que esta forma de sexismo no se soluciona con usar términos genéricos sin más. Se requiere que en el contenido también esté presente el género femenino. Por ejemplo, el haber denominado a los "derechos humanos" así, en vez de como siempre se llamaron "derechos del hombre" no eliminó el hecho real de que su contenido sigue siendo androcéntrico.

Esta forma de sexismo es muy frecuente en textos legales más recientes en que ya no se habla en masculino (para no caer en sobreespecificidad) sino que se habla en términos genéricos (es decir, en términos supuestamente inclusivos de ambos sexos) de tal forma que se imposibilita el conocimiento de si existen diferencias entre los sexos con respecto al uso de un derecho o al quebrantamiento de una ley, etc. Se parte de que los hombres/varones y las mujeres son iguales y están incluidos en ese término genérico pero resulta que en realidad era mejor que hubiesen seguido hablando en términos masculinos porque el paradigma es el hombre. Por ejemplo, se presentan tasas y porcentajes de "personas privadas de libertad" y no se especifica su sexo haciendo creer que se hace referencia a ambos sexos y haciendo imposible saber las diferencias entre ambos, diferencias que generalmente son recaladas en otros contextos y que además son bien importantes para el desarrollo de políticas penitenciarias congruentes para ambos sexos.

Con respecto a esta forma de sexismo, algunas de las preguntas que debemos hacernos son: ¿Está el texto escrito en masculino cuando en realidad se está refiriendo a ambos sexos? Muchas personas creen que como gramaticalmente el masculino incluye al femenino, esto sucede también en nuestras mentes, pero lo cierto es que lo masculino en el imaginario no incluye a lo femenino y por ende, hablar o escribir en masculino ya es una forma de sexismo porque excluye a lo femenino. Además, las reglas gramaticales son también leyes que podemos cuestionar y revisar para identificar su sexismo. Por otro lado, es prácticamente imposible que no se caiga en otras formas de sexismo cuando se habla en masculino. También se cae en esta forma de sexismo cuando se presenta un "derecho" de la mujer cuando en realidad es un "derecho" de la especie humana.

Otra pregunta que nos debemos hacer en relación con este segundo punto es: ¿Se está presentando el texto como una investigación o una legislación igualmente válida para ambos sexos cuando sólo se estudió o sólo se tomaron en cuenta las conductas y actitudes de uno de los sexos?

3) La insensibilidad al género se presenta cuando se ignora la variable sexo como una variable socialmente importante o válida. Este es el caso de casi todos los estudios que se hacen

sobre los efectos de determinadas leyes o políticas, cuando se olvida que los sexos tienen género y que los efectos son distintos en cada sexo si se toma en cuenta los roles sexuales, la valoración de cada género, la utilización del tiempo y el espacio diferenciada para cada sexo, el menor poder del sexo femenino, etc. Cuando no se toma en cuenta las estructuras de género y las condiciones que éstas imponen diferenciadas para cada sexo/ género es imposible identificar cuáles son los problemas que no se vieron para uno u otro sexo porque sencillamente la información no está presente.

En algunos casos la insensibilidad al género puede ser más bien la forma exagerada de androcentrismo que llamamos ginopia. Esto porque generalmente cuando se ignora la variable sexo como socialmente importante, implícitamente se está tomando al hombre varón como modelo de lo humano e invisibilizando totalmente a la mujer. Pero también puede suceder que la insensibilidad al género no sea una forma de androcentrismo, sino simplemente la ignorancia de la variable. Por ejemplo, cuando al tratar de mejorar la situación de la mujer rural, se promueven proyectos para elevar su nivel económico que no toman en cuenta su triple jornada laboral, su menor poder dentro de la pareja, etc., todo lo cual hace que estos proyectos lo que logran es elevar sus horas de trabajo, disminuyendo visiblemente su salud al disminuir sus horas de sueño.

En materia legislativa se da mucho esta forma de sexismo cuando se ignora la existencia de las mujeres en la promulgación de leyes supuestamente "genéricas". Pero también se da cuando se promulgan leyes que sí toman en cuenta a la mujer y hasta cuando le otorgan un derecho. Pensemos por ejemplo, en propuestas legislativas que aumentan las licencias por maternidad sin tomar otra serie de medidas para no afectar negativamente el acceso de la mujer al mercado laboral. Este tipo de medidas son insensibles al género, porque aunque la legislación está otorgando un derecho muy necesitado por las mujeres, al no tomar en cuenta la estructuración de género que tiene el mercado laboral también le está causando un perjuicio al dificultarle el acceso a un empleo.

De nuevo esta forma de sexismo se soluciona incluyendo la variable sexo/género en todo el quehacer humano, teniendo presente los roles desempeñados por cada sexo, la valoración que cada sexo recibe, la auto-estima, las horas trabajadas para dar cuenta de los efectos en cada sexo de una ley, una investigación o una política. Si se es sensible al género pero simplemente no existe información adecuada, lo correcto es señalar que no se tiene esa información para al menos no confundir los efectos en un determinado sexo.

Con respecto a la insensibilidad al género la pregunta que hay que hacerse es si se ha tomado en cuenta el hecho de que las mujeres somos menos valoradas, trabajamos más, estamos peor alimentadas, no tenemos propiedades, no somos consideradas "racionales" etc. Generalmente, si no se han tomado en cuenta las desigualdades entre los sexos es porque no se consideró la variable género como relevante y generalmente, aunque no siempre, esto es porque se considera que el sexo masculino es el representante de la humanidad y por ende, su experiencia, intereses y necesidades son las mismas que las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres o, peor aún, que las experiencias, intereses y necesidades de las mujeres no son suficientemente importantes como para tomarlas en cuenta.

4) El doble parametro es una forma de sexismo similar a lo que muchas(os) conocemos como la doble moral. Se da cuando una misma conducta, una situación idéntica y/o características humanas, son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para uno y otro sexo, fundamentadas precisamente en el dicotomismo sexual y en el deber ser de cada sexo. Esta forma de sexismo la encontramos, por ejemplo, en la legislación de familia en Costa Rica donde el adulterio en el componente formal normativo es causal de divorcio para ambos cónyuges, y sin embargo en distintas sentencias de divorcio por esa causal, un mismo hecho --la infidelidad--, es evaluado distintamente si es cometido por el cónyuge de sexo masculino que si es cometido por la del sexo femenino.

En este caso la solución requiere la eliminación del doble patrón sustituyéndolo por un análisis que tome en cuenta las reales diferencias entre los sexos sin que por ello se discrimine o perjudique a ninguno. Aquí conviene también investigar si se está partiendo de estereotipos con respecto a los roles que deben desempeñar cada sexo y/o si se está partiendo de que los sexos son dicotómicamente opuestos sin tomar en cuenta sus grandes similitudes.

5) El deber ser de cada sexo. El sexismo que se manifiesta en el establecimiento de un deber ser para cada sexo, como su nombre lo indica, consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro. Por ejemplo, se considera "normal" que un adolescente afirme su identidad mostrando un comportamiento abiertamente agresivo hacia su padre al tiempo que se considera "anormal" que una adolescente afirme la suya mostrando un comportamiento similar hacia su madre. Vemos que se espera que el varón sea agresivo en la afirmación de su yo mientras que de ella se espera que no lo afirme del todo. Esta forma de sexismo se manifiesta muchísimo en los estudios que analizan los efectos en los y las hijas de que la madre trabaje fuera de la casa. Como es obvio, estos estudios parten de que el "rol" natural de la mujer es estar en la casa con los y las hijas, y aunque no estamos negando que ese fenómeno sí afecta a los y las niñas, el problema reside en que la realidad es distorsionada porque deja por fuera el impacto que también tiene en ellos el que el padre no se ocupe directamente de su bienestar físico y mental.

Ejemplos de leyes que contienen esta forma de sexismo los encontramos en los códigos penales cuando, por ejemplo, agravan una pena dependiendo de la "honestidad" de la víctima. También es muy común en las penas más largas que reciben las mujeres que cometen delitos violentos (delitos considerados "masculinos") o en los beneficios que reciben las privadas de libertad cuando se maquillan y visten "femeninamente". Una pregunta que nos podemos hacer para descubrir este tipo de sexismo es: ¿Parte el texto o contexto de que cada sexo tiene un rol particular que desempeñar? Ejemplo: Artículo 35 del Código de Familia costarricense: "El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios."

6) El dicotomismo sexual consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Las preguntas que se pueden hacer son: ¿Parte el texto de que los sexos son dicotómicamente opuestos? Ejemplo: El texto habla de que las mujeres son dulces y tiernas mientras que los hombres son duros y agresivos. Justifica el texto un comportamiento

delictivo, como el abuso sexual en los hombres debido a que ellos son “seres movidos por sus apetitos sexuales” mientras que presenta a las mujeres como seres sin necesidades sexuales.

El doble parámetro, el dicotomismo sexual y el deber ser de cada sexo son manifestaciones del sexismo que se relacionan estrechamente con lo que las feministas hemos llamado el proceso de socialización patriarcal en donde se le atribuyen características dicotómicas a cada sexo (por ejemplo la mujer pasiva, emotiva, dependiente; el hombre agresivo, racional, independiente etc.), se jerarquizan esos atributos considerándose superiores los que están del lado masculino y se forman expectativas de conducta para cada sexo basadas en ese dualismo.

Con respecto al doble parámetro, el deber ser de cada sexo y el dicotomismo sexual, son muchas las preguntas que se deben hacer porque no siempre es fácil detectar estas formas de sexismo: ¿Usa el texto términos no complementarios para referirse a situaciones complementarias? Ejemplo: usa los términos "marido y mujer", "varón y hembra", en vez de usar terminos complementarios como esposo y esposa, macho y hembra, hombre y mujer, etc. ¿Usa términos genéricos para referirse a los hombres de un grupo y específicos para referirse a las mujeres? ¿Usa la voz activa para referirse a los hombres, y pasiva para las mujeres? ¿Usa conceptos que son asimétricos? Ejemplo: madre desnaturalizada vs. padre desnaturalizado, hombre honesto vs. mujer honesta. ¿Usa conceptos cargados de valores diferentes para referirse a diferencias socio-culturalmente establecidas entre los sexos? Ejemplo: habla de la "independencia" masculina y de la "dependencia" femenina. ¿Evalúa la misma conducta en ambos sexos, en forma diferente para cada sexo? Ejemplo: si un hombre corrompe a una mujer es sancionado por la ley penal pero no la inversa. ¿Se describen las características de cada uno de los sexos en forma muy distinta? Ejemplo: en un caso de robo de un automóvil realizado por un hombre y una mujer, se describe a la mujer como una mala madre mientras que no se dice nada sobre la forma en que el padre ejerce su paternidad.

Estas formas de sexismo son muy generalizadas e internalizadas de manera que hay que ponerles especial atención. Las preguntas que se pueden hacer en relación con ellas son demasiadas como para transcribirlas todas en este documento. Transcribí unas cuantas para dar una idea de cómo se debe tratar de identificar estas formas de sexismo. ¡Espero que cada lector(a) le agregue unas cuantas!

Entender el dicotomismo sexual es especialmente importante para las personas que trabajamos de una u otra forma con el fenómeno jurídico, porque éste responde perfectamente al lado masculino del dualismo. Nótese que así como se cree que son los hombres los racionales, objetivos y científicos y sus experiencias son las que se perciben como "universales", también el derecho es considerado racional, objetivo y científico y es percibido como "universal". Sin embargo, así como los hombres no son siempre racionales, objetivos y sus experiencias no son siempre universales, tampoco lo es el Derecho. Y aunque muchas personas aceptan que el Derecho no siempre tiene esas características, generalmente consideran que, al menos, debe TENDER a ser racional, objetivo, universal. Tal vez la reflexión que debemos hacernos es si para que el fenómeno jurídico refleje mejor las aspiraciones y necesidades de todas las personas, no sería preferible que se identificara también con el lado femenino del dicotomismo sexual, o mejor aún, que pudiera trascender ese dualismo artificialmente establecido y ser aceptado como

un fenómeno, que como cualquier otro creado por los seres humanos, se puede ubicar dentro de un continuo entre lo racional y lo irracional, lo subjetivo y lo objetivo, lo particular y lo universal, etc.

PASO 3: Identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como "el otro" del paradigma de ser humano que es el hombre y analizar sus efectos en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc.

Sabemos que las mujeres no somos iguales entre nosotras. Unas tenemos más o menos poder que otras por pertenecer a clases, razas, etnias, edades, orientaciones sexuales, credos, habilidades, etc. más o menos privilegiadas. Por ello no podemos conformarnos con un análisis de género que nada más se pregunte sobre la pretendida neutralidad en términos de sexo de una ley o un principio, o que se pregunte dónde está la mujer, cómo le afecta a la mujer, etc. Sabemos que el género es una categoría o condición social-existencial que atraviesa todas las otras y que a su vez es atravesada por ellas.

Además, así como hemos luchado porque el hombre/varón no represente a la humanidad toda, no podemos permitir que un determinado tipo de mujer represente a todas las mujeres.

Esa conciencia de que las mujeres también somos desiguales entre nosotras nos lleva a hacernos las siguientes preguntas frente a un texto legal. ¿A cuál mujer excluye este texto? ¿A cuál mujer privilegia? ¿Cómo afecta este texto a una mujer con una discapacidad visible, a una mujer que es la única "jefe de hogar", a una india, a una viuda, a una adolescente, a una profesional, etc.? Recordemos que hay derechos que se le otorgan a unas mujeres que producen discriminación a otras, como por ejemplo el "derecho" de la mujer casada a usar el apellido de su marido precedido de un "de". Este "derecho" permite, entre otras cosas, que se siga discriminando a la mujer soltera.

PASO 4: Buscar cuál es la concepción o estereotipo de "mujer" que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y necesidades de las mujeres que no impliquen la institucionalización de la desigualdad.

Muchas mujeres tienen miedo a que se legisle en favor de la mujer, porque se han confundido las "protecciones" a la mujer-madre o mujer-reproductora o a la mujer-familia con protecciones o leyes para la mujer-persona. La identificación de la mujer-persona humana con la mujer-familia es precisamente una de las manifestaciones del sexismo como vimos en el PASO 2: "el familismo." Si bien es real, aunque no natural, que la mujer está más ligada a la familia que el varón, esto no implica que la mujer no tenga necesidades como persona humana que es, que no son idénticas a las necesidades de la familia ni tampoco son idénticas a las necesidades del varón aunque sí muy semejantes. Familia y mujer no son sinónimos; hombre y mujer son igualmente humanos e igualmente diferentes.

Por ello es necesario tener claridad con respecto, por un lado, a la diferencia ideológica que existe entre medidas correctivas que parten de que la mujer ha sufrido exclusión, discriminación y desigualdad y que por ende debe gozar de ciertos privilegios legales que compensen la desigualdad social, con medidas protectoras que parten de que la mujer es

biológicamente diferente al hombre y que debido a esa diferencia debe ser tratada como un ser inferior. También hay que tener claridad con respecto al tratamiento que el derecho dé a las reales diferencias biológicas entre hombres y mujeres, para no confundir la necesidad de un trato diferente a cada sexo con la limitación de los derechos humanos de las mujeres, por el hecho de que somos nosotras las reproductoras biológicas de la especie humana.

Es decir, hay que tener claridad sobre la diferencia ideológica entre legislar para "proteger" a un ser débil o distinto/inferior al paradigma de ser humano que es el hombre/varón, y legislar para satisfacer necesidades que sólo sentimos las mujeres como miembros plenas de un grupo más grande que es el género humano. En el primer caso de este segundo planteamiento, la legislación es androcéntrica porque parte de que el modelo de ser humano es el hombre mientras que la mujer es "la diferente", "el otro" que necesita una protección especial (definida por ellos). En el segundo caso la legislación tiene perspectiva de género porque reconoce que las mujeres y los hombres/varones pueden tener necesidades diferentes, pero no privilegia las necesidades de uno sobre las necesidades de la otra, ni toma como parámetro de las necesidades humanas las necesidades de los hombres/varones, porque parte de que mujeres y hombres/varones son IGUALMENTE diferentes. En este caso ningún sexo es el paradigma de lo humano sino que se está partiendo de que ambos son uno de los dos sexos que se dan en el género humano y que ninguno puede representar a la humanidad toda.

Tal vez aquí valdría la pena dar un ejemplo ya que el concepto de que los hombres/varones y las mujeres somos igualmente diferentes y por ende ambos tenemos por igual diferentes necesidades, es algo que se sale del entendimiento convencional.

Debido a la necesidad que tienen los hombres/varones de protegerse contra imputaciones de paternidad debido a que por su sexo no pueden tener entera certeza de ser los padres biológicos de una criatura, existen en casi todos los códigos una serie de artículos que regulan esta materia. Esta necesidad no la tenemos las mujeres y sin embargo a esas regulaciones no se les llama "protecciones especiales a los hombres/varones", mientras que los artículos que regulan, por ejemplo, las licencias por maternidad, son llamadas "de las protecciones especiales a las mujeres trabajadoras". ¿Por qué? Porque las necesidades de los hombres son percibidas, tanto por hombres como por mujeres, como necesidades de la especie toda, mientras que las necesidades de las mujeres son percibidas como necesidades específicas de ese "sector".

Si el derecho no fuera androcéntrico, si no tomara al hombre/varón como parámetro de lo humano, reconocería estas distintas necesidades de los sexos y las regularía de manera que ninguno de los dos viera sus derechos humanos limitados o violados.

Pero como sabemos que el sexismo existe, debemos tener dudas razonables ante las protecciones y derechos que la legislación nos brinde y por ello debemos:

a) Ante un texto que "supuestamente" otorga un derecho a la mujer o le prohíbe hacer alguna cosa, preguntarnos:

¿Cuáles son las razones objetivas para otorgar ese derecho sólo a las mujeres? ¿En realidad no lo necesitan también los hombres/varones? ¿Se está identificando mujer con familia

(y dentro de este concepto con mujer-madre o mujer-reproductora de la especie)? Es decir, ¿es un verdadero derecho de la mujer o es un derecho de la familia? ¿A quién conviene realmente que se especifique el sexo del sujeto a quien va dirigido ese "derecho"? ¿Habrá un derecho no explicitado para alguien que está implícito en el derecho que se le otorga a la mujer? ¿Quién es el sujeto del derecho no explicitado? Si el sexo está explicitado es necesario preguntarse si esa "protección" o ese derecho está justificado, si beneficia verdaderamente a la mujer, es decir, si responde a una necesidad sentida por ella. Si la respuesta es afirmativa, hay que hacerse otra pregunta: ¿Cómo se lograría este mismo beneficio sin esta "protección"?

En caso de prohibiciones, hay que hacerse la mismas preguntas: ¿Están justificadas?, ¿perjudican a la mujer?, etc. Si están justificadas pero perjudican a la mujer, habría que preguntarse si no hay otra manera de lograr el mismo fin sin discriminar a la mujer, También hay que preguntarse si ese tratamiento diferente está pensado desde la realidad de la mujer como persona o si se está identificando a la mujer como ser reproductor de la especie y nada más, o como madre y nada más, o como futura esposa, responsable de los y las niñas, etc.

b) Ante un texto que se refiere a "ambos sexos" o a "los seres humanos" o a "el HOMBRE" en términos (supuestamente) genéricos, buscar y reflexionar sobre:

Si el texto cae en familismo. Si se conceptualiza al hombre/varón como totalmente ajeno a la familia o sólo como el proveedor material. Si se especifica el sexo de la jefa de familia sólo cuando ésta es una mujer pero cuando es un hombre lo deja en (supuestamente) términos genéricos. Hay que preguntarse si el sujeto de derechos u obligaciones que contempla esa ley podría ser un hombre/varón o una mujer y si en ambos casos los efectos serían los mismos. Hay que preguntarse quién gana con el hecho de que no se explicita el sexo del sujeto de derechos u obligaciones.

c) Ante un texto que les impone obligaciones sólo a los hombres, hay que preguntarse:

¿Cuál es la razón de imponérselas sólo a los hombres/varones? ¿Serán obligaciones que implican un gran poder sobre las personas hacia quienes se tiene esa "obligación"? ¿Cuál es el concepto de hombre y cuál es el concepto de mujer que fundamenta la diferencia?

PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta los tres componentes del fenómeno legal. Es decir, si es un proyecto de ley (componente formal normativo), analizar el contenido y efectos que tendrá en los componentes político-cultural y estructural. Si es una doctrina jurídica, (componente político-cultural) ver cómo o si se ha infiltrado en el componente formal normativo y qué influencia tiene en el estructural, etc.

En este paso usaré como ejemplo un proyecto de ley, digamos que un anteproyecto de Código de Familia, para mostrar cómo esta metodología sirve para su análisis. El fin de analizar un proyecto de ley es identificar sus sesgos androcéntricos, para proponer otra redacción con el objetivo de que no se convierta en otra ley más que discrimine a las mujeres. Esto conlleva dos tareas:

Tarea No.1: Tomaremos en cuenta todos los aspectos de los componentes para tener una idea del contenido que la gente y las cortes le darán a esa redacción en particular. Para ello nos haremos algunas de las siguientes preguntas pudiendo empezar por la que nos sea más fácil de contestar. Si habiendo contestado sólo algunas de éstas nos damos cuenta que es parcial al género masculino, no es necesario contestarnos todas las preguntas. Pero si no encontramos sesgos sexistas, SI es necesario hacernos todas estas y más preguntas hasta estar totalmente convencidas(o) de que la redacción no tendrá POR RESULTADO la discriminación de la mujer. Recordemos que hemos partido de que el sexismo existe y que está en todo el quehacer humano de manera que nuestra tarea es identificarlo para eliminarlo en la medida de lo posible.

En el componente político-cultural:

a) Con relación a quiénes redactaron la ley: 1-¿Quién o quiénes la redactaron? 2-¿Cuántas mujeres participaron? 3-¿Había mujeres (u hombres) comprometidas con la eliminación de la discriminación contra la mujer? 4-¿Qué piensan los hombres que redactaron ese proyecto de ley sobre la desigualdad entre hombres y mujeres? 5-¿Qué objetivos tenían para querer cambiar el estado actual? 6-¿Qué cosa o a quiénes querían proteger? 7-¿Qué privilegios se mantienen, cuáles se modifican, cuáles están siendo eliminados? etc.

b) En relación a la doctrina jurídica que podría servir para sustentarla o frenarla: 1-¿Qué se ha escrito sobre la conducta que esa ley pretende regular? 2-¿Qué dice la doctrina jurídica que está de moda? 3-¿Hay contradicciones entre las distintas ideas expuestas? etc.

c) En relación a las leyes no formalmente promulgadas que se puedan encontrar en el componente político-cultural: 1-¿Cómo es la actitud de la mayoría de la gente con respecto a la conducta que se pretende regular? 2-¿Cómo se diferencian los hombres y las mujeres en ese respecto? 3-¿Se sabe realmente lo que las mujeres piensan en relación con esta conducta o solamente se ha escuchado y registrado la voz masculina? 4-¿Sobre cuáles mitos descansa la conducta? 5-¿Existen reglas sociales, religiosas, tradicionales, que regulan esta conducta? 6-¿Hace la propuesta de ley referencia a esas reglas sociales, religiosas, tradicionales, etc.?

En el componente estructural:

d) En relación a quienes van a interpretar y aplicar la ley en cuestión nos preguntaremos: 1-¿Quiénes son? 2-¿Cómo se han comportado en el pasado con respecto a la conducta que se pretende regular? 3-¿Qué actitudes tienen frente al sexismo, por ejemplo, consideran que el sexismo afecta la forma en que se administra justicia o creen que es un fenómeno aislado? 4-¿Qué procedimientos existen para la interpretación de esa ley? 5-¿Qué condiciones materiales hay para su vigencia y efectividad? 6-Si no las hay, ¿conviene esa redacción?

e) En relación al acceso que tengan las mujeres a la administración de justicia, nos preguntaremos: 1-¿Prevee la redacción de este artículo o ley las dificultades que enfrentan las mujeres frente a la administración de justicia? 2-¿Toma en cuenta el poco valor que se le da a la palabra de la mujer, la dificultad que tiene para expresarse, el poco acceso a aportar "evidencia contundente", su baja auto-estima con respecto a la del hombre, etc.? 3-¿Toma en cuenta el que las mujeres no tienen las mismas facilidades que tienen los hombres para llegar a los centros de

población, para acercarse a los policías, para hablar de igual a igual con un funcionario? 4- ¿Toma en cuenta las consecuencias que pueda sufrir la mujer en el caso de que pueda acceder a la administración de justicia?

En el propio componente formal-normativo:

f) En cuanto a la redacción en sí de cada artículo o numeral, nos preguntaremos: 1-Si se trata del reconocimiento de un derecho humano para las mujeres, ¿es verdaderamente un derecho lo que se está otorgando? 2-Si es un derecho, ¿por qué sólo se le otorga a la mujer? 3-¿Qué estereotipos se refuerzan con este "derecho"? 4- ¿Quién es el modelo o paradigma del sujeto de obligaciones y derechos que otorga esta ley? 5-¿Contempla esta ley las diferencias entre hombres y mujeres; entre mujeres? 6-¿Qué otras leyes regulan esta misma conducta o conducta similar? ¿Hay contradicciones? 7-¿Está confundiendo esta ley a la mujer con la familia? ¿A la mujer con la madre? 8-¿Es verdaderamente neutral en términos de género?

Veamos un ejemplo concreto para explicar el método que yo utilizo para analizar una ley o un artículo de una ley:

Tomemos el siguiente artículo del anteproyecto de Código de Familia de El Salvador:

Artículo 40.- Los cónyuges tienen iguales derechos y deberes y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con respeto, tolerancia y consideración.

La redacción literal de este artículo es su componente formal-normativo. A primera vista nos parece muy bueno pues establece la igualdad de derechos y deberes. Sin embargo, en este componente hay que buscar las palabras que puedan tener diferentes significados para diferentes personas. Por ejemplo, "igualdad" es un concepto abstracto que debe ser llenado de contenido. Este llenar de contenido es un trabajo ideológico que harán las cortes, la policía, los bancos, las oficinas administrativas, etc. cuando les toque interpretar o aplicar este artículo ante un determinado problema o petición.

Es en este momento en donde nos debemos hacer la primera pregunta: ¿Será esta redacción "neutral en términos de género"? Es decir, ¿afectará esta ley a hombres y mujeres por igual?

Para contestarnos esta pregunta es importante analizar los otros dos componentes de este artículo.

¿Cuál será su componente estructural, es decir, el contenido que las cortes, la procuraduría, la policía, los bancos, etc. le darán a este artículo? A primera vista pareciera que no lo podríamos saber porque todavía no era ley de la República de El Salvador. Sin embargo

podemos tener una idea de como será aplicado e interpretado si vemos que este artículo no establece un principio nuevo sino que es el desarrollo lógico del Artículo 3 de la Constitución Política de la República de El Salvador que establece que todas las personas son iguales ante la ley y que para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basan en diferencias de nacionalidad, raza, SEXO, o religión.

Aquí nos hacemos de nuevo la pregunta: ¿Es neutral en términos de género la redacción de este principio constitucional? Es obvio que no ya que las estadísticas demuestran que las mujeres sufrimos discriminación en todos los campos por lo que podemos concluir que la redacción de este principio favorece al sexo masculino. Es decir, este principio tiene, no por objeto, pero sí POR RESULTADO la discriminación de la mujer.

También nos preguntaremos: ¿Cómo han interpretado y aplicado las cortes, la policía y todas las oficinas administrativas esta "igualdad" y esta prohibición a hacer restricciones que se basan en diferencias de SEXO? Por las mismas razones esgrimidas en el párrafo anterior, sabemos que se han aplicado de manera androcéntrica, tratando a la mujer igual al hombre -- parámetro de lo humano-- en el tanto y en el cuanto la mujer ES igual al hombre, pero discriminándola en el tanto y en el cuanto la mujer presente diferencias con respecto a ese parámetro de lo humano: el hombre.

Cuando nos hemos contestado estas preguntas podemos hacérmolas de nuevo al analizar el componente político-cultural de este artículo.

¿Cuál es ese componente cultural? El componente cultural será el contenido que las y los salvadoreños en general le dan al principio de igualdad entre los sexos, así como lo que dice la doctrina sobre la igualdad de los cónyuges. Y por supuesto, las actitudes que tengan los y las salvadoreñas frente a la igualdad de los cónyuges y el empleo que le darán una vez que tengan conocimiento de la redacción de este artículo.

Así que aquí nos volvemos a hacer la pregunta: ¿Es neutral en términos de género el contenido que los salvadoreños y las salvadoreñas le dan al principio de igualdad? ¿Es neutral en términos de género la doctrina que habla de la igualdad de los cónyuges? Pareciera que no. Veamos algunos elementos que muestran un claro sesgo androcéntrico.

El Dr. Gerardo Trejos, reconocido jurista costarricense y asesor del equipo salvadoreño que redactó el anteproyecto, afirmó en una conferencia en el acto de entrega del anteproyecto lo siguiente:

Por ahora me interesa destacar la desaparición, en el anteproyecto, de la odiosa discriminación de que es objeto el cónyuge declarado culpable en el juicio de divorcio. Como es sabido, en la legislación vigente de El Salvador únicamente el cónyuge inocente recobra la aptitud nupcial. El esposo culpable no puede contraer nupcias durante los tres años posteriores a la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio. Esta norma de derecho vigente viola claramente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por El Salvador, cuyo artículo 17, párrafo segundo, reconoce el derecho del hombre y de

la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas (las leyes internas) no afecten el principio de no discriminación establecido en el Art. 1 de la Convención Americana.

Pues bien, en el anteproyecto, en el Art. 120, los cónyuges recobran la libertad nupcial, hayan sido o no declarados culpables.

Y sigue el autor citando una sentencia de la Corte Europea que consideró violatoria a los derechos humanos una prohibición similar en Suiza. Luego elogia el anteproyecto por considerarlo un hermoso esfuerzo para cumplir con las convenciones y tratados en materia de derechos humanos.

Aquí es importante que nos hagamos la pregunta: ¿Quién es el parámetro o modelo de esa "libertad nupcial"? ¿Quién es el beneficiario? Si leemos el Artículo 21 del anteproyecto tendremos muy claro el panorama:

Artículo 21.- La mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto o anulado, no podrá casarse antes de haber transcurrido trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, salvo que hubiere dado a luz antes de vencerse dicho plazo, que compruebe que no está embarazada o que el divorcio hubiere sido decretado por separación.

El Dr. Trejos ni siquiera hace una breve mención de este Artículo 21 para defender su necesidad, por las razones androcéntricas que sean, cuando elogia la derogación de la odiosa prohibición de contraer nuevas nupcias. Pareciera que para este autor, el que a la mujer se le prohíba contraer nuevas nupcias hasta transcurridos trescientos días contados a partir de la disolución o de la declaratoria de nulidad, con ciertas salvedades, no constituye una violación a los derechos humanos porque sólo se le prohíbe a la mujer (que aparentemente no es suficientemente humana como para gozar del derecho humano a la libertad nupcial). Si la libertad nupcial que pretende el Artículo 120 no se ve limitada o afectada por ese Artículo 21, es porque no se está pensando en la mujer cuando se habla de "libertad nupcial".

Esta prohibición del Artículo 21 podría pensarse que no es tan importante ya que no serán tantas las mujeres que no puedan contraer nuevas nupcias debido a esa prohibición. Su importancia radica en que nos da una luz de quién es el paradigma del sujeto de derechos que este anteproyecto de ley establece y obviamente, el paradigma es el sujeto de sexo masculino.

Estos dos artículos también nos dan una luz con respecto al contenido que los redactores de este anteproyecto le dieron al principio de igualdad de los cónyuges. Pareciera que la igualdad que concibieron es aquella en que la mujer será tratada como igual al hombre en todo lo que se le parezca pero en el momento que la mujer presente diferencias con respecto al hombre -- parámetro de lo humano--será tratada desigualmente, con menos derechos y privilegios. Es decir, el derecho familiar formalmente promulgado dará a las mujeres un trato igual al hombre mientras no se presenten diferencias entre los sexos, pero cuando éstas surjan, la mujer verá

limitados sus derechos precisamente por ser diferente al parámetro de lo humano: el hombre de la especie.

Aquí es obvio que el paradigma fue el hombre/varón y lo peor del caso es que ni se menciona que en este campo hay diferencias. Implícitamente se parte de que las mujeres podemos gozar de esos derechos en el tanto y en el cuanto "calcemos" dentro del prototipo. Cuando nuestro sexo o nuestro género nos diferencien, el derecho nos tratará desigualmente. Es obvio que para los y las redactoras, las mujeres y los hombres no somos igualmente diferentes, con derecho a ser tratados(as) diferentemente --aunque no desigualmente-- por el derecho cuando así lo amerite. En este caso en particular, es posible que sí se amerita un tratamiento diferente debido a la capacidad reproductiva de la mujer, pero en ningún modo ese trato diferente tiene que implicar una limitación de un derecho humano. Siempre hay soluciones no sexistas si se buscan.

Volviendo al método, y a las preguntas que nos hemos hecho, pareciera que del análisis de la doctrina y las actitudes de los y las salvadoreñas, así como la interpretación que le han dado quienes administran justicia, la igualdad entre hombres y mujeres en El Salvador, como en cualquier país del mundo, sólo existe en el componente forma-normativo, cuando existe. Esto nos lleva a preguntarnos cómo redactar este principio para que no institucionalice la desigualdad al tiempo que la toma en cuenta. Cerrar los ojos a las diferencias reales que existen entre los sexos y a las desigualdades también reales que existen entre los géneros, es tal vez tan discriminatorio como legislar discriminando abiertamente a la mujer. Encontrar la forma de legislar partiendo de que las mujeres y los hombres somos IGUALMENTE diferentes es un gran reto que debe ser asumido colectivamente y ese es precisamente el último paso del método que yo he desarrollado con la ayuda de muchas. Pero veamos primero cuál es la segunda tarea en este PASO 5.

Tarea No.2: Una vez que nos hemos contestado las preguntas que arriba se formulan y todavía otras que usted lector(a) puede agregar, veremos si es posible redactar la ley para el componente formal normativo de manera que afecte al componente político-cultural en la forma deseada, es decir, de manera que cambie la forma de pensar androcéntrica y de manera que derogue las leyes no escritas que se encuentran en los componentes político-cultural y estructural. También nos cuidaremos de que la redacción no se preste a interpretaciones no deseadas y velaremos porque la redacción de la ley tome en cuenta los otros aspectos del componente estructural con el objetivo de que no sea letra muerta.

Así, por ejemplo, si queremos promover la igualdad de los cónyuges, tenemos que tener presente aspectos del componente político-cultural tales como las actitudes de los y las legisladoras que posiblemente sean sexistas y/o androcéntricas. Tenemos que tener presente que: a) un gran porcentaje de la población salvadoreña, según un estudio de Martín-Baró, no cree en la igualdad de los cónyuges; b) que existen otros artículos y otras leyes que contradicen esa igualdad; c) que social y económicamente los cónyuges no están en un plano de igualdad; ch) que los hombres/varones tienen más libertad de tránsito y por ende tienen más acceso a la administración de justicia; d) que es más fácil que un funcionario judicial o policial le crea a un

hombre/varón que a una mujer; e) que generalmente los hombres/varones tienen más acceso a pruebas documentales, etc.

Una vez que se tienen claros los aspectos culturales y estructurales, y se tiene conciencia de la influencia de la redacción de una ley sobre las actitudes y de cómo una ley puede conformar la forma de pensar de la gente, se puede buscar cuál es la mejor redacción que deba tener una ley para lograr una real igualdad de los cónyuges de manera que al tiempo que institucionaliza esa igualdad, lo haga de forma que tome en cuenta las desigualdades existentes en el componente político-cultural.

Por otro lado si se sabe que en El Salvador, por ejemplo, existe el problema del poco acceso a la administración de justicia por parte de la mayoría de las mujeres y se puede suponer que la mayoría de los y las juezas tienen actitudes sexistas, se tendrá que buscar una redacción que tome en cuenta estos factores, buscando la manera de hacer más accesible la justicia y tratando de obviar de la mejor manera posible los posibles preconceptos y prejuicios de los y las juezas. Como lo señalé arriba, esta tarea debe ser asumida colectivamente como se explicará abajo en el PASO 6.

Pero en este paso lo que más me interesa enfatizar es que es indispensable que las personas que han tomado conciencia de la subordinación de las mujeres y que han profundizado en el análisis de los textos legales para identificar los sesgos androcéntricos, dicotómicos, etc., sean las mismas que redacten las propuestas y modificaciones a esos textos, aunque después tengan que buscar la colaboración de un o una jurista que pueda traducir lo deseado en un lenguaje suficientemente jurídico como para ser aceptado por los y las técnicas de las asambleas legislativas.

Como he venido diciendo, no se puede redactar una ley que no tenga por resultado la discriminación de las mujeres si no se ha tomado conciencia de la extensión y profundidad de su subordinación. Estoy consciente de que muchas mujeres se sienten intimidadas ante la tarea de redactar una ley porque piensan que no tienen la capacidad para ello. La solución a este miedo está precisamente en tomar conciencia de que no habrá nadie mejor capacitada(o) para entender qué se necesita para eliminar la discriminación que la persona que la ha vivido en carne propia, la ha conscientizado y luego, colectivizado. Además, como dije anteriormente, una vez que se tiene claro cuáles son las necesidades que se desean cubrir, cómo es el derecho que se quiere disfrutar, o cuál es la conducta que se desea modificar, se puede contar con la asesoría de personas que han sido entrenadas en el discurso jurídico. Lo importante es que esas personas sean vistas y se vean a sí mismas como asesoras y no como las dueñas de un conocimiento esotérico.

PASO 6: Colectivizar el análisis, no sólo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez que se hace educación legal popular, sino más importante aún, para continuar el proceso de conscientización que es, como lo he venido diciendo, el paso previo a cualquier análisis de un texto legal, ya que sin la toma de conciencia de que las mujeres por nuestro sexo, somos subordinadas y discriminadas, ni siquiera se puede iniciar un cuestionamiento de un sistema legal desde una perspectiva de género.

Colectivizar el análisis con distintos grupos de mujeres (y hombres solidarios y CONSCIENTES DE SUS PRIVILEGIOS) le dará al texto una mayor garantía de no ser excluyente de un sector, grupo o clase de mujeres. Este paso se puede realizar tanto en un seminario taller formalmente organizado o informalmente alrededor de una taza de café. También se puede hacer manteniendo una actitud atenta a lo que expresan mujeres de grupos o clases distintas a la mujer (u hombre solidario) o grupo que primero hizo el análisis.

Con respecto a los hombres/varones que puedan ser solidarios hay que tener mucho cuidado. Muchas veces ellos tienen, al igual que el derecho, una actitud pro mujer sólo aparente pero en el fondo siguen considerándose a sí mismos el paradigma de lo humano o creyendo que los privilegios que gozan son "naturales". Por ejemplo, muchos hombres/varones manifiestan orgullosamente que ellos "apoyan" en todo a su compañera de vida y que se sienten felices de que ella se "realice" en su oficio o carrera y como persona humana que es, pero una investigación ni tan siquiera profunda de su comportamiento en el hogar muestra que ese "apoyo" no implica el que ese hombre asuma por igual el trabajo doméstico y el cuidado de los y las hijas, que esté al tanto de las distintas necesidades emocionales y sexuales de ella, o que se haya dado verdadera cuenta de los privilegios y servicios que recibe de parte de otras mujeres por pertenecer a un sexo supervalorado.

Para finalizar, quisiera agregar que como la ampliación de las perspectivas y la teorización de la experiencia es un proceso de conscientización, éste es el primero y último paso de cualquier metodología feminista. Es el primero por las razones ya señaladas, y es el último, porque los análisis que en cierta medida son teoría, son a su vez experiencias que deben ser articuladas en otros grupos fuera del que los vivió para de nuevo recomenzar el proceso de colectivizar las experiencias y teorizar sobre las mismas, para con esa teoría revalorar y modificar las experiencias anteriores.

Lógicamente, planteado de esta manera, el proceso nunca terminaría, de manera que se le puede poner fin cuando estratégicamente se piense que, tratándose de un proyecto de ley, ya tiene suficiente apoyo popular o, si se trata de una investigación u otro estudio, excluye al menor número de seres.

Obras consultadas

- Bascou-Bance, Paulette, “La Condition de la Femme en France. Son Evolution”. En *Textes et Documents*, Lyon, N°19, 3er trimestre 1964 p. 17.
- Bebel, Augusto, *La mujer y el socialismo*, México, Ed. de Cultura Popular, 1978.
- Black Max, *El laberinto del lenguaje*, Venezuela, Monte Avila Editores, 1968.
- Buxó Rey, María Jesus, *Antropología de la mujer*, Barcelona, Anthopos, 1988.
- Catalá, Magda, *Reflexiones desde un cuerpo de mujer*, Barcelona, Anagrama, 1983.
- Código Penal*, San Pedro, Editorial Porvenir, 1992. *Código Penal*, San Pedro, Editorial Porvenir, 1992.
- Constitución política de la República de Costa Rica*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1997.
- De Gouges y otros, *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*. (Edic. de Alicia H. Puleo), Barcelona, Anthopos, 1992.
- Duhet, Paule-Marie, *Las mujeres y la revolución 1789-1794*, Barcelona, Ed. Península, 1974.
- Facio, Alda, “El derecho patriarcal androcéntrico”. Texto poligrafiado sin fecha.
- García Meseguer Alvaro, *¿Es sexista la lengua española?*, Barcelona, Paidós, 1994.
- López García y Morán, Ricardo, *Gramática femenina*, Madrid, Cátedra, 1991.
- Irigaray, Luce, *Yo, tú, nosotras*, Madrid, Cátedra, 1992.
- Morgan, Helaine, *Eva al desnudo*, Pomaire, 1972.
- Pérez Romero, Enrique, “Derecho constitucional y género”. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 75, mayo-agosto, 1993.
- Real Academia de la Lengua, *Esbozo de una nueva gramática de la lengua española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1974.
- Rondeau, Marc, *La promoción de la mujer*, Madrid, Ediciones Bailén, 1975.

II. TEORIA GENERAL DEL DERECHO

INTRODUCCION AL CAPITULO DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO

La doctrina jurídica tradicional ha sustentado que las leyes son neutrales y que su aplicación produce iguales efectos en hombres y en mujeres, ya que formalmente ambos, en su calidad de individuos gozan de igualdad ante la ley. Esta visión abstracta del derecho ha ignorado la situación de discriminación en que vive el género femenino y en muchos casos ha contribuido a la mantención y reproducción de la subordinación de las mujeres a los hombres. El derecho entre otras instituciones, construye desigualmente las diferencias entre unos y otros haciendo que las cualidades, características, valores y actividades de las mujeres permanezcan sistemáticamente subordinadas a los hombres.

La percepción de mundo que hemos tenido y siguen teniendo muchos/as en nuestras sociedades occidentales, ha estado determinada por un paradigma que ha consistido, entre otras cosas, en una creencia de que la subordinación de las mujeres a los hombres es consecuencia de una ley de la naturaleza. Estos conceptos y valores constitutivos de una visión de mundo patriarcal se reproducen en las instituciones sociales, jurídicas, políticas, religiosas, educativas y científicas procurando su perpetuación.

Se trata de una visión de mundo sustentada en una organización binaria del mundo. El componente ideológico de esa organización binaria es el pensamiento dicotómico que caracteriza a las personas, las cosas y las ideas como opuestos jerárquicamente, diferentes y excluyentes.

El derecho ha utilizado el pensamiento dicotómico y ha consagrado una serie de espacios e instituciones de forma opuesta y excluyente entre sí. Una de las distinciones más relevantes en este campo es la de público/privado cuyos sentidos y delimitaciones se alimentan de la visión patriarcal que relega a la mujer al espacio privado, doméstico, de la familia y subordinada al conyuge varón, mientras reserva a éste el ejercicio ciudadano en el ámbito público. Así, en el ámbito privado el derecho instituye el matrimonio y regula los derechos y obligaciones de cada uno de sus miembros, establece sistemas de regulación de los bienes durante la vigencia del matrimonio, en ambos casos asegurando la dependencia personal, social y económica de las mujeres. A la vez autoriza el uso de la fuerza física, psicológica y sexual para disciplinar y controlar el cuerpo de las mujeres, legitimando la impunidad de los varones y fortaleciendo su poder en el ámbito de la familia. El derecho, determina así, qué elementos o aspectos constitutivos de las relaciones entre los sexos merecen protección y en qué medida lo merecen.

La organización y estructura del derecho en sí mismo y sus principales instituciones, es decir su razonamiento, sus categorías, distinciones y definiciones así como su retórica, contribuyen a fijar los límites dentro de los cuales las personas

piensan e imaginan sus vidas cotidianas. Así, el derecho define jerarquias, espacios, valores, actividades y asigna poderes desiguales para cada uno de los sexos. El contenido de las normas jurídicas afecta la percepción y evaluación que la gente hace de la realidad así como las prácticas de elaboración, interpretación y aplicación de las normas que regulan las conductas de ambos sexos, afectan la forma en que las personas construyen su visión de cuál es su lugar y rol apropiado en esta sociedad

Como fenómeno que regula la vida de hombres y mujeres el derecho refleja, por lo tanto, los modelos de mujeres y de hombres así como el tipo de relación entre los sexos que se impulsa en una sociedad. Por lo tanto, el derecho no es un ente neutral en el proceso de construir las divisiones sexuales, pues cada vez más se devela su fuerza constitutiva para construir realidades sociales.

El derecho reconoce el dualismo y no la diversidad. Así, el paradigma que lo inspira apropiándose de una posición de sujeto universal, excluye y a la vez define a las mujeres como diferentes desiguales, despojándolas de su humanidad y por tanto de su ciudadanía. En efecto, las voces de las mujeres no han sido parte del "discurso formal del derecho" porque las experiencias cotidianas de las mujeres, han sido silenciadas dentro de un paradigma masculino universal de la justicia y el derecho. Este paradigma ha informado una concepción de la justicia y ha servido como la medida para la existencia o el rechazo de los diferentes derechos. No es sorprendente, entonces, que muchas de las formas de discriminación, en donde la mayoría de las víctimas son mujeres, no hayan sido sujetas a la legislación.

La aproximación al pensamiento jurídico y a los problemas básicos de la ciencia jurídica hasta ahora han obedecido principalmente a una visión patriarcal del mundo constituida por la subordinación simbólica y real de las mujeres al colectivo masculino. Sin embargo, hay otras visiones posibles que parten de un mundo más amplio, más real y de mayor diversidad. El presente capítulo, al cual hemos llamado "Teoría general del derecho", expone algunos temas fundamentales para abordar más integralmente el derecho y su teoría general.

El primer artículo expone dentro de un amplio rango ideológico feminista, las principales críticas y cuestionamientos que se le hacen al fenómeno jurídico. Su función, sus presupuestos, sus principales instituciones son analizadas y deconstruidas para abrir paso a una teoría crítica y propositiva de un derecho que se articula sobre la convivencia y relaciones igualitarias entre diferentes.

El segundo artículo es un análisis sobre el derecho en tanto articulador del paradigma masculino desde donde se establecen mecanismos de control y vigilancia así como un sistema de legitimidades. Se ubica al derecho como instrumento funcional a la ideología patriarcal, en tanto contribuye a plasmar modelos sociales y políticos que mantienen históricamente dicho discurso ideológico.

Las autoras, a través del análisis de una de las diferentes versiones de la dicotomía articuladora de los contenidos reguladores del derecho, la de

poeblico/privado, critican los modelos de convivencia que el derecho ha impulsado en tanto han excluido como titular de derechos a las mujeres. Evidencian tambiŕn que existen elementos propios de la ciencia jur'dica que contribuyen a hacer del derecho un instrumento para la subordinaci—n y control de las mujeres. As', sus supuestos ideol—gicos (universalidad, abstracci—n, objetividad y neutralidad) son cuestionados por no incorporar la experiencia de las mujeres como una experiencia humana.

Para finalizar analizan los hitos hist—ricos en los que dichos supuestos ideol—gicos se han concretado y las implicancias que han tenido en la regulaci—n de las vidas de las mujeres; los procesos de codificaci—n y sus productos, c—digos civiles y penales, el principio de igualdad, y los procesos de constitucionalizaci—n, todos ellos legitimadores de la autoridad del var—n y reforzadores del sistema de dominaci—n masculina.

El tercer art'culo, analiza el uso del lenguaje sexista como uno de los instrumentos a travŕs del cual se mantiene una visi—n de mundo que refleja los valores patriarcales vigentes de una cultura androcŕntrica. La autora deja en claro que cuando se habla de lenguaje necesariamente debe hablarse de poder, de un instrumento de dominaci—n o de liberaci—n. Es decir, la posibilidad de nombrar, crear y definir tanto las palabras como las reglas gramaticales de un lenguaje implican una forma de poder, el de conformar una cultura determinada estableciendo lo existente y lo no existente as' como el de escoger los valores bajo los cuales se regirŕ una determinada sociedad.

Segoœn la autora, el estudio de la incidencia del lenguaje en el fŕnomeno de la discriminaci—n de la mujer, es especialmente importante puesto que nuestra relaci—n con el mundo estŕ mediatizada por el lenguaje. Las palabras son puntos de confluencia que permiten adoptar una actitud frente a las cosas y la gramŕtica de cada lengua no s—lo es un instrumento para expresar ideas sino tambiŕn y sobretodo para darles forma, configurando una gu'a mental.

Esta forma de poder tanto en su forma como en su contenido ha sido utilizada por el grupo dominante de hombres de cierta clase, etnia, credo religioso y pol'tico, etc., quienes han definido la realidad desde su perspectiva, necesidades y experiencia. Aquellas personas que no han pertenecido a este grupo en diferentes momentos historigos, no han podido plasmar de manera oficial sus perspectivas, necesidades y experiencias. Es as' como las mujeres por su condi—n de subordinaci—n han quedado exclu'das e invisibilizadas del lenguaje.

El cuarto art'culo devela, en la relaci—n entre ideolog'a y mŕtodo jur'dico, las complejidades y consecuencias de los procesos de interpretaci—n jur'dica en la elaboraci—n y aplicaci—n de las normas. Partiendo del supuesto que el mŕtodo es funcional al lente con que se mira, la autora expone los distintos criterios y mŕtodos jur'ricos tradicionales para evidenciar su falta de neutralidad y imparcialidad as' como su poca eficacia en el cumplimiento de la objetividad que profesan. La œnica forma de dar cuenta del fen—meno jur'dico y sus implicancias para la vida de las mujeres es desde una concepci—n que, partiendo del respeto a la diversidad humana, busque

métodos que permitan develar y deconstruir las discriminaciones que hasta ahora el derecho contribuye a crear. El lenguaje y su poder para crear realidades siempre requiere de interpretación y, nuevamente estas interpretaciones pueden tener como sentido contextualizar el derecho para proyectarlo democráticamente o sacralizarlo alejándolo de la realidad y haciendo de la experiencia del varón una experiencia que pasa por humana.

El derecho ha pretendido partir de una supuesta abstracción, separado de las relaciones y las instituciones sociales, de las realidades concretas de la vida social, y de las experiencias de conexión y comunidad. Y se ha separado de las realidades y experiencias concretas de quienes no forman parte del paradigma, de ahí que sus efectos sean discriminatorios mayoritariamente para el sexo asociado con la parte inferior de la dicotomía, es decir las mujeres. El derecho, sin embargo, no puede ser entendido, estudiado, aplicado e interpretado en abstracto, separado de las realidades concretas de la vida social e independiente de las relaciones sociales, políticas, económicas y de las instituciones legales, ya que ese análisis no permitiría visibilizar las relaciones sociales, las obligaciones entre los grupos y las conexiones entre la gente.

Este capítulo es entonces una invitación al análisis crítico del derecho que presenta nuevas dimensiones y concepciones del mismo y que permite con ello develar los diferentes roles que juega en la construcción de las relaciones, las obligaciones y las conexiones o separaciones entre los seres humanos.

SUPUESTOS IDEOLOGICOS, MECANISMOS E HITOS HISTORICOS FUNDANTES DEL DERECHO PATRIARCAL

Lorena Fries y Verónica Matus*

El derecho ha sido uno de los principales articuladores del paradigma de la modernidad, en tanto, desde él se instituye: la política (organización del poder)⁸⁹; se establecen mecanismos de control y vigilancia y un sistema de legitimidades. Es decir, el derecho como conjunto de normas e instituciones que regulan una sociedad, plasma un modelo político y social, una forma de organizarse y de convivir entre los seres humanos. Como fenómeno que regula la vida de hombres y mujeres el derecho refleja, por lo tanto, el modelo(s) de mujer y de hombre(s) y el tipo de relación entre los sexos, que se impulsa en una sociedad.

Las mujeres en las sociedades occidentales, en latinoamérica en particular, son discriminadas⁹⁰ en todos los ámbitos de sus vidas. Esta discriminación que viven en razón de su condición de género, además de expresarse en el ordenamiento jurídico, es mantenida y reproducida por un tramado normativo, dentro del cual el derecho juega un rol protagónico. Este define un modelo de estar en el mundo para las mujeres y les asigna un lugar y función subordinado al varón en nuestras actuales formas de convivencia humana. De acuerdo a Celia Amorós: "Es la propia sociedad la que ha constituido y organizado sus divisiones internas de manera tal que un grupo social determinado queda predestinado para ocupar un determinado espacio"⁹¹.

El derecho es una propuesta ideológica y estratégica que se va armando, a partir de elementos extrajurídicos provenientes tanto del campo de la teoría política y de la filosofía política, como de elementos e hitos propios de la ciencia jurídica y su desarrollo. Interrogarlo desde las teorías feministas permite evidenciar los mecanismos articuladores del sistema de género y avanzar en la reflexión/acción política para la incorporación plena de las mujeres en nuestras sociedades. Desde la práctica, experiencia y reflexión de las feministas, y más aún, desde la marginación e invisibilización del aporte de las mujeres a la humanidad, se ha configurado un conocimiento que en la actualidad permite describir, explicar y analizar el(los) origen(es), las causas, y los mecanismos de la desigualdad entre hombres y mujeres, a la vez que se propone explorar formas para superar ésta y otras formas de dominación que se mantienen fuertemente arraigadas en nuestras sociedades.

Para relevar el rol que el derecho ha tenido en nuestras sociedades evidenciaremos como el sistema patriarcal se reproduce a partir de los imaginarios

*Este texto corresponde a un capítulo de "El Derecho: Trama y Conjura Patriarcal". La Morada, Ediciones L'Homme, Santiago, 1997.

⁸⁹Se refiere a la distribución del poder del Estado, atribuciones y competencias de las autoridades de cada uno de los poderes así como a sus limitaciones.

⁹⁰Se asume la definición de discriminación contenida en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

⁹¹Amorós, Celia. Crítica a la Razon Patriarcal. Anthropos, 1990.

políticos hegemónicos occidentales, luego revisaremos aquellos mecanismos que, desde la ciencia jurídica consolidan en el derecho un sistema de subordinación para las mujeres. Finalmente, analizaremos como ambas se han expresado históricamente.

I. El derecho como expresión de un diseño de sociedad patriarcal

Nos referiremos brevemente a lo que llamamos elementos extrajurídicos que nutren al derecho de un imaginario de sociedad que se concretará a través de su sistema normativo.

La estructura del pensamiento filosófico, político y científico en occidente, descansa en una concepción del mundo y de los seres humanos forjada a partir de distinciones básicas, opuestas e irreconciliables. Esta forma de mirar el mundo y de analizar los fenómenos sociales y de la naturaleza, ha inspirado todos los imaginarios de organización social y política que los seres humanos se han dado y han nutrido el desarrollo y crecimiento del derecho.

Así, los modelos de relaciones sociales y políticas se estructuran desde una concepción de lo humano que opone masculino/femenino en una relación polar y excluyente. Lo humano hombre, conformado por cuerpo/alma-razón y finalmente cultura, no incorpora a la mujer, constituida desde el binomio cuerpo/-emoción, naturaleza⁹². Hombres y mujeres, quedan irremediablemente separados en la construcción de los sistemas de organización social occidental cristiana y, en general censuradas las posibles mediaciones entre uno y otro (presencia de elementos femeninos en los varones y viceversa). La experiencia masculina es asumida como experiencia humana dando lugar a un sistema de dominación regido por la oposición jerarquizada masculino/femenino. A ella se sobrepondrá otro binomio, público/privado que asignará espacios y roles distintos a hombres y mujeres⁹³.

El paradigma cartesiano consolida estos dos mundos opuestos, uno relevante al conocimiento objetivo, científico: el mundo de los objetos (femenino); y otro el mundo reflexivo: (masculino), el de los sujetos. Las ciencias descriptivas y explicativas de lo humano se han encargado históricamente de confirmar y nutrir esta separación a partir de afirmaciones que arrancan de la diferencia anatomofisiológica entre el sexo masculino y el femenino. Así, las concepciones religiosas de la autoridad con respecto a la subordinación de la mujer fueron sustituidas o complementadas desde el conocimiento biológico llevando las teorías más allá de los datos objetivos, para poder encajar las concepciones preestablecidas de la superioridad masculina y la inferioridad femenina.

⁹²Budo-Rey, María Jesús. *Antropología de la mujer, cognición, lengua e ideología cultural*. Promoción Cultural, Barcelona, 1978.

⁹³No siempre la distinción se ha hecho en términos de público/privado lo que hace parte de la complejidad de la distinción. Para mayor profundidad, ver Pateman, Carol. *Criticas feministas a la dicotomía público/privado*, en *Perspectivas Feministas en teoría política*. Paidós, Estado y Sociedad. Barcelona, 1996.

El pensamiento liberal confluye con el patriarcal⁹⁴ al establecer dos esferas separadas e independientes (público/privado) con funciones opuestas para hombres y mujeres y al excluir a las mujeres frente a la pregunta por la participación, es decir la pregunta por ¿quiénes debían ser considerados individuos libres e iguales. En efecto, recogen de la tradición del pensamiento filosófico y político, la oposición entre ámbito público y privado, expresados esta vez a través de múltiples conceptos que oponen Estado/familia, asuntos públicos/asuntos domésticos, sociedad civil/familia, etc. y que sirven para justificar la legitimidad del varón a participar en los asuntos públicos mientras que excluyen a las mujeres del ejercicio de derechos civiles y políticos, confinándolas a la familia y subordinándolas a la autoridad del marido. Su rol está dado ser-para-otros y cualquier transgresión a estos límites será resistida.

Supuestos grandes pensadores de la tradición occidental, desde⁹⁵ los contractualistas como Hobbes, Locke, el romántico Rousseau, y hasta los liberales como J.S. Mill contribuyen con sus teorías a radicar las concepciones sobre dicha distinción, legitimando el poder para los varones, y/o consagrando la familia patriarcal. Hobbes parte de la premisa de que todos los seres humanos son iguales en tanto todos son igualmente capaces de matarse unos a otros. Si la naturaleza no entrega los argumentos para la desigualdad, entonces, la autoridad debe necesariamente basarse en el consentimiento. Las mujeres quedan incluidas en esta argumentación. Son ellas las que en el estado de naturaleza ejercerán el "se-oro" sobre los hijos. Sin embargo esta concepción sobre el estado de naturaleza no explica que posteriormente las mujeres se encuentren subordinadas al marido, más aún si su tesis sobre la autoridad es que ésta arranca del consentimiento. Esta incongruencia lo lleva a decir que la familia se conforma "de un hombre y sus hijos, o un hombre y sus sirvientes, o un hombre y sus hijos y sirvientes juntos, respecto de los cuales el padre o amo es el soberano". Asume la familia patriarcal como la primera unidad política y social para finalmente en sus "Diálogos sobre el *Common Law*" establecer que la familia es una institución esencialmente natural. A partir de este enunciado Hobbes justifica la exclusión política de las mujeres subordinándolas al marido y no logra dar respuesta a su contradicción entre una concepción originaria igualitaria y una autoridad masculina sobre la mujer que presupone la desigualdad entre los sexos.

John Locke, filósofo inglés, cuyos aportes han sido considerados fundamentales para la ciencia política patriarcal tenía un dilema parecido. Parte aceptando que hombres y mujeres tienen igual poder sobre las y los hijos. Sin embargo, a pesar de que utiliza la "igualdad parental" para combatir el absolutismo en el ámbito político, también concluye que hay un fundamento en la naturaleza para la subordinación legal de la mujer a su marido. En definitiva, si bien el absolutismo en el ámbito de los asuntos públicos es repudiable, no lo es en los asuntos de familia.

El fundamento último está en la naturaleza ya que el hombre es más capaz y más fuerte. Justifica la exclusión política de la mujer sobre la base de que en la familia

⁹⁴Idem.

⁹⁵En realidad el origen de esta distinción se puede rastrear desde los filósofos griegos hasta nuestros días lo que hace que para muchos esta separación constituya una categoría transcultural y esencial a las sociedades humanas. Por supuesto, no estamos de acuerdo con dicha aseveración.

patriarcal, los intereses de la mujer se representan a la sociedad a través del marido. En efecto, la autoridad representativa en Locke era explicable en el ámbito público en tanto los intereses podían ser divergentes, no así en el ámbito de la familia en el que el marido era la autoridad y bien podía representar intereses menores, entre ellos los de la mujer. Tanto en Hobbes como en Locke finalmente el tema no es el individuo y su relación con la sociedad política y con la familia sino la autoridad masculina de la familia y su relación con la sociedad.

Jean Jacques Rousseau, uno de los filósofos más representativos de la tradición occidental parte también del estado de naturaleza, momento en el que hombres y mujeres, salvajes, solitarios y sin lazos, se asimilan al estado animal. Allí no hay conflictos y hombre y mujer son autónomos, libres y por ende iguales. Buscan satisfacer sus necesidades e impulsos, no existen relaciones estables y si bien la mujer es la que reproduce la especie, no existe más relación entre madre e hijo/a que la de que éste aprenda a sobrevivir. La familia, así como la sociedad y el Estado, para Rousseau, no son naturales y más bien productos históricos del desarrollo o evolución (involución⁹⁶) de los seres humanos. Es un producto cultural que se instala a mitad de camino entre el estado de naturaleza y la segunda revolución marcada por la división social del trabajo y la propiedad privada de la tierra, época de la que emergen las desigualdades que rechaza. Este período intermedio constituye para él la época de oro, aquella en que el paso del nomadismo al sedentarismo da lugar a la familia nuclear patriarcal. Sin embargo, esta época caracterizada por la subordinación y dependencia de la mujer al hombre en la familia, no es señalada por él como una época de desigualdades. No explica cómo llega del estado de naturaleza o necesidad, en su caso, a la familia nuclear patriarcal y se contradice al fijar como valores la autonomía y la libertad del ser humano, para negárselos a las mujeres. Afirma la autoridad del marido sobre la mujer en base a los siguientes argumentos: Se requiere de una sola autoridad para dilucidar aquellos asuntos en que hay dos opiniones y no hay acuerdo; la mujer dada su función reproductiva se ve afectada por malestares en algunos períodos de su vida que limitan su actividad; y la más importante, la incerteza de la paternidad requiere que el marido tenga facultades de supervisión y control sobre la mujer⁹⁷.

Rousseau centra su teoría política en la necesidad de minimizar las desigualdades y encontrar el sistema político que permitiera lograrlo⁹⁸. El Estado, para Rousseau, implica la renuncia a la libertad natural a cambio de la libertad civil de los ciudadanos que bajo éste se amparan. Las desigualdades se compensan a través de la sociedad política y la igualdad entonces, es la condición para la existencia del derecho a participar en el cuerpo político. De allí viene su concepto de "voluntad general", es decir, la unión de los hombres libres para la libertad. Sin embargo, ideas tan nobles de lo humano y de la convivencia quedan reducidas al género masculino en tanto no son aplicables a la familia para compensar las desigualdades existentes en su interior. Más aún, sus propios escritos expresamente excluyen a las mujeres de la

⁹⁶Rousseau se refería a su época como una etapa de involución en el desarrollo de la sociedad.

⁹⁷Moller Okin, Susan. *Women in Western Political Thought*. Séptima edición. Princeton University Press, 1992; Facio, Alda. *Hacia otra teoría crítica del derecho*, en este mismo texto

⁹⁸Toda su teoría política se desarrolla en el "Discurso de la Igualdad".

vida política en razón de que pertenecen a otro espacio y son de naturaleza distinta a la del hombre. Esto queda de manifiesto en su obra "Emilio" en donde desarrolla las ideas para la educación diferenciada de hombres y mujeres. "Una mujer sabia es un castigo para su esposo, para sus hijos, sus criados, para todo el mundo. Desde la elevada estatura de su genio, desprecia todos los deberes femeninos, y está siempre intentando hacerse a sí misma hombre".

En síntesis, cada uno de los principios que fundamentan la filosofía de Rousseau; el principio de igualdad y el rechazo al "derecho del más fuerte", el principio de igualdad política y la auto-determinación para elegir gobierno, no se aplica a la mujer. Más aún, al igual que Aristóteles y Locke, por nombrar algunos, termina reafirmando la distinción Estado/familia, público/privado y atribuyendo naturalezas y funciones distintas a hombres y mujeres en los respectivos espacios.

John Stuart Mill es quizás uno de los pensadores que hace de la igualdad política entre hombres y mujeres su principal postulado. En efecto no se trata, dentro de la corriente utilitarista y de los aportes que recoge de las corrientes socialistas⁹⁹, de que sólo las mujeres logren mayores grados de felicidad, sino que también la sociedad en su conjunto. A mayor desarrollo del intelecto y de las potencialidades de los seres humanos, aumenta la calidad de la convivencia entre unos y otros. La superación de las desigualdades entre hombres y mujeres es, para Mill, una muestra del progreso de las sociedades. Rechaza las justificaciones biológicas sobre la inferioridad de las mujeres y señala que es el sistema y la falta de oportunidades para las mujeres, en todos los campos fuera de lo doméstico, el que determina las diferencias entre hombres y mujeres.

Reconociendo la importancia de su aporte, cabe señalar que al igual que sus predecesores, distingue dos esferas, la del Estado y la de la familia. Es su concepción sobre esta última la que limita sus postulados y premisas feministas. Su ideal de familia es la burguesa y en ese sentido él analiza la situación de las mujeres "dueñas de casa" de clase media. Si bien por una parte rechaza la legalización de la opresión a través del matrimonio, por otra considera a la familia como esencial para la humanidad. Más aún Mill aboga por la división sexual del trabajo en la familia al señalar que si bien las mujeres tienen que poder optar por una carrera, lo probable es que sigan prefiriendo el matrimonio, que para estos efectos, debe ser considerado como una carrera. Por ello, argumenta, las mujeres mantendrán una relación más cercana con los hijos/as y finalmente son irremplazables en la educación de los mismos. Desconoce para las mujeres la fuerza de otros factores de presión y justifica la división sexual del trabajo al interior del hogar al decir que ésta es producto del consentimiento o la costumbre, en definitiva de un contrato entre ambos que no requiere intervención. Parte con ello, de la base que las mujeres *a priori* han dado su consentimiento para la subordinación frente a la autoridad masculina en la familia.

⁹⁹Owen, Fourier; Saint, Simon y otros socialistas utópicos.

II. El derecho y sus mecanismos de mantenci—n y reproducci—n del sistema de gēneros

Las distinciones y categorías que en el derecho se consagran constituyen una compleja construcci—n cultural difícilmente desmontable desde la sola mirada jurídica. En efecto, la ideologí a que la ciencia jurídica esconde es una polític a que permite sostener que el parámetro de lo humano es el var—n. El derecho constituye una mirada del mundo que se cierra sobre sí misma no permitiendo la entrada de otros saberes, sino en la medida que reafirma su forma de conocer. El método lógico deductivo (dogmática jurídica), las normas de interpretaci—n (hermenéutica jurídica) y los principios doctrinarios sellan la realidad que se quiere imponer, sobre la realidad que hombres y mujeres viven. El derecho mantiene una coherencia estratégica que se expresa en la discriminaci—n y/o exclusi—n histórica de las mujeres.

El razonamiento jurídico se funda en un conjunto de operaciones racionales que lo sustentan. La mirada binaria de las sociedades occidentales, consagra una forma de ver el mundo, en opuestos irreconciliables. Al ser trasladada al sistema normativo se traduce en la construcci—n de dicotomías. La jerarquizaci—n y sexualizaci—n de esta diferencia siempre significa subvaloraci—n del término inferior, que coincide con el femenino. En el derecho se manifiesta en los lugares que establece para el desarrollo de la convivencia social y política. Así, el espacio público es el opuesto del privado que resulta ser el término inferior. La dicotomizaci—n como forma de ver el mundo niega la diversidad en tanto se es o se está en lo "uno" positivo o bien se es o se está en lo "otro" subvalorado. La relaci—n del hombre-var—n con el entorno es una relaci—n entre opuestos en la que el hombre es lo uno y la mujer es lo otro negado.

Las normas jurídicas deben ser diseñadas de forma tal que sean aceptadas por las y los miembros de la sociedad que van a regular. Ello se logra a través de la legitimidad de la autoridad que la dicta y por la propia racionalidad jurídica. El recorrido metodológico del legislador para la creaci—n de normas jurídicas requiere de una declaraci—n que abarque la mayor cantidad de situaciones para ser subsumidas en dicha norma. Estas normas deben ser capaces de comunicar su aplicabilidad más allá del caso concreto con el fin de crear y mantener un determinado tipo de sociedad, de comportamientos y conductas humanas. Para ello acude a la abstracci—n y universalidad¹⁰⁰ como forma de lograr este objetivo. Las diferencias se abstraen en un sujeto cénico y universal sustentado en un parámetro de lo humano, el var—n. Las diferencias constitutivas de lo humano, cualesquiera éstas sean (etnia, raza, sexo) quedan excluidas después de realizar esta operaci—n. De esta forma el derecho se erige en uno de los sistemas normativos que mantienen y reproducen el sistema de género.

¹⁰⁰Young, I.M. Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal: "Universalidad como las leyes y reglas que enuncian lo mismo para todas las personas y que, por tanto, deben aplicarse de forma idéntica a todas ellas; o lo que es lo mismo, leyes y reglas que, por emplear una formulaci—n habitual del pensamiento liberal, son ciegas a las diferencias individuales o grupales".

El principio de igualdad ante la ley demuestra como se invisibilizan las diferencias y se dicotomiza en el proceso de regulaci—n. La ley se aplica a todos los seres humanos por igual, no haciendose cargo de las diferencias entre hombres y mujeres. Sin embargo, la diferencia es considerada para marcar la desigualdad y la aplicabilidad del principio a aquellos que son pares. A fin de cuentas da un tratamiento igual a los iguales y un tratamiento desigual a los desiguales. En el dif'cil mecanismo que sustenta el principio de igualdad, no hay lugar para pensar las diferencias reales y/o relevantes entre hombres y mujeres.

La abstracci—n universal, en consecuencia, es m's que un m'todo, es una manera de instalar una visi—n del mundo: la masculina. Tras ella se invisibiliza la diferencia sexual, se universalizan las cosas y personas, y se las convierte en esenciales, en tanto aparecen con atributos propios, espec'ficos y permanentes. El mensaje es que las mujeres son de una determinada manera y el derecho reconoce su naturaleza.

El proceso de objetivaci—n est' relacionado con el principio de abstracci—n universal, en tanto el primero asegura el camino a la universalizaci—n y a la imposici—n de una mirada cénica. Aquel dota de argumentaciones (supuestamente verificables a trav's de los sentidos y por tanto afirmaciones) de poder a las normas en su camino a la universalidad. Las normas jur'dicas subsumen la realidad homolog'ndola al postulado universal y minimizando la riqueza de las circunstancias y las diversidades humanas que se dan en la pr'ctica. El resultado en t'rminos de contenido y de forma es una supuesta neutralidad que considera al individuo (asexuado) o al Estado (as'ptico) como representante del inter's particular o colectivo que se reafirma en la aplicaci—n "neutral" de la norma. El derecho se convierte as' en un instrumento de dominaci—n que fija como medida universal el par'tmetro masculino, desde el cual se mira, siente y vive el mundo. Estos aspectos son centrales en la ense-anza del derecho y contribuyen a reforzar la idea que detr's de la ley no hay emoci—n, que 'sta es fr'a e impersonal, que no hace distingos entre las personas y por tanto es justa.

III. Hitos relevantes en el desarrollo del derecho y el reforzamiento del sistema de g'neros

Hist—ricamente, los hitos relevantes que legitiman al var—n como titular del poder dicen relaci—n con la ideolog'a jur'dica y la consecuente forma y estructura que 'sta asume para conformar un sistema de coherencias estrat'gicas. Pese a responder a naturalezas distintas y a su concreci—n en diversos tiempos, adquieren especial importancia los procesos de codificaci—n y sus productos, c—digos civiles y penales, el principio de igualdad y los procesos de constitucionalizaci—n.

El proceso de codificaci—n va m's all' del significado particular de las normas que contiene. Los c—digos son una expresi—n de los procesos de objetivaci—n y abstracci—n universal, y conforman un sistema global de exclusi—n referido a un s—lo sujeto que asume la representatividad de todos. El principio de igualdad es una de las expresiones ideol—gico-pol'ticas que refuerzan la aparente neutralidad del derecho al aludir a un sujeto cénico, total y asexuado que es el titular de derechos en el espacio de lo p'blico. Finalmente, los procesos de constitucionalizaci—n son el punto en que

se entraman la ideolog' a pol' tica y la jur' dica, dando lugar a un determinado modelo de organizaci—n social.

1. La codificaci—n como forma de estructurar el lenguaje normativo

"C—digo" en lenguaje jur' dico es un conjunto de normas organizadas de acuerdo a un orden, dotado de una unidad de materia, vigentes para todo el territorio y dirigidas a todos los soebditos de la autoridad estatal, emanado y publicado por esta autoridad. Son el resultado de procesos hist—ricos y pol' ticos de la Źpoca y se instalan como sistema que uniforma la realidad de hombres y mujeres.

Los c—digos tienen, por una parte, el carřcter de un libro de leyes que expresa la voluntad pol' tica de la autoridad de expandirse en un determinado territorio (Estado) y por otra, la definici—n y conocimiento de las materias reguladas y del sistema bajo el cual se estructuran las normas, m' s all' de los l' mites de tiempo y espacio. Es decir, tienen vocaci—n de universalidad y objetividad. Ambos principios rectores de la codificaci—n coexisten a pesar de que son expresiones de corrientes distintas en el derecho. En todo caso, se trata de homologar la forma de conocimiento del derecho a aquellas que provienen del campo de la ciencia emp' rica que tienen por objeto la verdad objetiva.

Los c—digos responden a una concepci—n del derecho en la que a cada problema jur' dico corresponde una respuesta cierta que, a su vez, consiste en la soluci—n derivada de premisas ciertas. Este tipo de raciocinio (constitutivo de nuestro pensamiento occidental) lleva a una estructura del precepto legal particular: proposiciones que, como tales, son predicados de una cualidad de un ente. El ente equivale al sujeto gramatical, las cualidades son las condiciones del sujeto (padre, hijo, caballero) junto a las situaciones en que Źste se encuentra (heredero, vendedor, etc.), y los deberes, las obligaciones y los derechos subjetivos¹⁰¹.

Bajo este enfoque, las proposiciones jur' dicas son siempre "verdaderas". En tanto tales, son coherentes y no contradictorias, y por lo tanto, susceptibles de relaciones l—gicas homologables a cualquier otro tipo de proposiciones. Cualquier proposici—n jur' dica por tanto, puede ser conocida a partir de las relaciones l—gicas que se instituyen entre las proposiciones en general. El c—digo no es una recopilaci—n de leyes sino que plantea axiomas generales y fundamentales desde los cuales deductivamente se puede llegar a todas las soluciones jur' dicas requeridas, y por otra parte, puesto que la deducci—n l—gica tiene l' mites, se resuelven las dudas trabajando sobre las cualidades de los enunciados jur' dicos, es decir sobre conceptos que puedan comprender el t' rmino o proposici—n en cuesti—n. En este sentido, mas all' del precepto, es la sistematicidad y l—gica de la relaci—n entre las normas la que da certeza al derecho. Esta manera de concebir el derecho es oetil a la ciencia del derecho pero no as' a la creaci—n jur' dica. La idea de legislar era (y de alguna manera sigue siendo) vista como un error te—rico pues el desaf' o consist' a en el descubrimiento de nuevas implicancias en el derecho ya codificado.

¹⁰¹Tarello, Giovanni. *Cultura jur' dica y pol' tica del Derecho*. Pol' tica y Derecho, Fondo de Cultura Econ' mica, M' xico, 1995.

Las principales codificaciones son aquellas que se desarrollan durante el siglo XVIII, en materias de derecho civil y penal. Inspiradas en Leibniz y Domat la codificación resuelve tres problemas que complican a los legisladores de aquella época. En primer lugar, la complejidad que presenta la pluralidad de status de los individuos o pertenencias a clases, principalmente desarrollada durante la Edad Media y que se resuelven por la vía de la abstracción y uniformación en un sujeto único. En segundo lugar, la pluralidad de modos de usufructo de los bienes que se soluciona a través de la creación de una propiedad abstracta, separada del objeto o función de la misma, vía disminución del número de proposiciones jurídicas en relación a los derechos de usufructo y disposición de bienes. Se establece el dominio como derecho absoluto de un sujeto implícito "hombre" sobre un bien, de modo que las limitaciones a éste puedan ser sólo temporales y excepcionales. Por último, la variedad de los bienes jurídicos (valores protegidos por el derecho penal) existentes con anterioridad se reducen a través de la represión coercitiva y estableciendo grandes categorías de penas en materia penal.

Sin duda, el sistema de reglas jurídicas más simple es aquel en que el sujeto es único. Así, el sistema global se configura sólo sobre tres tipos de reglas: las que definen los predicados asignados al sujeto, las que atribuyen o revocan atribuciones de los predicados respecto del sujeto único, y las que regulan la compatibilidad entre los predicados. La multiplicidad de sujetos, en realidad predicados de la norma, llevaba a que las reglas se multiplicaran por el número de sujetos y se introdujeran otro tipo de reglas relativas a las relaciones entre sujetos.

Se introduce en el derecho una distinción entre los adjetivos que van en parejas contradictorias y aquellos que van en grupos que se sobreponen o se excluyen parcialmente. En el primer grupo los adjetivos corresponden a los sujetos que necesariamente tienen una u otra cualidad: macho-hembra, mayor-menor de edad, etc. En el segundo se ubican los adjetivos que no necesariamente excluyen uno de los términos comprendidos: noble-caballero-cura- etc. Para Domat, los adjetivos en parejas contradictorias corresponden a cualidades naturales mientras que los otros a cualidades artificiales. Los adjetivos que corresponden a opuestos irreconciliables se asumen como permanentes y totales. La diferencia macho-hembra, hombre-mujer, por lo tanto, es incorporada como opuesto irreconciliable y se traslada del derecho natural a los códigos civiles. Por su parte, los adjetivos que admiten combinaciones reflejan los cambios en los contextos históricos y culturales.

El proceso de codificación pone fin a una concepción del derecho amparada en las particularidades de las relaciones que se estructuran y desarrollan en una sociedad. A partir de la codificación, no caben "excepciones" y todas pasan a ser concebidas y definidas de acuerdo al mismo parámetro, el de la subordinación frente al varón y la distinción público/privado. La existencia de un sujeto único es el resultado de un proceso de abstracción y objetivación que constituye a un sujeto necesariamente fuera de sus contextos. Las formas de organización social y de convivencia entre hombres y mujeres constituidas sobre la base de lugares específicamente asignados para unos y otros (mujer/privado-hombre/público) y en

los que las mujeres eran consideradas inferiores, evidencia que la abstracción del sujeto cénico y su supuesta neutralidad se constituye desde la mirada masculina. Por lo tanto, el principio de economía con que se argumenta la creación del sujeto cénico de parte de los juristas, hizo del varón el parámetro de lo humano en materia de ciudadanía y de relaciones jurídicas en las esferas pública y privada.

El Código Civil de Napoleón establece distintas categorías de sujetos y distingue, en primer lugar, entre aquellos que pueden hacer uso de todas las reglas: varones, sanos de mente y preferentemente casados; en segundo lugar aquellos que pueden hacer uso de algunas de las reglas: mujeres mayores, no casadas o viudas; y, en tercer lugar, aquellos que definitivamente no pueden hacerlo por sí mismos: como las mujeres casadas.

De estos preceptos se desprenden las relaciones entre aquellos que tienen todos los derechos y aquellos que no y se establece una relación de dependencia entre los primeros y los segundos, y al mismo tiempo se estatuye el objeto de quienes ejercen los derechos, en otras palabras de las relaciones de posesión respecto de los bienes. El sujeto cénico del código civil se revela como un sujeto específico varón y no como el sujeto universal que aparenta ser, dejando al margen a grupos en razón de su sexo, clase, raza, estado de salud, edad o modos de comportamiento.

2. El principio de igualdad y el sujeto cénico

En el contexto de fines del siglo XVIII, y como consecuencia de la Revolución Francesa, la ideología igualitaria se traduce en postulados de igualdad ante la ley, que se estructuran a partir del sujeto cénico. En los hechos se refiere a una igualdad frente a las diferencias de clase y religiosas, entre pares varones. El principio de igualdad ante la ley fue la cristalización de la lucha de una clase por ser incorporada al poder y el freno a la autoridad absoluta a partir de un estatuto de derechos humanos. Sin embargo, la incorporación de las mujeres no fue considerada, puesto que este movimiento fue pensado para transformar la realidad de algunos sectores de varones que, constituidos en una nueva clase, exigían su derecho a ser incorporados. Con posterioridad y, a partir del concepto que encierra el principio de igualdad, otros sectores fueron exigiendo su incorporación a la sociedad política y civil (es el caso de los obreros, inmigrantes, etc).

¿Qué es la igualdad? ¿Se postula ser igual a qué o a quién? ¿Es posible considerar a hombres y mujeres iguales teniendo en cuenta sus explícitas diferencias? El término idéntico se utiliza como sinónimo de igual, y la identificación dice más relación con aquellos que, básicamente no son diferentes físicamente. Epistemológicamente el principio de igualdad no fue un intento de superar todos los tipos de discriminación sino aquellas que en el espacio público se vivían entre grupos de varones.

El derecho introduce diferencias que en la práctica hacen que el sujeto cénico, como abstracción necesaria para la existencia de leyes breves, precisas y claras, requiera un soporte ideológico: la igualdad. Al revés, el proceso de objetivación,

abstracción universal y neutralidad permiten a la ideología de la igualdad concretarse en el derecho. Así igualdad política y sujeto cénico confluyen para organizar la vida social de hombres y mujeres en la igualdad jurídica o "ante la ley".

A la hora de los resultados, sin embargo, queda más claro el logro respecto del sujeto cénico que respecto a la igualdad. En efecto, la unidad del sujeto de derecho expresada en el Código Napoleónico y el Código Civil Universal Austríaco, de 1804 y 1811 respectivamente, y el Código Penal de José II de 1787 y el de Napoleón de 1810, es el logro de este proceso. Sin embargo, no se consideró al sujeto mujer como parte de los sujetos discriminados respecto de los cuales se buscaba la igualdad. Así la diferencia hombre/mujer se instalaba de forma discriminatoria en la limitación de la capacidad jurídica a la mujer, en el caso del código civil. Tampoco se explicita la discriminación sobre el sujeto mujer entre quienes podrían ser agresores o víctimas de un delito pero sí en las atenuantes o agravantes de la acción delictiva, normas en las que ser de uno u otro sexo hacía una gran diferencia a la hora de adjudicar o eximir de responsabilidades penales. Es esta técnica de regulación que consagra al sujeto cénico a la vez que mantiene las diferencias en el predicado del enunciado jurídico, la que se consolida y da lugar al objetivismo jurídico.

La igualdad ha sido reivindicada tanto política como jurídicamente por las mujeres: igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades, igualdad de trato, etc. En una primera etapa, se trataba de exigir a la razón de la igualdad el máximo de razonabilidad. En una segunda, el concepto se complejiza complementándose con el principio de no discriminación, hasta abrirse al tema de la diferencia. En efecto, la igualdad, en tanto concepto, ha presentado complicaciones en su aplicación que han llevado nuevamente a situaciones de discriminación. Una muestra de ello es lo que dice relación con la función y el lugar que mujeres y hombres cumplen en el ámbito de la reproducción biológica. Reconocida esta diferencia, cabe hacerse la pregunta si la sola premisa de la igualdad permitiría superar la discriminación de las mujeres. Por otra parte, las medidas de discriminación positiva o acción afirmativa, que promueven la igualdad de las mujeres en el ámbito del trabajo remunerado o de la participación política, no alteran los lugares y funciones asignados a las mujeres en el ámbito privado. Así, estas iniciativas se traducen en un mayor costo social para las mujeres quienes, además de sus roles tradicionales y de su incorporación al mercado formal del trabajo, deben asumir la participación en instancias de poder político, en desigualdad respecto de los varones por el aumento de las responsabilidades¹⁰².

3. La constitucionalización del sistema jurídico

La concepción sistémica del ordenamiento jurídico es una construcción intelectual producto de un largo proceso de desarrollo del derecho. Se funda en el derecho natural racionalista que a través de ciertos axiomas fundamentales y proposiciones generales da respuesta a los problemas jurídicos a través de un juego lógico deductivo. Completar esta trama la institucionalización del principio de igualdad de la Revolución Francesa, el principio de división de poderes, y el de

¹⁰²Para mayor profundización, ver Facio, Alda. Hacia otra teoría crítica del Derecho, en este mismo texto; Williams, Joan.

legalidad que se articularán desde sus respectivos lugares ideológico-políticos e ideológico-jurídicos, en los textos constitucionales a partir del siglo XIX.

El positivismo (siglo XIX) profundiza esta concepción al buscar el elemento sistémico del ordenamiento jurídico en el derecho positivo, es decir en el conjunto de normas que conforman la legislación vigente de una comunidad jurídico-política. De acuerdo a Kelsen "todo el amplio y diverso conjunto de las normas jurídicas se deriva en cascada a partir de una norma hipotética fundamental". El ordenamiento jurídico es, de acuerdo a este autor, una construcción escalonada en la que las normas más abstractas y generales se sitúan en la cúspide y las más concretas y particulares en su base. El derecho formal se conforma sistemáticamente a partir de su propia unidad lógica y a través de la validez en cadena de cada uno de sus preceptos. En esta jerarquía de las leyes y su validez se asienta la legitimidad de la ley, fundamento del principio de legalidad. Este opera el principio de división de los poderes del Estado y permite determinar un sistema de control último en el campo del derecho puesto que impone la independencia de las autoridades, en particular legisladores y jueces. Esta independencia se traduce en la sumisión absoluta de los jueces al imperio de la ley. A la par, el principio de división de poderes se instala en el derecho, dando lugar a la generación de organizaciones político-jurídicas, principalmente el poder legislativo, que a través del voto radica en las mayorías la capacidad de decisión de los intereses que se representan¹⁰³.

Legitimidad y legalidad se identifican. "El dominio de la ley se ejerce según reglas previas, las normas jurídicas, y presenta la característica singular de que también él que ordena o decide está obedeciendo normas jurídicas. Consecuentemente, la aceptación de tales normas supone la aceptación de las actuaciones de quienes ejercen el poder". Así, las constituciones no sólo reconocen este principio sino que establecen la sumisión de los poderes públicos.

Las constituciones se erigen como actos fundacionales de los modos de organización social y políticos. Son, además, la razón político-política que el pueblo, a través de sus representantes, está llamado a darse. La constitución sienta las bases de la convivencia, organiza el poder y fija sus límites. Es constituyente del orden jurídico (norma primera y fundamental) pero también lo es del orden social y político, y de una concepción político-filosófica que se manifiesta, en primera instancia en la consagración del principio de igualdad, y progresivamente con la incorporación de los derechos humanos. En efecto, la constitución es la norma jurídica por excelencia y en tanto tal, la más abstracta y general del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista del lenguaje jurídico, ésta resulta un híbrido entre los dos elementos que la componen. Desde la perspectiva política, las constituciones son fundacionales de un modelo de organización política y social, de ahí que el lenguaje general que se utiliza resulte ambiguo en relación a la integración de una diversidad de sujetos. Desde la perspectiva jurídica, los textos constitucionales son la expresión de la

¹⁰³ Hay que considerar que la representación política a lo largo de la historia se ha ido ampliando y que las mujeres son el último grupo incluido.

racionalidad jurídica. Como consecuencia de ello, el lenguaje tiende a abstraer en un sujeto cénico las situaciones que regula a través de sus preceptos¹⁰⁴.

Finalmente, es el derecho en su conjunto, más allá de sus delimitaciones en torno a las materias que regula, el que a través de su trama configura lugares, funciones y modelos de lo femenino. Así, la tradicional distinción entre el derecho constitucional, el derecho civil y, dentro de éste el de familia, y el derecho penal se escinden, no permitiendo ver las relaciones que entre ellos existe en relación a la vida de las mujeres. Así, los textos constitucionales que establecen los principios básicos que regularán la convivencia en un territorio y una comunidad de hombres y mujeres determinada se inscriben dentro del ámbito de lo público y significan el espacio privado en relación a la familia como un espacio de no intervención con la lógica pública. Serán las normas de familia las que regularán a través del matrimonio, las que regulen las posibilidades de acción de las mujeres en dicho ámbito, y las normas penales las que establecerán los límites últimos al tipo de convivencia. La trama jurídica obliga a intervenir el derecho en tanto fenómeno integral para darle un lugar en el mundo a las mujeres que posibilite el desarrollo de sus planes de vida en tanto competencia que se desarrolla en el transcurso de sus experiencias.

IV. Conclusiones

1. El derecho y la consagración de espacios simbólicos para hombres y para mujeres

El feminismo ha develado la relación que existe entre la distinción público/privado en términos de una reafirmación de la familia patriarcal y de la justificación para que las mujeres queden excluidas de la política. También ha develado que esta distinción estructura diferenciadamente el espacio físico y simbólico asignado a la mujer¹⁰⁵ para su función de reproducción social y biológica (privado), y el espacio público, como el lugar en que el género masculino define real y simbólicamente la función que tienen unos y otras en las identidades personales, y organización social y política. Mientras este espacio es el lugar de la relación entre pares varones el ámbito privado no es el lugar de relación entre pares mujeres sino que aquí que existe en función de las necesidades del primero. Lo público y privado es una distinción ficticia que desde el poder androcéntrico ordena el lugar de todos aquellos que no constituyen el parámetro de lo humano, el varón.

El derecho también usa esta distinción para referirse a dos ámbitos de regulación. Al desnudar la ideología que hay detrás del derecho, la mujer aparece como poseída en su negación; es objeto de posesión en lo que ella no es, y no puede ser lo que quiere porque su identidad es en función del otro que la define. Toda relación entre hombres y mujeres que se estructure de acuerdo a esta distinción

¹⁰⁴Ver artículo en este mismo texto de Calvo, Yadira, "El Lenguaje del Derecho", para mayor profundidad sobre el tema.

¹⁰⁵Cuando se usa aquí la categoría "la mujer" es para significarla como categoría de subordinación, por lo tanto común a todas las mujeres. Ello es concordante con la visión patriarcal que naturaliza a las mujeres y les atribuye a todas las mismas características.

n, despoja a la mujer de su humanidad. La cultura jurídica dominante se encarga de asimilar los términos privado e íntimo ocultando las situaciones de discriminación que las mujeres allí viven, despojando la intimidad del sentido humano que tiene para hombres y mujeres, y fijándolo en un espacio y rol previamente determinado. Cuando se intenta modificar desde el derecho las relaciones existentes en lo privado, el argumento que resuena es el de estar invadiendo la intimidad de la familia. Las mujeres no podrán vivir en sí mismas el silencio y consciencia de sí mismas y los varones deberán asumir la de todos aquellos que se encuentran sometidos a su dominio. Lo público, por su parte, se reserva como lugar exclusivo de ejercicio del poder perdiendo el carácter de espacio colectivo en el que la acción común define y redefine la convivencia, sin lugares vedados, sin opuestos irreconciliables, y en el que se pueda transitar humanamente los múltiples espacios que hombres y mujeres crean en su tránsito.

Esta separación, no cuestionada desde la ciencia jurídica, tiene sin embargo, resultados para la convivencia que se expresan en que las mujeres no han sido reconocidas en su diferencia sexual, como titulares de derechos humanos. Por otra parte, la distinción misma atenta contra una visión integral de los distintos ámbitos de la interacción humana, al invisibilizar y privatizar cierto tipo de relaciones humanas y valorar otras. Aquellas dimensiones que se viven en el ámbito privado, como la sexualidad, el afecto, las relaciones familiares, el placer y la reproducción, permanecen invisibles y son desvalorizadas frente a aquellos ámbitos que se desarrollan en lo público. Desde el punto de vista de la regulación todos las dimensiones humanas que se desarrollan en lo privado se sumergen en el matrimonio que queda como única forma aceptada desde lo público para vivir estas dimensiones claves para la convivencia. Así, el derecho, más que un propósito de convivencia, se reafirma en su finalidad de disciplinar un modelo asimétrico de relaciones.

Esta articulación entre el sistema de género y las distinciones y categorías que consagra el derecho, constituyen la ideología que la ciencia jurídica esconde. Se trata de una política que permite sostener que el parámetro de lo humano es el varón. Así, el lenguaje jurídico adquiere un poder simbólico que va más allá del lenguaje común puesto que en sí mismo contiene las definiciones, categorías y sentidos para su propia interpretación. Define realidad en el lenguaje y con ello, la crea. El derecho, en definitiva, constituye una mirada del mundo que se cierra sobre sí misma no permitiendo la entrada de otros saberes, sino en la medida que reafirman su forma de conocer. El método lógico deductivo (dogmática jurídica), las normas de interpretación (hermenéutica jurídica y los principios doctrinarios) sellan la realidad que se quiere imponer más allá de la realidad que hombres y mujeres viven.

La certeza jurídica en su inmanencia e inmutabilidad, disciplina e invisibiliza aquellas múltiples y transitorias certezas constitutivas de los actos humanos, cerrándose a las múltiples posibilidades de acción que surgen en la vida cotidiana. En este sentido, el sistema jurídico no recoge el dinamismo propio del acontecer social, más aún, es refractario a los cambios que hoy por hoy se suceden cada vez con mayor rapidez. Al ser humano, hombre o mujer sólo le cabe seguir el camino del

disciplinamiento en el modelo determinado si quiere ser aceptado. En tanto definidas por el derecho, las mujeres quedan atrapadas en el plano simbólico de la objetividad que no es otra cosa que el arbitrio del legislador y del juez, en una universalidad cuyo parámetro es masculino, en una serie de distinciones y jerarquizaciones que esconden las diferencias haciéndolas pasar por "naturales", en un orden que precede la cultura y que por tanto, no tiene tiempo. Las mujeres atrapadas y tratadas en el derecho sólo tienen una posibilidad, ser mujeres de acuerdo al derecho para ser legítimas en una sociedad.

En efecto, las actuales formas de organización social dan lugar a modos de vida en los que hombres y mujeres condicionan y son condicionados a una forma de ser y de relacionarse que principalmente se ordena y disciplina desde el derecho. La vida de las mujeres se ve, por tanto, limitada o ampliada de acuerdo a las posibilidades de acción y de relación que en dicha organización social se les consagren a través del derecho. Una convivencia que reconoce la existencia de una legítima otra diferente y no tiene como parámetro la igualdad universal y absoluta, amplía posibilidades haciendo una gran diferencia frente a las formas de organización social existentes. En efecto, los modelos de sociedad imperantes se traducen en el reconocimiento de ámbitos específicos de convivencia y niegan o subvaloran otros ámbitos que en la práctica también estructuran relaciones que constituyen el tramado de la convivencia entre seres humanos.

La preferencia por la convivencia en la diversidad como finalidad del derecho, permite mirar todos los espacios en los que ésta se desarrolla y a quienes la crean y recrean. Desde esta preferencia, al derecho no le cabe valorar ciertos ámbitos de convivencia por sobre otros y otorgar legitimidades a unos en desmedro de otros. Más bien le corresponde recoger de la realidad las múltiples manifestaciones de convivencia a que dan lugar las relaciones humanas y reconocer la diversidad de los sujetos que la van creando.

2. El derecho como modelador de las identidades masculina y femenina

El modelo de organización social y política que impone el derecho se sustenta en el grado de aceptación y cumplimiento que de estas normas jurídicas hagan hombres y mujeres. Sin embargo, ello es sólo una ficción puesto que es desde el género masculino y su visión del mundo que se define el tipo de convivencia. Los jueces, legisladores y abogados, son quienes desde su legitimidad concurren con sus preferencias a la mantención y reproducción de éste. Así, las normas jurídicas se sustentan en una concepción androcéntrica cuyo resultado implica un proceso distinto para hombres y mujeres; mientras la mujer debe adecuarse al modelo de convivencia instituido; en otras palabras debe aceptar la subordinación al varón y limitar su autonomía vital a los espacios definidos para ella; el varón se define y redefine constantemente como parámetro de lo humano en todas las dimensiones de su humanidad. De este modo se consagra como legítimo al varón; él es el sujeto titular del derecho. También desde el sistema normativo, se refuerzan y reproducen roles y lugares para el quehacer de hombres y mujeres y se asignan valores distintos a unos y

otros, de tal forma que define las identidades femenina y masculina, en un tramado que, con otros sistemas normativos, mantiene y reproduce una determinada cultura.

Desde el punto de vista de las alternativas que tienen las mujeres frente a esta forma de organizaci—n de las relaciones, el panorama es desolador. En primer lugar, los sistemas normativos en general y el jur—dico en particular le asignan ideol—gicamente un lugar preponderante si no exclusivo en el ambito de la reproducci—n social y biol—gica. El nudo central es el control de la sexualidad de las mujeres frente a la incertidumbre de la paternidad, una necesidad del var—n frente a la diferencia biol—gica (s—lo engendra). La duda sobre su descendencia recorre tanto las ciencias como el derecho y se expresa a trav—s de mecanismos de control y vigilancia sobre el cuerpo de la mujer.

La identidad cœnica de la mujer se configura a trav—s de la instituci—n del matrimonio, como lugar exclusivo de ejercicio de un cœnico modelo de sexualidad excluyendo cualquier otro. De —l surgen las normas que han mantenido (mantienen) a la mujer en un estatus jur—dico inferior y legitiman un tratamiento diferenciado. En el derecho chileno y en general en el latinoamericano, el camino del matrimonio es la cœnica forma de vivir el amor y el erotismo, y la sexualidad asociada a la procreaci—n. El silencio de la ley respecto de la convivencia refuerza dicha intencionalidad. El control del var—n sobre estos —mbitos, cierra posibilidades a las mujeres para desarrollarse y experimentar en los diversos —mbitos de la convivencia. La asignaci—n ideol—gica que hace el sistema jur—dico de la mujer al espacio privado no permite a su vez, la constituci—n de identidad femenina en el espacio pœblico, al que accede sin ser una otra leg—tima, puesto que es definida desde el cœnico lugar legitimado por la norma: el privado.

3. La igualaci—n al var—n

En la cultura patriarcal el var—n es el par—metro de lo humano. Esto se ve reflejado en todas las instituciones y estructuras sociales, pol—ticas jur—dicas y simb—licas. Las diferencias frente a este par—metro, autom—ticamente se constituyen en discriminaci—n. Esto significa que, por una parte, se jerarquiza poniendo al g—nero masculino c—mo referencia, obligando a los diferentes a la igualaci—n, y por otra, se impide que los diferentes se reconozcan como tales sin que ello signifique discriminaci—n.

El reconocimiento de la sexualidad y del placer m—s all— de la reproducci—n posibilita experimentar la aceptaci—n del otro(a) como fundante de la convivencia. En un modo de sociedad en el que el placer sexual es subordinado a la funci—n reproductiva, se distorsiona el sentido de la convivencia al reducir la sexualidad a una relaci—n causa/efecto que impregnar— todas las dimensiones de las relaciones entre hombres y mujeres; el var—n es la "causa" y los "efectos" son todos aquellos lugares en que se desarrollan las relaciones que —l domina. Una de las diferencias m—s reconocibles es la que deriva de la funci—n reproductiva y se expresa en la diferencia del cuerpo del hombre y de la mujer. Ella es fundamental en tanto la continuidad de la especie se juega en ella y por lo tanto es un aspecto central de toda organizaci—n

social. Sobre ésta se ha construido el sistema de género que implica una preferencia por un modelo que hace de dicha diferencia la discriminación clave. Desde la diferencia sexual, en cambio, se busca el reconocimiento de la función reproductiva y del aporte a ella tanto del hombre como de la mujer. Desde estos cuerpos sexuados y desde la experiencia de su diferencia, hombres y mujeres recuperan las diferencias que constituyen lo humano en sus múltiples y diversos lugares de convivencia. Así, las diferencias emergen y se sumergen en el placer de convivir y en la dinámica que los seres humanos le dan en el transcurso de su devenir.

El derecho como expresión de la ideología patriarcal reproduce, en las distinciones público/privado, las distinciones entre sujetos iguales y diferentes/discriminados. Las mujeres viven constantemente una paradoja; si quieren desempeñarse en espacios masculinos deben igualarse al varón y si quieren mantener su diferencia serán discriminadas por su condición de género. La preferencia por la incorporación de la diferencia sexual en la convivencia rompe la relación diferencia/discriminación. Abre la posibilidad de constituir relaciones de paridad desde múltiples diferencias, las que hasta hoy siguen siendo excluidas de la convivencia. Así, la diferencia/discriminación y la diferencia sexual como potencialidad para la convivencia, surgen de la experiencia, práctica y acción común de las mujeres, en sus intentos por encontrar su lugar en el mundo, un lugar que las reconozca como pares y diferentes en la construcción de una convivencia conjunta. Es un parámetro que da cuenta de la pluralidad y unicidad de los seres humanos.

LAS INTERPRETACIONES DEL DERECHO

M.SC. Ana Elena Obando M.

Introducción

La doctrina de la sociología del derecho, ha ido generalizando la idea de que el derecho no es un mero ente neutral en el proceso de constituir las divisiones sexuales que se han ido creando en la sociedad. El derecho tiene una fuerza constitutiva, una cierta capacidad para crear realidades sociales.¹⁰⁶

Las categorías que establece el derecho para distinguir entre los diversos actores sociales o sujetos de derecho, ayudan a construir una sociedad de sujetos con poderes, competencias, derechos, privilegios y prerrogativas diferentes y en consecuencia, con accesos diferenciados a los mecanismos de poder y a los recursos de la sociedad.

Los contenidos de las normas pueden influir en las conciencias, es decir, pueden afectar cómo la gente percibe y evalúa la realidad y viceversa. Por otro lado, el derecho induce a determinadas prácticas, entre otras formas, mediante el acatamiento de las normas, que puede terminar condicionando la forma de ver y evaluar el mundo de quienes incurren en ellas.

Las prácticas que se originan en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de las normas relativas a los comportamientos esperados de hombres y mujeres, afectan la forma en que las personas construyen su visión de cuál es el lugar y el comportamiento apropiado para ambos sexos en esta sociedad. Lo que hagan y digan las y los funcionarios de la administración de justicia en ese proceso, es parte de la dinámica de producción y reproducción de los actos de discriminación que afectan a mujeres y hombres.

Las ciencias tradicionales tales como el derecho, han iniciado sus análisis, propuesto sus doctrinas y elaborado las normas partiendo de las experiencias de quienes han tenido el poder de decidir y definir. Esto significa, que mayoritariamente se han planteado y han respondido a aquellos conflictos que son problemáticos desde la experiencia social de cierto tipo de hombres (blancos, occidentales, mayores de edad, sin discapacidades visibles, heterosexuales, de clase alta, etc.).

En consecuencia son las necesidades y conflictos de este tipo de hombres los que están codificados por el derecho y por ello el modelo o paradigma de la mayoría de las leyes y sus interpretaciones sigue siendo el varón.¹⁰⁷

¹⁰⁶Ver entre otros, Correas, Oscar. *Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo sociosemiológico*. UNAM, México, 1993; Rivera, Efrén. *Derecho y Subjetividad*. Ponencia presentada en el Seminario sobre el mismo tema celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. España, 1994.

¹⁰⁷Facio, Alda. *Cuando el Género Suená Cambios Trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD, San José, C.R., 1992.

Es decir, el derecho ha sido parte de la hegemonía cultural que los hombres poseen en nuestra sociedad. Esto significa que la forma de ver la realidad social por parte del grupo hegemónico es aceptada como normal y como parte del orden natural de las cosas, acen por aquellas personas que están subordinadas a ellos.

De esta forma, lo que ha parecido problemático y por lo tanto importante de legislar desde las perspectivas de las experiencias de las mujeres no siempre ha parecido problemático desde las perspectivas de las experiencias de los hombres. Ejemplo de ello es el trabajo doméstico no remunerado, la violencia doméstica, la desigual distribución de las responsabilidades familiares, etc., que cuando se han pretendido legislar o juzgar, no se han visto como problemas sociales que afectan a todo el país, sino como problemas específicos y aislados que individualmente sufren "algunas mujeres".

Como el derecho no es un ente neutral, la mayoría de los códigos y leyes están permeados de una perspectiva parcial (hecha y pensada por cierto tipo de hombres) que por siglos se ha proclamado como una perspectiva neutral y universal o válida en cualquier tiempo y para cualquier ser humano. Prueba de ello, son los resultados discriminatorios de la aplicación e interpretación de las normas que develan que dicha perspectiva tiene un referente o modelo en donde entran muy pocos.

¿Significa ello que toda escogencia de método de interpretación de las normas está permeada de una perspectiva aparentemente neutral, que esconde un modelo de ser humano y una visión de mundo parcial ?

De ideologías y métodos

Hoy en día, la doctrina jurídica hace referencia a una pluralidad de métodos de interpretación, los cuales en última instancia responden a las concepciones ideológicas de quienes crean, interpretan y aplican el derecho. Ya nadie cree, como dice Bobbio¹⁰⁸, que las operaciones que realiza el o la jueza para interpretar el derecho son operaciones lógico mecánicas de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas. Es más, cada vez se da mayor atención a la presencia, consciente o inconsciente, de los juicios de valor en el proceso de interpretación.

Así entonces, según sea la concepción del derecho que se utilice y el resultado que se pretenda obtener, se adoptará este o aquel método de interpretación. No por casualidad, la concepción positivista de la ciencia jurídica como independiente de consideraciones de tipo sociológico, económico, axiológico, etc., determinó que se aplicaran e interpretaran las normas en forma silogística.

Por muchos años se ha negado la función creadora de los y las juezas, como si la interpretación se tratara de una tarea técnica y no política, o como si para cada caso solo existiese una sola interpretación dogmáticamente correcta. Hoy sabemos,

¹⁰⁸Bobbio, Norberto. El Problema del Positivismo Jurídico. Editorial Universitaria, Bs.As., 1994, pág. 28.

que la interpretación implica valoración, elección y decisión y que quienes interpretan son simples seres humanos cargados de valores ideológicos y culturales. Hasta la misma filosofía del derecho contemporánea ha reconocido que el empleo de los llamados métodos de interpretación presupone posturas valorativas.

Aun cuando pensáramos que los y las juezas creen que su deber es aplicar las normas jurídicas positivas con total independencia de su valor moral, asumen de cualquier modo una postura moral basada en el principio pseudo-positivista de que cualquier derecho positivo es moralmente obligatorio.¹⁰⁹

Por eso cuando nos preguntamos, ¿cuál es el método correcto que podremos utilizar para indagar y atribuir el sentido y el significado de las normas? Primero debemos responder: ¿de cuál corriente filosófica-jurídica estamos partiendo para definir e interpretar el derecho? Segundo, debemos analizar si esta corriente es androcéntrica o centrada en la perspectiva masculina. Y tercero, debemos tener presente que aún no se han creado métodos de conocimiento idóneos para captar la naturaleza íntegra del derecho, pues las mismas concepciones sitúan al derecho en dimensiones diferentemente valoradas y separadas.

Pareciera difícil crear un único método de tal naturaleza que considere el modelo político, social y económico que el derecho establece, las instituciones y normas para regular la sociedad que el derecho legitima y crea y el tipo de relaciones entre hombres y mujeres que éste impulsa.¹¹⁰

Sin embargo, la teoría de la experiencia jurídica trata de unir diversas concepciones jurídicas y deja abierta la entrada a nuevas concepciones y metodologías jurídicas.

Esta doctrina establece que el Derecho más que un objeto de la actividad del ser humano, es la actividad humana misma en el seno de las relaciones sociales; es decir, el Derecho es una constante creación humana difícilmente reducible a uniformidad y a criterios taxativos de ordenación.¹¹¹

Una manifestación de esta doctrina es la teoría tridimensional del derecho¹¹², que considera que en el derecho confluyen tres dimensiones indisolublemente relacionadas: norma (dimensión normativa), hecho social (dimensión fáctica o sociológica), y valor jurídico (dimensión valorativa o axiológica).

Esto significa que el derecho se manifiesta como regla o norma reguladora de la conducta del ser humano en sociedad. A la vez dichas normas se originan en condiciones socio-económicas, generadoras de necesidades a las que la norma

¹⁰⁹Nino, Carlos. Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica. Universidad de Carabobo, Venezuela, 1993, pág.97.

¹¹⁰Para una concepción del derecho como expresión de un diseño de sociedad patriarcal, ver artículo de este mismo capítulo denominado "Sistema Patriarcal, Género y Derecho", de Lorena Fries y Verónica Matus.

¹¹¹Soriano, Ramón. Compendio de Teoría General del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 1986, págs. 11-14.

¹¹²Miguel Reale en su dos obras de 1968, "Teoría Tridimensional do Direito" y "O Direito como experiencia" fue quien elaboró las bases metodológicas de la concepción tridimensional.

trata de satisfacer. Y finalmente, el sentido de las normas es la realización de valores en el contexto social, tales como la seguridad jurídica, la justicia, la libertad y la igualdad.

Cualquier explicación que pretenda ser integral, debe contemplar al menos estas tres dimensiones. Cualquier análisis que se limite a observar solo alguna de sus dimensiones constituye un vulgar reduccionismo de la problemática jurídica que no permitirá su entera comprensión.¹¹³ Por lo tanto, cualquier método de interpretación que se fundamente en solo una de las anteriores dimensiones, dará como resultado un análisis parcial.

Ahora bien, ¿en cuál de las dimensiones de la teoría tridimensional podremos ubicar las relaciones desiguales entre hombres y mujeres así como los modelos de mujer y hombre que el derecho pretende legitimar?

Yo diría que en todas, porque las normas regulan conductas de mujeres y hombres que a la vez parten de concepciones estereotipadas de lo que debe ser cada sexo en los diferentes contextos socio-económicos, y son esos supuestos ideológicos y culturales los que a la vez dan contenido a los valores de la igualdad, justicia y libertad, entre otros. Es más, dependiendo precisamente de cuál sea el contenido que se le da a esos principios, el derecho podrá convertirse en un instrumento para el cambio social o en un obstáculo para el empoderamiento de la mitad de la población mundial.

Ahora bien, para hablar de interpretación debemos partir de supuestos reales, tales como que «nunca existe una óptima interpretación correcta, definitiva y válida para todos los casos y en cualquier momento»¹¹⁴, afirmación contraria a lo establecido por quienes han pretendido universalizar el método científico como mecanismo válido para todas las ciencias.

Si partimos de la complejidad de los intereses en conflicto y del conflicto mismo y pensamos en las distintas soluciones, argumentaciones y valoraciones para un caso basadas en la justicia o la equidad, no solo cuestionamos el racionalismo científico sino que además empezamos a reconocer la existencia de las diferencias entre mujeres y hombres que puede ser develada a través de la pluralidad metodológica o de un método más holístico.

A diferencia de los y las científicas empíricas o naturales, a la jueza o el juez, le corresponde investigar objetos (normas) que son parte de su ser y de su comportamiento; es más, la misma creación de las normas se realiza bajo supuestos de conductas humanas y por ello no son objetos independientes de quien las interprete. Las normas o el objeto están compenetrado de valores culturales e ideológicos.

¹¹³Manavella, Carlos. Curso de Derecho Ambiental. Universidad para la Cooperación Internacional. UCI, Facultad de Derecho (texto aun sin publicar), 1998, pág. 26.

¹¹⁴Idem., pág. 281.

gicos al igual que el investigador mismo. De esa forma, el sujeto cognoscente y el objeto conocido ostentan una misma naturaleza social, cultural y humana.¹¹⁵

Entender lo anterior es clave para la crítica de los criterios tradicionales de interpretación que luego veremos.

No podemos pretender despojar de sus concepciones ideológicas a quienes interpretan, pero si les podemos exigir como límite de actuación que estén concientes de sus prejuicios de clase, de raza, de sexo, de edad, etc. al momento de realizar la interpretación para no imponer sus propios criterios personales como si estos fueran objetivos y neutrales.

En teoría, quien interpreta las normas, no puede utilizar criterios en forma arbitraria, y se supone que sus decisiones serán responsables y sus límites racionales. Pero si las mismas leyes no ordenan los criterios a utilizar y dejan un margen discrecional muy amplio a quien interpreta, ¿cuáles criterios deberán seguir el o la juez/a?

Según Soriano¹¹⁶, en la teoría kelseniana todos los criterios gozan de una misma validez y la identificación del criterio más justo es una cuestión ideológica, irreductible a términos científicos, que puede deparar una diversidad de alternativas todas ellas legítimas, porque la referencia al valor 'justicia' está siempre afectada al subjetivismo del intérprete.

Pero recordemos que las concepciones occidentales europeas, judeo-cristianas, tradicionales sobre la justicia y el derecho, han estado basadas en un paradigma mecanicista, abstracto, universal, distributivo y masculino. Producto de dicho modelo, el derecho y la justicia han sido analizadas como separadas de las relaciones y las instituciones sociales, de las realidades concretas de la vida social, y de las experiencias de conexión y comunidad.¹¹⁷

Como resultado de esta perspectiva androcéntrica, las relaciones entre las estructuras de opresión y dominación no han sido sistemáticamente analizadas, dejando por fuera las experiencias de las mujeres.

Por eso, es importante rescatar de otras disciplinas de las ciencias sociales principios básicos¹¹⁸ utilizados para métodos de investigación que no excluyan las experiencias de ningún ser humano, y que por lo tanto comprenden varias dimensiones en una forma más integral. De dichos principios podremos aplicar los siguientes a la interpretación del derecho, a saber:

¹¹⁵Jiménez Meza, Manrique. La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, C.R., 1997, pág. 33.

¹¹⁶Soriano, op. cit., págs. 160-61.

¹¹⁷Young, Iris. Justice and the Politics of Difference. Princeton University Press, Princeton, NJ, 1990.

¹¹⁸Weisberg, Kelly, Ed. Feminist Legal Theory: Foundations. Temple University Press, Philadelphia, 1993, pág. 529.

- < La necesidad de tomar en cuenta la realidad, es decir la desigualdad entre los seres humanos, concretamente entre mujeres y hombres, como una característica básica de la vida social.
- < La necesidad de saber que quien interpreta es en sí misma una construcción social, es decir, es el producto de los discursos sociales, históricos y culturales que van más allá del control individual.
- < La necesidad de estar conscientes que toda metodología implica una forma de ver de la realidad y que no existe una verdad universal sobre la realidad.
- < La necesidad de cuestionar la falsa objetividad que asume que el sujeto (quien interpreta) y el objeto (norma) están separados entre sí y que las experiencias personales son acientíficas.
- < La preocupación por las implicaciones éticas de la interpretación y el reconocimiento de que las personas, especialmente las mujeres, no somos objetos del conocimiento.
- < La necesidad de develar y exponer las diferentes creencias y aspectos de la sociedad, especialmente las ideologías, que limitan la libertad humana y mantienen el *status quo*.

De la necesidad de interpretar

Si bien es cierto que la aplicación de las normas requiere de una previa interpretación, ¿se hace siempre necesario interpretar? Veamos algunas de las razones doctrinarias que hacen de la interpretación un paso necesario en el proceso de aplicación de las leyes¹¹⁹:

- < La doctrina antigua sostenía que sólo las normas oscuras o contradictorias necesitaban aclaración hermeneútica. El principio clásico *in claris not fit interpretatio* hoy en día es rechazado a nivel doctrinal y judicial porque cualquier norma, por su misma complejidad, requiere ser interpretada. Es decir, aunque nos encontremos ante un texto menos problemático, si este contradice la finalidad de la institución a la que debe servir, o va en contra de la equidad o provoca consecuencias socialmente inadmisibles, es necesario interpretarlo.
- < La mayoría de los conceptos jurídicos no están definidos en las leyes y si están definidos pueden aparecer incompletos o equívocos, o pueden ser utilizados en varias leyes o en la misma con diferentes sentidos.
- < Las leyes, contienen principios y líneas de regulación generales cuyo sentido es valorado por quien interpreta, supuestamente en función de las características del caso concreto.

¹¹⁹Ver al respecto, Martínez Roldán, Luis y Fernández Suárez, Jesús. Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica. Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 280.

- < El lenguaje que utilizan las normas, además de ser generalmente sexista,¹²⁰ tiene significados que varían según las circunstancias particulares, el contexto del discurso, la posición de la frase, el acento de la palabra y la concepción ideológica de quienes crearon e interpretan las normas.
- < La interpretación se considera hoy en día como una etapa interaccionada aunque diferenciada y autónoma del proceso de creación y aplicación de las normas.

Los criterios de interpretación jurídica

El hecho de que actualmente reconozcamos que toda interpretación pasa por el tamiz ideológico de quien interpreta, no significa que el derecho no haya esbozado una serie de criterios a seguir que aspiraban a interpretaciones racionales y justas para generar una cierta seguridad jurídica.

El derecho no opera en forma neutral, ahistórica, o independientemente de las relaciones de poder que subyacen en la sociedad. Detrás del discurso racional que aparece como neutral, se han escondido verdades que han ayudado a mantener las jerarquías de poder o las formas desiguales en que las sociedades han estado organizadas en términos de clase, raza/etnia y género, por mencionar algunas de las estructuras de opresión de nuestras sociedades. Por eso es importante contextualizar estos criterios históricamente e ir determinando como han variado o no las concepciones del derecho y con ellas sus métodos de interpretación.

La Escuela de la Exégesis francesa y la Escuela Histórica alemana emitieron en el siglo XIX cuatro criterios tradicionales fundamentales -gramatical, lógico, histórico y sistemático- que aún hoy en día siguen siendo utilizados por muchos de los tribunales en América Latina. Sin embargo, la teoría actual de la interpretación resalta los criterios modernos posteriores teleológico y sociológico en el marco de una interpretación evolutiva de la norma, pero sin abandonar del todo el alcance normativo del texto y su espíritu.¹²¹

a) El criterio gramatical o literal

Este criterio o método parte del supuesto de que la norma es ante todo una expresión lingüística y que quien la interpreta debe examinar el significado de los términos en ella contenida. Es decir, se debe hacer referencia a directrices literales o filológicas y sintácticas de la norma jurídica. De lo que se trata entonces, es de analizar el significado y valor de las palabras empleadas en la ley, la sintaxis de ésta, los signos de puntuación, etc., para llegar a aprehender el verdadero sentido de la norma jurídica según la intención del legislador.

¹²⁰Para mayor claridad de la relación entre lenguaje y derecho, ver el artículo de Yadira Calvo de este capítulo.

¹²¹Estos criterios aparecen explicados en varios de los tratados sobre teoría general del derecho. Su síntesis es producto de obras como las de Ramón Soriano, Luis Martínez Roldán, Carlos Nino, y Genaro Carrió.

Quienes legislan y quienes aplican la legislación son personas de carne y hueso cargadas de prejuicios y con múltiples perspectivas sobre el mundo, las personas y las cosas. De ahí que muchas de las expresiones jurídicas que emanan del Poder Legislativo, sean ambiguas (varios significados posibles), vagas (ofrecen dificultad a la hora de identificar todos los objetos incluidos en la palabra), o formuladas en juicios sintácticamente incorrectos con criterios muchas veces excluyentes del género femenino.

¿Qué se puede hacer ante las anteriores dificultades según este método?

En primer lugar¹²², se ha establecido que si un término tiene varios significados posibles, quien interpreta debe elegir según la finalidad y razón de ser de la norma en función de la materia a que ésta se refiere.

No debemos olvidar que, tanto la elección de quien interpreta como la finalidad y razón de ser de la norma, se enmarcan en circunstancias históricas y sociales del momento de su génesis y del momento de su aplicación y que las personas envueltas en el proceso de creación e interpretación hacen uso de su propia jerarquía de valores según su clase, sexo, credo, raza y doctrina jurídica a la que se adhieren.

En segundo lugar, la relación sintáctica puede desarrollar varias funciones, de las que dependerá uno u otro sentido de la frase y la colocación de una coma puede hacer cambiar el sentido de la expresión.

Acá deberíamos observar si esa relación sintáctica desarrolla una función discriminatoria respecto a las mujeres; es decir si se construye con criterios excluyentes que dejan de lado a quienes se encuentran en posición de subordinación en la sociedad.

En tercer lugar, el término puede admitir un uso técnico o vulgar. Se puede elegir en principio el vulgar, pues la norma se dirige a la generalidad de las personas y se supone que la intención de quien legisla es que todas las personas entiendan las leyes.

Aunque se supone que se legisla para que todas las personas entiendan las leyes, la realidad dice otra cosa. La mayoría de los textos legales son complicados y poco entendibles para el común de las personas. Esto hace que quienes conocen su uso técnico se coloquen en una posición de mayor ventaja y poder frente a aquellos que no la conocen.

¹²²Idem., págs. 167-68.

En cuarto lugar, quien interpreta puede encontrarse ante la situación de elegir entre el significado antiguo del término, es decir, al correspondiente cuando se promulgó la norma o al significado actual según la evolución semántica y el fin que persiga la norma.

Y en este punto nos deberíamos preguntar: ¿Es posible saber exactamente cuál fue el significado que se le dio al término cuando se elaboró? ¿Cuántos intereses, grupos e ideologías jugaron en la dinámica de la creación de las leyes? ¿Es el fin de la norma no discriminatorio?

Este método o criterio responde al apego del texto de la ley producto del proceso de codificación y de las ideas de la racionalidad y coherencia de las leyes que impulsó el cientificismo jurídico. La idea era que la ley hablara a través de quien la interpretaba y no que el o la jueza crearan el derecho. Esta presentación de la interpretación como un proceso formal, lógico, mecánico, ahistórico y abstracto es precisamente uno de los mecanismos que el derecho tiene para ocultar las divisiones sexuales que crea y para irse configurando, no ya como un producto de las relaciones sociales, sino más bien como un modelo en función del cual se conjugan las acciones humanas.

Por ello, cuando estamos frente a los significados de las normas, sean estos antiguos o actuales, deberíamos estar conscientes que la realidad social, política y económica no está separada del contexto y momento en que se elaboran y crean las normas y que la operación mecánica en la interpretación solo viene a reforzar el paradigma androcéntrico.

Bajo un paradigma centrado en una perspectiva masculina será difícil visibilizar si el fin de la norma puede ser o no discriminatorio o si la interpretación puede tener resultados discriminatorios. Pensemos por ejemplo en el significado que se le ha dado al delito de violación como acceso carnal en la mayoría de los códigos penales latinoamericanos y a la interpretación que se le da al término acceso carnal como penetración.

¿Dónde quedan todos los otros actos violatorios de la integridad física, sexual y psicológica que no implican necesariamente acceso carnal o penetración pero que sí podrán calificarse como una violación? ¿Por qué se tutela la honestidad, el honor y las buenas costumbres y no la integridad personal o la libertad sexual?

La interpretación gramatical puede permitir la reproducción de los modelos de hombre y mujer que el derecho crea y refuerza. Al tutelarse el honor o las buenas costumbres no se pretende proteger la vida e integridad de quienes son violadas sino más bien el honor del hombre «ofendido» o las buenas costumbres familiares o sociales. Al mismo tiempo el derecho deja de sancionar una serie de actos violatorios hacia las mujeres, lo que significa que el método no es objetivo, neutral y mucho menos desligado de la subjetividad de quien interpreta.

Cuando la creación de las normas se realiza bajo una perspectiva parcializada que sólo toma en cuenta los intereses de un grupo y que lleva implícita la perspectiva androcéntrica, difícilmente el criterio gramatical podrá ir más allá del "espíritu" de la norma y eso es parte de la coherencia patriarcal que se espera. Aquí no cabe cuestionarse cómo los estándares y conceptos legales ponen en desventaja a las mujeres.

Un método tan rígido y mecánico que coarta la discrecionalidad de quienes interpretan, que sólo enfatiza la dimensión normativa del derecho, y que trata de aislar el acto interpretativo y a quien interpreta de las relaciones concretas de la vida social, puede ser fácilmente utilizado para legitimar y reconstruir un sistema desigual.

b) El criterio lógico-conceptual

Si el análisis de las palabras no conduce a resultados satisfactorios o si ya se ha fijado el texto de la norma, quien interpreta, deberá extraer su significado investigando la razón de ser o motivo de la norma (*ratio legis*), es decir la finalidad que tuvieron quienes legislaron así como la *occasio legis*, o las circunstancias particulares que determinaron el dictado de la misma. Este es un método que podremos llamar analítico-sintético, pues la idea es desglosar los elementos o partes de la norma para después reconstruirlos alrededor de conceptos y principios jurídicos comunes y obtener un entendimiento integral de la norma.

Asimismo, se recomienda investigar los antecedentes parlamentarios para aclarar el pensamiento y la intención de quienes promulgaron las normas.

Este método aconseja seguir ciertas reglas lógicas creadas por el derecho, tales como "donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir". Algunas reglas lógicas establecidas por la doctrina¹²³ y no siempre aplicables porque argumentos más fuertes las invalidan, son las siguientes:

- < El argumento *a pari*, el cual establece que la regulación de un caso de una forma, tuvo la intención legislativa de regular otros casos de la misma especie en forma similar.
- < El argumento *a contrario*, el cual supone que la regulación de cierta forma por quienes legislan, pretende excluir los demás casos de distinta naturaleza.
- < El argumento *a fortiori*, el cual se subdivide en dos: si se prohíbe lo menos, se prohíbe lo más y quien está faltado para lo más, lo está para lo menos.
- < El argumento *a generali sensu*, supone una interpretación extensiva de normas favorables y se aplica cuando hay razones de semejanza en el supuesto de hecho que justifican su aplicación a otros supuestos de hecho.

¹²³Martínez Roldán, op. cit., pág. 289.

- < El argumento *stricta lege*, supone una interpretación restrictiva cuando las normas son sancionadoras y desfavorables.
- < El argumento *ad absurdum*, aconseja una interpretación concreta porque las demás conducen a situaciones carentes de sentido.

En algunos casos el razonamiento lógico-formal conduce a situaciones absurdas. Las mismas reglas lógicas que se alía este criterio se pueden prestar para usos arbitrarios por parte de quien interpreta. Por ejemplo, tomemos el criterio *a pari* o *a contrario*, que aparentemente deja en manos del legislador la inclusión o la exclusión de casos de una misma o de distinta naturaleza. Esto significa que la intención legislativa puede variar según el caso concreto que se interprete y con ello puede conducir a resultados discriminatorios o de menoscabo contra las personas por razón de su género.

El error tanto de este como del criterio anterior, reside en estancar al derecho por abusar de los procedimientos lógicos, destruyendo la relación entre el derecho y la dinámica social. Además, el apego a las construcciones lógicas hace olvidar los principios de justicia y la conveniencia de adecuar el derecho a la evolución de la sociedad.

La lógica que rige este criterio es la misma lógica jurídica bajo la cual se interpreta el acoso sexual como un romance de oficina, se trivializa la violencia doméstica, o se conceptualiza a la igualdad bajo el presupuesto formal de que todas las personas estamos igualmente situadas. Es la misma lógica que trata al conflicto del trabajo y las responsabilidades familiares de las mujeres como un asunto privado en lugar de tratarlo como un asunto público que implica una reestructuración del lugar de trabajo así como de las familias para que los hombres se incorporen a dichas responsabilidades.

No olvidemos que ha sido precisamente esa lógica jurídica androcéntrica uno de los instrumentos que ha utilizado el derecho para crear y mantener un determinado tipo de sociedad y de conductas humanas. Por ello el razonamiento lógico-formal ha sido tan peligroso para las mujeres, ya que bajo su sombra se ha escondido la verdadera dinámica social que se da entre los sexos.

Si bajo este criterio lo que se pretende es investigar el motivo de la norma o la finalidad que tuvieron quienes legislaron así como las circunstancias que determinaron el dictado de la misma, en alguna medida se limita la discrecionalidad judicial pues se otorga mayor poder a quienes crearon las normas. Sin embargo, quien realiza la interpretación será quien decida, valore y elija según su ideología, una o varias, entre todas, las finalidades que tuvieron quienes legislaron y manejará su lógica dentro de los límites patriarcales ya establecidos por el derecho.

La misma lógica no deja espacio para cuestionamientos sobre el proceso de definición, valoración y elección en el acto interpretativo y mucho menos para poner en tela de juicio el *status quo*. El mismo método y su lógica definirán cuales

cuestiones son òjur' dicasÓ y cuñles no para asegurar una supuesta neutralidad del derecho y para relevar de responsabilidad a quienes interpretan, de decisiones que pueden ser discriminatorias.

Para deconstruir la l—gica que no s—lo impera en el derecho sino que atraviesa otras instituciones y disciplinas, es preciso cuestionar los principios de neutralidad y de abstracci—n generalizadora que describen una realidad que idealiza al derecho y lo sitœan como un ente apol' tico ajeno a la construcci—n de las relaciones desiguales y las identidades sexuales.

c) El criterio hist—rico

Este mŽtodo remite a los y las juzgadas al examen del proceso de elaboraci—n de las normas mediante el estudio de los or' genes hist—ricos del texto para indagar las razones de su promulgaci—n y as' fijar su significado. El anñlisis de los precedentes remotos (Derecho Romano por ejemplo), los precedentes legislativos inmediatos (La Constituci—n Pol' tica y otras normas), los anteproyectos, proyectos, informes de comisiones, actas de los debates, exposici—n de motivos, etc., servirñn para entender la voluntad de quienes legislaron, si es que no aparece expuesta y desarrollada en la norma.

Desde los mŽtodos modernos (jurisprudencia sociol—gica), se dice que poco importan los or' genes de la norma, si lo que se busca es su anñlisis dentro de las necesidades de la sociedad actual. Ademñs, se cuestiona la imposibilidad de encontrar una voluntad òuniforme y coherente del legisladorÓ donde participaron grupos pol' ticos y opiniones contrarias, grupos de presi—n, y voluntades diversas que formaron la legislaci—n final. En cierto sentido, el o la jueza deber' a hacer una labor de adaptaci—n y creaci—n, tomando en cuenta las nuevas exigencias sociales y los problemas no imaginados por quienes legislaron.

Sin embargo, pienso que omitir las contradicciones pol' ticas de quienes legislaron, el discurso que se maneja al momento de legislar, los grupos que intervinieron, es hacer una anñlisis parcial del significado de las normas que nunca se producen en un contexto vac' o, y que ademñs anteceden la dinñmica social, pol' tica y econ—mica de la situaci—n actual de nuestras sociedades.

ÀQuñ intereses buscaron proteger quienes legislaron y quñ intereses buscan proteger los y las juezas al aplicar las normas? La experiencia ha demostrado que las ideolog' as tanto de quienes crean como de quienes aplican e interpretan las norma raramente buscan proteger los intereses de las mujeres. La aparente neutralidad en la creaci—n y la interpretaci—n de las normas solo enmascara las consideraciones sociales y pol' ticas que se hacen en ambos procesos.

ÀPodemos realmente desprender la ley, una vez promulgada, de la intenci—n de sus legisladores(as) y tomarla con vida propia e independiente ? Mucha de la doctrina actual insiste en que en la relaci—n sujeto-objeto, el sujeto pierde importancia

pues la norma pasa a existir independientemente de quien la cre— y es la norma la que en œltima instancia debe intepretarse.

Rechazar el mŁtodo cient'fico patriarcal implica a la vez despojarse de la idea de que existe una relaci—n objetiva entre el sujeto o quien interpreta y el objeto o la norma. La norma podr'a tener vida independiente del momento de su promulgaci—n pero no de la intenci—n de quienes la crearon. Cada norma es producto del contexto hist—rico, social, pol'tico y econ—mico asi como de la mezcla ideol—gica de quienes participaron en su creaci—n. Y tratar de objetivizar su creaci—n implica perder la mitad de su esencia, esa mitad que la acerca a la realidad de la dinámica social.

Es en esa diversidad y dando igual valor tanto al sujeto como al objeto, es decir tanto a quienes crean las leyes como a las normas en s', que realmente podr'amos construir un derecho que incluya a todos los seres humanos y sus conflictos. Este criterio puede ser muy valioso para visibilizar las contradicciones en la formaci—n de la ley y su posterior influencia en la aplicaci—n e interpretaci—n de las normas.

d) El criterio sistemático

Mientras el criterio l—gico conceptual trata de comprender la norma desde s' misma, sin salirse de su propio řmbito y con referencia al derecho anterior modificado, lo cual es casi imposible, tomando en cuenta que la norma no se puede aislar del contexto social, el criterio sistemático ubica la norma en relaci—n con otras, para intentar entenderla desde fuera de s' misma en funci—n de lugar que ocupa dentro del ordenamiento jur'dico vigente. Es as' como se pueden acoger ciertas normas que concuerdan con el sentido del resto del sistema jur'dico y desechar otras que no lo hacen.

Hoy sabemos que las y los jueces no llevan a cabo una labor meramente cognoscitiva y mecánica, sino mas bien, creadora y valorativa y que el sistema jur'dico no es ni coherente ni es completo. Siguiendo este orden de ideas, lo importante de analizar bajo este mŁtodo ser'a estudiar los criterios que deciden cuřles normas se desechan y cuřles se acogen y c—mo esa decisi—n estř relacionada con las jerarqu'as de poder que el derecho establece y perpetœa a travŁs de muchos de sus mŁtodos.

Asimismo, el lugar que ocupa cada norma dentro del ordenamiento jur'dico vigente tiene una l—gica y un sentido y su ubicaci—n no es ingenua sino que responde al papel que el derecho juega en la definici—n y control de las conductas de mujeres y hombres. As' podremos preguntarnos porquŁ el aborto se ubica como un delito contra la vida y la integridad personal, porquŁ la violaci—n se ubica como un delito contra el pudor sexual o porquŁ la deshonestidad de la mujer puede atenuar una pena.

Una disposici—n legal que se analiza e interpreta en forma aislada puede resultar insuficiente para su entendimiento. Sin embargo, por muchos a—os se pens— en la aplicaci—n del derecho como una subsunci—n y en la interpretaci—n como la

posibilidad de encontrarle a un texto legal un verdadero y único sentido. Pero no existen verdades universales o textos con un único sentido porque tanto la creación como la interpretación de las normas es el resultado de procesos culturales e ideológicos.

e) El criterio teleológico

Este método trata de examinar la finalidad de la norma. Existe confusión entre el fin como principio regulador, y el fin como objetivo de la norma o punto de llegada. Este criterio se refiere precisamente al fin de la norma en un contexto histórico y por lo tanto dinámico, finalidad que no se encuentra en el ánimo de quienes legislaron sino que va evolucionando con la propia norma.

La finalidad de la norma se enmarca dentro de unos límites que actúan a la vez como principios guías en el camino de la norma hacia los fines perseguidos, entre estos están: de orden formal, los fines de las normas superiores del ordenamiento jurídico y en último caso, de los valores y principios constitucionales; de orden material, los elementos del sector social regulable que no deben ser desvirtuados por quien interpreta; y de orden pragmático, la búsqueda de la interpretación más justa de cara a su aplicación social.¹²⁴

Como se busca que la interpretación sea lo más objetiva posible, se establece que quien interpreta debe relacionar la finalidad de la norma con los criterios teleológicos del ordenamiento jurídico y en general de la sociedad, pero se pierde de vista que la sociedad no es homogénea ni en sus criterios ni en los valores que subyacen a esos criterios.

Si quien interpreta se adhiere a una concepción ideológica androcéntrica, no podemos hablar de objetividad en la interpretación. Aun cuando se relacione la finalidad de la norma con los criterios teleológicos del ordenamiento y de la sociedad, no debemos olvidar que tanto el ordenamiento como la sociedad en que está inmerso responden a criterios patriarcales y que la interpretación más justa estará sujeta al contenido de una justicia que ha excluido a las mujeres.

Puede existir un espacio muy amplio entre la finalidad de la norma y su aplicación social pues siempre se corre el peligro de que ciertos elementos sean desvirtuados por quienes interpretan las normas. Quien interpreta está situada en un contexto histórico, social y político y es producto de los discursos culturales y jurídicos que han construido un modelo de mujer y de hombre que tiende a legitimar un sistema desigual entre los sexos.

Este criterio va de la mano con el cambio social pues la finalidad va evolucionando con la propia norma. Así entonces, puede ser un criterio que se utilice para avanzar hacia un derecho más humano y por lo tanto no excluyente de las

¹²⁴Soriano, op. cit., págs. 172-73.

mujeres o bien un criterio que ayude a mantener la estructura patriarcal intrínseca del derecho y con ella el sistema de opresión de género.

Distintos modelos o formas de interpretación

La interpretación varía según cuál sea el objetivo de la misma y sus formas siguen una evolución cíclica. Los modos rígidos o flexibles de interpretación se alternan entre sí, luchan por el monopolio del reconocimiento jurídico y en última instancia sirven para canalizar las ideologías jurídicas. Los criterios más tradicionales se ubican dentro de la llamada interpretación subjetiva mientras que los modernos se creen calzan mejor en la interpretación objetiva. Es necesario conocer estos modelos para empezar a cuestionarles. La doctrina general¹²⁵ distingue varios modelos:

a) Interpretación subjetiva, estática o rígida

Este modelo de interpretación no se refiere a la que podrá hacer la o el sujeto intérprete en función de sus criterios personales, ni a descubrir el sentido expresado en un texto jurídico, sino que se refiere a indagar la voluntad de quien legisla, lo que pretendieron quienes crearon las normas, si es que realmente podemos llegar a saber la dinámica y contradicción de sus voluntades en un determinado contexto histórico.

Supuestamente, quien interpreta debe colocarse en la situación de quien legisla y llevar a cabo sus ideas, tomando en cuenta la situación jurídica existente al momento de la promulgación así como el fin perseguido por quienes legislaron.

Pero entender la interpretación como una función reproductiva de la voluntad de quienes legislaron, sin intromisión subjetiva de quien interpreta, encubre totalmente la realidad, pues toda interpretación conlleva siempre un aspecto valorativo. ¿Acaso ese fin perseguido por quienes legislaron no estuvo plasmado de sus criterios personales, de sus prejuicios de clase, sexo, raza, religiosos, etc., así como de una lucha entre grupos políticos y grupos de presión con diversas ideologías e intereses? ¿Dónde ubicaríamos sino entonces el papel de la sociedad civil en la creación del derecho bajo este modo de interpretación?

¿Son quienes legislan siempre razonables y justos? ¿O podremos decir que la voluntad de quienes legislan puede ser arbitraria? ¿Puede una persona colocarse en un momento histórico determinado, despojándose de su subjetividad y de las circunstancias y valores actuales, para indagar la voluntad de quien legisla?

Detrás de este tipo de interpretación se esconden las razones políticas, ideológicas y doctrinales que parten de la claridad, razonabilidad y justicia de las normas y defienden «la plenitud de un ordenamiento jurídico», que en la práctica no es más que otro medio para garantizar una cierta orientación ideológica de la función judicial y del Estado.

¹²⁵Ver nota 14.

Si las leyes son una manifestación de poder que defiende intereses económicos, políticos e ideológicos, sería ingenuo decir que las normas son la expresión de criterios justos y razonables. Cada ley ha sido negociada en el Parlamento y es producto de todos los intereses que allí se juegan. Las mujeres en todo el mundo estamos subrepresentadas en dicha instancia y cuando estamos muchas veces debemos seguir líneas partidarias que obstaculizan nuestros intereses de género. Por ello, un criterio que excluye a la mitad de la población no puede ser justo ni razonable y el derecho ha sido construido en base a criterios androcéntricos que sólo han tomado en cuenta las necesidades e intereses de un grupo elite de hombres.

Teóricamente, quien interpreta no está legitimado para proyectar su criterio personal en el acto interpretador del significado de la norma. ¿Pero qué sucede en la práctica?

Basta examinar una sentencia para darse cuenta como se cuele la subjetividad en la interpretación. Y aún suponiendo que quien interpreta lo hizo en la forma más objetiva posible, no podemos suponer además que quienes legislaron siguieron un proceso lineal y uniforme y no mezclaron sus criterios personales.

En las postrimerías del siglo XX, es ingenuo seguir hablando de un sistema jurídico autosuficiente con respuesta a todos los problemas o de una interpretación que se reduce a aplicar mecánicamente una norma a un caso sin separarse de la voluntad de quienes crearon la norma. Esto significa que la dimensión normativa del derecho no está aislada de sus dimensiones fácticas y valorativas y que la lógica silogística pierde vigencia cuando ampliamos la concepción del derecho hacia una más integral.

Precisamente por lo anteriormente explicado, esta forma de interpretación no goza del respaldo de la doctrina jurídica y se considera un medio auxiliar y no exclusivo de interpretación aunque muchos jueces y juezas aún traten de aplicarla.

b) Interpretación objetiva, dinámica o evolutiva

A diferencia de la interpretación subjetiva que se basa en la voluntad de quien legisla, este modelo de interpretación se basa en la voluntad de la ley. Se parte del supuesto de que la ley una vez promulgada, se convierte en expresión objetivada de un sentido, es decir adquiere autonomía e independencia de quienes legislaron y puede incluso adoptar significados no previstos o pensados en su creación.

Se toma en cuenta tanto la voluntad de quienes legislaron como el contenido normativo en relación con las necesidades y circunstancias de la sociedad a la que se aplica. De acuerdo con este modo de interpretación, los elementos objetivos derivados de la realidad cobran mayor relevancia produciendo así una adaptación

del contenido normativo de la norma que no se ha desarrollado originalmente en su expresi—n textual.

Es decir, quien interpreta hace una reelaboraci—n de la ley para hacer expl'citos los principios en ella contenidos y as' conseguir una determinada finalidad tomando en cuenta las situaciones sociales en el momento presente.

¿En quŽ momento la ley creada adquiere autonom' a de quienes la crearon? ¿QuŽ desigualdades de gŽnero puede encubrir la Òobjetividad jur'dicaÓ en el acto interpretativo? ¿No es acaso la funci—n judicial una funci—n creadora?

Segoen la doctrina, el peligro de este modo de interpretaci—n ser'a la Òfalta de objetividad jur'dicaÓ¹²⁶ que afectar'a el principio de seguridad jur'dica, es decir que la adaptaci—n de la norma se separe tanto de su sentido original que la funci—n judicial absorba la funci—n legisladora de creaci—n de normas.

Desde una visi—n cr'tica, el peligro que se—ala la doctrina, para las mujeres se hace realidad cada vez que se aplica una norma en forma discriminatoria. La seguridad jur'dica ha sido un valor que esconde la tradicional lucha de poder entre quienes legislan y quienes juzgan. Y lo cierto es que quienes interpretan tienen tambiŽn una funci—n de creaci—n no solo normativa sino tambiŽn de modelos, roles, criterios, visiones de mundo y verdades respaldadas por todo un ordenamiento que muestra su cara neutral, y v'lida para todas las personas. Un sistema jur'dico que ha sido construido desde una visi—n masculina ¿quŽ seguridad jur'dica puede brindar a quienes han sido excluidas del mismo? La adaptaci—n de una norma se presta para mœltiples interpretaciones. No es la misma visi—n de mundo y, *por lot anto*, del derecho la que tiene una persona adscrita al positivismo que una adscrita al marxismo por ejemplo.

Tomemos por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley y las intepretaciones que se le han dado, solo para darnos cuenta que, excepto la interpretaci—n feminista, las dem'ts excluyen y discriminan a todas las mujeres y ciertos grupos de hombres por su clase, su raza, su edad, su opci—n sexual, etc.

Si partimos de que nadie est† libre de volcar consciente o inconscientemente su ideolog'a sobre el acto interpretativo, no existe realmente una objetividad jur'dica en el acto interpretativo. Los contenidos de los principios de seguridad jur'dica, justicia y equidad tambiŽn siguen criterios ideol—gicos que han excluido principalmente a las mujeres. La equidad, por ejemplo, supone proveer un trato que las condiciones de cada quien requieran para satisfacer sus necesidades personales singulares, es decir requiere considerar las diferencias, el contexto social de las relaciones, las experiencias particulares de cada persona y no tratar de igualar a alguien a un modelo preestablecido de ser humano. Pero este no es el criterio de equidad que ha manejado tradicionalmente el derecho, porque la diferencia no es un concepto a partir del cual se ha creado, aplicado o interpretado.

¹²⁶Idem., pág. 176.

c) Interpretación como hermenéutica o Teoría de la Comprensión

Esta forma de interpretación implica tomar en cuenta todos los elementos que confluyen en el acto interpretativo, es decir, sujeto, objeto, realidad social, tradición, etc., para tener una comprensión total de la norma jurídica. En este sentido se ajusta más a una concepción tridimensional del derecho, pues engloba dimensiones que otras formas de interpretación no contemplan.

A la hermenéutica se le identificó con la dogmática jurídica, una ciencia apegada al texto de la norma y reducida al análisis conceptual de sus elementos. Sin embargo, hoy en día aparece como una teoría de la norma que engloba en un mismo análisis la materia objeto de la interpretación, las condiciones de quien interpreta y la realidad social que envuelve el acto interpretativo. Lo que debemos tener presente es desde donde se interpretará esa realidad social, porque sabemos que muchas de las interpretaciones hacen aparecer realidades sociales desde una sola perspectiva: la masculina.

Bajo este modelo se destaca como método de explicación de la función interpretativa, la llamada *Precomprensión*,¹²⁷ es decir la valoración de los juicios previos de quien interpreta que son producto de su ideología y se proyectan en el acto interpretativo. Lo importante es develar esos juicios previos en la interpretación y explicitar la ideología de quien interpreta, pues de lo contrario se convertirán en verdades que legitimen estructuras de dominación.

Bajo la hermenéutica se intenta entender el texto desde quien interpreta y desde el contexto en que se desenvuelve, es decir, el objeto de este método son las ideologías de ambas perspectivas. Y en este sentido coincide con el método feminista que rechaza la idea de una relación objetiva entre sujeto y objeto.

Este método integra varias dimensiones del derecho y por ende puede considerar la necesidad de visibilizar la desigualdad entre mujeres y hombres, como una característica básica de la vida social. Al cubrir varios elementos, no parece negar el hecho de que quien interpreta sea producto de los discursos sociales, históricos y culturales. Y quizá lo más importante es que asume que el sujeto (quien interpreta) y el objeto (norma) no están separados entre sí.

El peligro de la hermenéutica es que desemboque en una dogmática rígida que se imponga como forma cénica del lenguaje e interpretación de la realidad, como ha pasado con los métodos tradicionales de interpretación. De ahí la necesidad de una constante crítica y valoración de los elementos conceptuales del discurso hermenéutico tanto desde la doctrina como desde las instancias judiciales.

d) Interpretación como proyección ideológica y opción política

¹²⁷Idem., pág. 179.

Esta forma de interpretación representa la conformación de las normas al servicio de los intereses y fines políticos. Es la ideología de quien interpreta, como forma de representación de la realidad, la que se proyecta al momento de la aplicación de las normas y es esa visión del mundo y los criterios emanados de la misma, los que determinan el proceso de interpretación.

Esta forma de interpretación coincide con las premisas feministas de crítica al derecho, ya que la teoría jurídico-feminista hace una crítica fundamental a los supuestos ideológicos del derecho, es decir, la falsa dicotomía entre lo público y lo privado, y la supuesta neutralidad, objetividad, abstracción y universalidad del derecho.

El uso alternativo del derecho como método arranca de premisas marxistas en el enjuiciamiento del valor del derecho. La teoría marxista critica y rechaza los métodos clásicos de la hermenéutica jurídica por presentarse bajo criterios aparentemente neutrales dentro de una ciencia jurídica avaluatoria, que les servía para encubrir un status social, político y económico de la clase dominante. Según esta forma, la tarea de quien interpreta debe ser la investigación de los intereses de clase que representa y defiende el derecho de la burguesía y la aplicación de esas normas para beneficiar la lucha de clases y la construcción del Estado socialista.

Es decir, la doctrina y jurisprudencia alternativas denuncian el carácter ideológico del derecho y su práctica, en donde confluye la ideología del grupo al cual pertenece quien interpreta y su ideología personal, al tiempo que devela la ideologización del derecho cuando sigue los procedimientos de una ciencia jurídica formalista fuera del contexto social en que se aplica, que pretende defender interpretaciones objetivas e independientes de las opciones ideológicas y políticas.¹²⁸

La concepción del derecho bajo este método, a diferencia de la concepción feminista del derecho, que es más tridimensional, es la norma como hecho social, cuyo sentido debe develarse considerando su proyección social, sin salirse del marco general de la misma. La concepción feminista es más amplia porque cuando se habla de la categoría social género se comprende a todos los hombres y mujeres de todas las razas, clases, edades, opciones, etc., y por lo tanto la crítica no se reduce sólo a los intereses de clase sino a todas las otras categorías que son atrevesadas y atraviesan a la vez la categoría género.

La técnica del uso alternativo del derecho ha recibido críticas por atentar contra la certeza del derecho y la seguridad de los ciudadanos, pues no se sabe cuál va a ser la "alternativa" a aplicar por quienes juzgan. Y aquí el cuestionamiento será si en realidad podemos saber con seguridad cuál va a ser la alternativa a aplicar a un caso que puede tener distintas soluciones, si tomamos en cuenta que la ideología de quien interpreta determina el proceso de interpretación.

¹²⁸Tobón Sanín, Gilberto. Carácter ideológico de la filosofía del derecho. El uso alternativo del derecho. L.Vieco Ltda., Medellín, 1988.

De conformidad con la doctrina¹²⁹ hay que establecer la diferencia entre la aplicación alternativa arbitraria, que sustituye el espíritu de la norma por los criterios personales, y una jurisprudencia alternativa racional dentro del espíritu de la norma, cuya imprecisión y ambigüedad permiten diversas interpretaciones según las opciones políticas de quienes legislan y la ideología mayoritaria de los máximos tribunales de justicia que tradicionalmente ha sido patriarcal.

e) La interpretación como razonamiento típico

La doctrina jurídica contemporánea considera al razonamiento jurídico como un razonamiento típico, es decir porque se guía por los *topoi* o lugares comunes del pensamiento, el ámbito del sentido común donde coinciden la mayoría de las personas. Esto significa que se rige por criterios valorativos y de ponderación, no sistemáticos¹³⁰, que tratan de deducir unas conclusiones probables desde unas premisas de aceptación general y evidencia razonable.

Ya Aristóteles en su "Tópica" había distinguido dos tipos de conocimiento: uno apodáctico, cierto y seguro, que partiendo de premisas evidentes llegaba por un procedimiento lógico-deductivo a conclusiones cuya verdad era segura y evidente; y el conocimiento dialéctico, que era problemático, incierto e inseguro. Este último comprendía, por un lado, el razonamiento típico o probable y por otro, el razonamiento erístico o falso, con apariencia de verdadero.

La complejidad de la práctica jurídica presenta casos concretos con variedad de matices y aspectos, intereses contrapuestos, conflictos de valores y por lo tanto, la posibilidad de distintas soluciones. Este razonamiento permite la creatividad en el argumentar y en la búsqueda de premisas para llegar a soluciones. Este tipo de razonamiento se hace precisamente a través de los típicos, que son los hilos conductores del pensamiento o puntos de vista directivos que sirven para argumentar.

Este tipo de razonamiento parte de la realidad como problema, y se dice que es dialéctico porque no sigue un discurso lineal y uniforme, sino el contraste de las opiniones y la síntesis de los puntos de coincidencia.

Lo importante de analizar bajo esta forma de interpretación son los criterios detrás de los hilos conductores del pensamiento, que son los que en última instancia servirán para argumentar y justificar decisiones discriminatorias o no. Y aquí volvemos a la lógica que se va a utilizar, porque hacen un razonamiento dialéctico no garantiza que la categoría género esté presente, como vimos en la interpretación marxista del derecho.

El concepto de típico hace referencia tanto a normas legales como a cánones de interpretación, máximas o refranes jurídicos, sentido común, principios generales, buena fe, noción de interés, principio de confianza, etc. Es decir, se refiere

¹²⁹Idem., pág. 184.

¹³⁰El razonamiento sistemático es aquél que pretende reducir el derecho a fórmulas matemáticas y extraer del conjunto de reglas jurídicas principios universales e inmutables.

a cualquier tipo de consideraci—n fctica, normativa, axiol—gica, etc., que da pie para formular premisas distintas, discutibles y argumentables, desde las cuales se llega a una soluci—n tambi—n discutible que parece la m—s razonable.¹³¹

En este sentido, se ajusta m—s a la concepci—n tridimensional del derecho y a una realidad no lineal, en tanto las soluciones tambi—n son discutibles y argumentables y por lo tanto, abre posibilidades para deconstruir las creencias acerca de la verdad, el poder, el lenguaje y el conocimiento que han sido utilizadas para perpetuar estructuras de opresi—n.

De los l—mites de la actividad interpretativa

Aunque el marco jur—dico ofrece una gran variedad de posibilidades a quienes interpretan, existen unos l—mites racionales para que las decisiones sean jur—dicamente c—orrectas y socialmente acatadas como tales. La doctrina¹³² se—ala algunos de esos l—mites, a saber :

1. La actividad interpretativa siempre ha de desarrollarse dentro de las limitaciones jur—dico-normativas. En toda norma hay dos zonas distintas: una zona determinada o fcilmente determinable, y otra zona indeterminada, incierta o como dir'a Hart, en penumbra, donde la libertad interpretativo-valorativa es mayor. La zona determinada -no solo normativa sino tambi—n fctica- actuar'a como aut—ntico l—mite al que el o la jueza est— sometida a la hora de interpretar. Qui—n y c—mo se determinan esas zonas queda en el —mbito discrecional de los y las juezas.
2. Es necesario adecuar el texto con el significado de la norma mediante un razonamiento dial—ctico que ponga en funci—n de mutua coimplicaci—n el texto normativo y las circunstancias particulares del caso a regular. Cuando se acomoda el texto al mayor alcance de su significado se habla de una l—interpretaci—n extensiva y cuando se reduce el texto a una mayor concreci—n de su significado estamos en presencia de una l—ntepretaci—n restrictiva.
3. Al interpretar no debe olvidarse el significado primitivo de la norma, es decir, lo que quiso decir quien legisl—; pero la b—esqueda de ese significado no debe impedir la consideraci—n de elementos hist—ricos y teleol—gicos. Como ya se ha explicado, es casi imposible saber el significado primitivo de la norma, pues no es un producto homog—neo y pueden existir m—ltiples explicaciones sobre lo que quisieron decir quienes legislaron.
4. La conjugaci—n de criterios se dirige a lograr una interpretaci—n m—s razonable que de pie a una soluci—n m—s justa del conflicto, que no debe ser la que el o la interprete considere personalmente como tal, sino aquella que se adecœe mejor a los valores y usos de la sociedad regulada. Se supone que el o la jueza

¹³¹Martínez Roldán, op.cit., pág. 299.

¹³²Idem., pág. 286.

no debe interpretar su propia conciencia sino la conciencia mayoritaria de la sociedad como parámetro de racionalidad. Lo que no se dice es que muchas veces la conciencia colectiva no coincide con la conciencia personal de quien interpreta o que la conciencia colectiva maneja una racionalidad androcéntrica.

5. Para sobrepasar el riesgo inevitable de la ideologización de la actividad interpretativa, se exige una transparencia en el proceso y una motivación basada en una fuerte argumentación lógica. Se habla de una lógica argumentativa o dialéctica que guíe deliberaciones y controversias para persuadir y convencer a través del discurso, para criticar la tesis de los adversarios y defender las tesis propias con argumentos más o menos sólidos.

Para la concepción jurídico-feminista la transparencia deberá develar cómo el derecho va creando las identidades masculinas y femeninas jerárquicamente en el acto interpretativo y explicitar desde cuál lógica se hace la argumentación así como si los discursos serán interpretados diferentemente, según se ubique quien interpreta en los contextos sociales, políticos e históricos.

Conclusión

Ninguno de los anteriores criterios y modelos de interpretación utilizados en forma aislada podrán captar la naturaleza íntegra del derecho. Cada uno de ellos responde a momentos históricos y a concepciones del derecho diferentes. Sin embargo, tomando en cuenta los principios que valoran al derecho en forma tridimensional, es posible ir construyendo métodos para el análisis de un texto más acordes con la complejidad de la realidad social.

El objetivo de explicar los criterios tradicionales y modernos así como las diferentes formas de interpretación fue brindar a las personas algunos elementos para el análisis y la crítica tanto de los métodos como del derecho en sí. Recordemos que en última instancia, la escogencia del método responderá a una concepción ideológica del derecho y no olvidemos que un derecho que legitime las desigualdades sexuales constituirá un obstáculo para el cambio de nuestras sociedades.

La concepción jurídico-feminista parte de una visión más integral del derecho, esto es, como un sistema o fenómeno jurídico que va más allá de la mera letra de la ley y que contempla las contradicciones entre la norma escrita, su aplicación práctica y la interpretación de la misma considerando las perspectivas, experiencias y limitaciones tanto de las personas operadoras del derecho como de las usuarias de la administración de justicia.

Generalmente, los métodos tradicionales sólo muestran una visión parcializada de la realidad. La idea es tener libertad para combinar e integrar los diferentes criterios y así poder interpretar tomando en cuenta las perspectivas, necesidades, intereses y experiencias de cada sexo y las relaciones desiguales de poder que se dan entre ambos.

El derecho ya no será entonces un conjunto de normas escritas que se aplican aisladas de un contexto social, cultural, político y económico, sino que tomará en cuenta las relaciones, situaciones y posiciones de las personas que las crean, las aplican y las tutelan.

Siguiendo este orden de ideas, no basta recurrir al estudio formal de los textos legales para interpretarles. Se requiere realizar un análisis integral y más actual del sistema jurídico, se requiere reaprender una nueva visión del derecho a la luz del siglo XXI.

DE LAS LEYES DE LA LENGUA Y LA LENGUA DE LAS LEYES

Yadira Calvo*

«Las palabras se engarzan como cerezas en nuestra mente y prefiguran muchas de nuestras ideas. En el fondo y como decía Heidegger, no somos nosotros quienes hablamos a través del lenguaje sino el lenguaje el que habla a través de nosotros. (A. García Meseguer)

En general hay consenso en la idea de que la lengua no sólo refleja sino que mantiene vigentes los valores de una cultura. Pero esta expresión de Heidegger, la idea de que no hablamos nosotros a través del lenguaje sino que el lenguaje habla a través nuestro, citada por García Meseguer¹³³, es aterradorante en su hipérbole y nos coloca en la posición del poseído, del medium, del que no se pertenece porque su yo se encuentra habitado por alguien más que lo utiliza y lo maneja como a la marioneta del titiritero. Es el lenguaje hablando por nuestro medio, diciendo muchas veces lo que no queremos o de la forma en que no deseamos, limitándonos la manera de percibir el mundo y percibirnos a nosotros mismos, expresando el pensar y el sentir de una cultura que fue amasando las palabras y construyendo la sintaxis con criterios excluyentes que dejaron por fuera al género al que pertenecemos.

Es un hecho que nuestra relación con el mundo está mediatizada por el lenguaje, que las palabras son puntos de confluencia que nos permiten adoptar una actitud frente a las cosas, y que la gramática de cada lengua, como señala Lee Whorf, no es el instrumento para expresar ideas, sino quien les da forma. Ahora bien, si nuestra cultura es reconocidamente sexista, si para ella las mujeres y lo femenino valen menos, significan nada y califican peor, esta visión de mundo se refleja y perpetúa a través del lenguaje.

Y en defensa de sus fueros, la cultura que en él se expresa, para garantizarse su permanencia, fue creando a la par prohibiciones a puños para las mujeres sobre el uso del idioma, devaluando su habla, descalificando su palabra, denigrándola como chchara vacua e insensata. La voz de las prohibiciones abarca desde la llaneza de refranes y proverbios hasta las alturas de teólogos, educadores, escritores, filósofos, legisladores... todos con un mismo mandato de silencio. Si para el comediógrafo latino Plauto, «por bien que hable la mujer, está mejor callada»; si para el legislador griego Solón, «el silencio es el mejor adorno de las mujeres»; si para el anónimo y popular Juan Pueblo, «la mujer buena calla y la mala habla», todos están imponiéndonos una norma, un mandato, una orden transmitida y perpetuada desde griegos y latinos hasta nuestros días. Y esta orden tiene que ver con el uso de la palabra, con la aceptación de la cultura.

*Goicoechea, 30 de noviembre, 1998.

¹³³García Meseguer, Alvaro. ¿Es sexista la lengua española? Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, pág. 23.

Esto, unido a lo primero, significa colocar a las mujeres en posición de desventaja en el idioma, y por lo tanto en el grupo social. Se trata de una soga de doble nudo que tiene que ver con el modo en que la lengua se posesiona de nosotras y con la escasa autoridad que se nos concede, no ya para modificarla, sino siquiera para hablarla. Las dificultades que encontramos las mujeres para hacernos visibles como tales a través del lenguaje, se pueden observar en el mismo primer párrafo del presente texto, donde la corrección idiomática que impone el masculino como universal, en expresiones como «el poseso», «el medium», «el que no se pertenece» y «nosotros», impiden la manifestación del sexo de la mujer que escribe, su identidad genérica como autora y la inclusión de las demás mujeres como colectivo sujeto a las mismas desventajas de ese lenguaje que nos habla, aunque creemos ser quienes lo hablamos. Una podría apelar al expediente de agregar la forma femenina en todos los casos, como lo hacen algunas personas: «el poseso, la poseso», «el/la medium», «el/la que no se pertenece», «nosotros/as», pero esto vuelve farragosa la expresión, atenta contra la economía del idioma, entorpece el estilo, y en todo caso sigue guardando la jerarquía sexual con el empleo de los femeninos en segundo orden.

Según la norma gramatical¹³⁴ «el masculino posee un carácter general que está ausente del femenino, y este carácter es muy semejante al que hemos reconocido en el masculino, singular y plural, llamado genérico: *los padres* pueden significar padre y madre; *hijo* puede significar hijo o hija; *hijos* puede significar hijos e hijas», pero «nada de esto es posible con el femenino». Y nada de esto es posible con el femenino en el lenguaje porque nada de esto es posible con el femenino en la cultura.

Es como en muchas lenguas que los vocablos masculinos se estimen como genéricos; es decir, se supone que nos engloban o comprenden a mujeres y hombres; en tanto que los vocablos femeninos comprenden exclusivamente a las mujeres. Esto significa, como señala María Jesús Buzó Rey, que los genéricos «son un modelo cénico de discriminación sexo-lingüística»: reflejan la posición social superior y principal del hombre *versus* nuestra importancia secundaria.¹³⁵ Observemos para empezar, el vocablo «hombre», que puede funcionar en oposición al vocablo «mujer», y por lo tanto, sin dar lugar a la ambigüedad semántica, como cuando nos dicen: «Los hombres a la derecha, las mujeres a la izquierda». Pero este vocablo también puede tener un valor genérico, es decir, como equivalente de «persona», como cuando nos dicen que «el hombre es el rey de la creación». ¿De veras?!!! digo, ¿de veras es genérico? Legítimamente, las mujeres tenemos la sospecha de que este genérico no lo es y con él sólo se suele indicar un sinónimo de varón. Se trata, por lo tanto, de un vocablo con trampa, torcidamente cargado de ambigüedad. Su uso deriva de la identificación del macho con la especie entera. Y su trampa consiste en su doble sentido: un sentido amplio y abrazador que nos incluye a toda la generalidad; un sentido restringido que incluye sólo y exclusivamente a los

¹³⁴Real Academia de la Lengua. Esbozo para una nueva gramática de la lengua española. Espasa-Calpe, Madrid, 1974, pág. 179, nota 21.

¹³⁵Buzó Rey, María Jesús. Antropología de la mujer. Anthropos, Barcelona, 1988, pág. 97.

varones, como los clubes ingleses. Cuando se utiliza en qué sentido, eso ya es otra canción. Depende de un contexto, de un propósito, de una voluntad, de una conciencia. Y esta ambigüedad suele resultar por lo tanto, contraria a las mujeres, opuesta a nuestros intereses, ocultadora de nuestra realidad, negadora de nuestra humana condición.

Como dice Magda Catal ,¹³⁶ el empleo del término "hombre" para denotar lo humano, lo que est  por encima de la diferencia específica, no es un síntoma lingüístico gratuito ni debido al azar; responde a una desviación previa a partir de la cual tenemos la convicción de que el "as" denotado "es la realidad más normal o 'neutral'", en tanto que "su opuesto", es decir, la mujer, es un "elemento peculiar y marcado, un derivado del originario ser humano masculino".

Tener clara esta idea contribuye a pensar en la magnitud del efecto que puede tener, sobre la mente humana, el hecho de que las mismas palabras que se emplean para referirse a los hombres como vocablos masculinos, se empleen al mismo tiempo para referirse a la especie en su totalidad, como genéricos. La historia del uso de algunos de estos vocablos demuestra que su relación con la cultura es la del humo con el fuego: se conceptúan de este modo no realmente porque impliquen a las mujeres, sino porque se basan en el supuesto a que se refiere Magda Catal .

Ahora bien, pensemos en el derecho, y recordemos, porque es sano tenerlas presentes, las palabras de Augusto Bebel, cuando afirmó que leyes e instituciones expresan siempre "la dependencia social de una raza, de una clase o de un sexo"¹³⁷. Las leyes —dice él—, "son la expresión, formulada en artículos, de los intereses predominantes, expresión que se convierte en Derecho de un país". Por lo tanto, ellas "son negativas en el sentido de que en la distinción de los derechos no se toma nota ninguna del oprimido; positivas, en el sentido de que le indican su posición". Así pues, las leyes, en un mundo patriarcal, son irremediamente patriarcales.

En la Francia de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando las mujeres creyeron falsamente llegada su hora, se hicieron planteamientos que caían de maduros sobre aspectos que todavía no hemos conseguido. Tal es el de una normanda desconocida que se manifestaba contra el artículo XX del Reglamento Real de enero de 1789, que permitía a las mujeres hacerse representar, ante los Estados Generales, sólo por procuración. Su razonamiento es que si el derecho político está ligado a la propiedad y no a la persona, no se entiende cómo podría seguir sustentándose una segregación que ya no se apoya en ning en orden feudal. "Puesto que ha quedado demostrado, y con razón, que un noble no puede representar a un plebeyo ni éste a un noble, de igual manera un hombre no podría, con más razón a en, representar a una mujer, ya que los representantes deben defender exactamente los mismos intereses que aquellos a quienes representan: luego, las mujeres tan sólo podrían ser representadas por mujeres".¹³⁸

¹³⁶Catal , Magda. Reflexiones desde un cuerpo de mujer. Anagrama, Barcelona, 1983, pág. 17.

¹³⁷Bebel, Augusto. La mujer y el socialismo. Ediciones de Cultura Popular, México, 1978, pág. 359.

¹³⁸Citado por Duhet, Paule-Marie. Las mujeres y la revolución 1789-1794. Ediciones Península, Barcelona, 1974, pág. 34.

Pues bien, este razonamiento tampoco en nuestros días es atendido. A doscientos años de la desconocida normanda contestataria, Alda Facio¹³⁹ todavía defiende el mismo derecho que aquella defendía, y casi con los mismos argumentos usados por ella. Alda se ala como las personas que insisten en que el sexo de un funcionario, un diputado o un magistrado es indiferente, porque cuando actúan en calidad de tales lo hacen como representantes del género humano, son las mismas personas que se oponen a que se tomen medidas para lograr la incorporación de las mujeres a la esfera pública con la argumentación de que si se llegaran a conformar mayoría en cualquiera de estos puestos, esta mayoría sería discriminatoria para el hombre. Así, dice ella, consideran discriminatorio contra los varones que hubiese una representatividad de mujeres de un 51%, pero no consideran discriminatorio contra las mujeres el que un 94% de los diputados sean varones, porque ellos representan al hombre tanto como a la mujer. Problema del lenguaje: problema de la cultura.

Los hombres, en virtud del doble sentido, genérico y específico de la palabra que los denomina, nos representan a la totalidad; las mujeres sólo representan a las mujeres. Aunque, como afirma Alda,¹⁴⁰ la verdad es absolutamente lo contrario: los hombres han representado sólo los intereses de los hombres, y las mujeres que han accedido a puestos de poder, también han representado los intereses de los hombres. Y esto porque al confundir humanidad con seres humanos machos, se ha llegado a creer que los suyos son intereses comunes de la humanidad.

Ahora bien, ocurre que en el Artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica, se afirma que *Todo hombre* es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Para cumplir con este artículo y con las disposiciones de leyes, normas y tratados sobre la igualdad firmados y ratificados por el país, en años recientes se aprobó la Ley de igualdad social de la mujer (Ley No. 7142 de 1992). En ella, previendo la desposesión a que se ven sujetas las mujeres en unión libre, se estableció que toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá inscribirse a nombre de la mujer, en caso de unión de hecho. (Art. 7).

Dos años después, dos parceleros afectados por esta norma, alegaron ante la Sala Constitucional haber trabajado sus parcelas durante doce años, habiendo realizado todos los actos de posesión. En consecuencia, la Sala Constitucional declaró, en resolución del 18 de enero de 1994, que la expresión *A nombre de la mujer* en el caso de la unión de hecho, es inconstitucional porque viola el artículo 33 de la Constitución, o sea, el principio según el cual *Todo hombre* es igual ante la ley.

Mala memoria de los Magistrados, porque precisamente apenas dos años antes, la Sala había detectado otra inconstitucionalidad: de acuerdo con el artículo 14, inciso 5 de la Constitución, entre los costarricenses por naturalización se inscribe *la mujer* extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de

¹³⁹Facio, Alda. El Derecho patriarcal androcéntrico. Texto poligrafiado sin fecha, pág. 31.

¹⁴⁰Idem.

adquirir la nacionalidad. Este aparente beneficio para las mujeres de que se excluye a los varones, no es tal: se trata sólo de una antiquísima idea según la cual el hombre, pero no la mujer, goza de capacidad para extender su estatus a la cónyuge. Es parte de las anécdotas de nuestra historia la de un presidente de la República que, habiéndose casado con una mujer de inferior condición social, ante las recriminaciones contestaba: «Muchos las encuentran damas y las hunden en el fango; yo la encontré en el fango y la convertí en dama». Es el síndrome de Pigmalión y el mito de Adán: el hombre construyendo a la mujer; ella surgida de él, simple partícula de su cuerpo. Pero síndrome aparte, es también el reconocimiento de que las mujeres carecemos de estatus, y por lo tanto subimos o bajamos en la escala social no por cuenta propia, sino a través del hombre con quien nos casamos. Esto mismo es lo que se refleja en la ley que reconoce la naturalización a las mujeres, pero no de los hombres, por matrimonio, a consecuencia de la cual, algunos encontraron que habían puesto la soga en su propio cuello.

Apelando al artículo 33 de la Constitución Política, la Sala Constitucional halló inconstitucional en el artículo en cuestión, y en su resolución N.º 3435-92, del 11 de noviembre de 1992, estableció que, en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta Fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, «cuando en la legislación se utilicen los términos 'hombre' o 'mujer', deberán entenderse como sinónimos del vocablo 'persona'; y con ello eliminar toda posible discriminación 'legal' por razón del género». Tal corrección ordenaron los Magistrados la deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.¹⁴¹

Esto significa que la Sala, en su resolución del 18 de enero de 1994, mediante la que declaró inconstitucional la inscripción de parcelas «a nombre de la mujer» en casos de unión de hecho, actuó contra su propio criterio emitido el 11 de noviembre de 1992. En aquel momento había determinado que siempre que en la legislación se utilicen los términos «hombre» o «mujer», deberán entenderse como sinónimos del vocablo «persona». ¿Entonces cuál es la lógica interpretativa que siguió la Sala?

Veamos algunos otros textos legales para intentar adivinar lo que pasó. En el Artículo 172 del Código Penal, se establece que «el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país, de *mujeres* o de *menores de edad* de uno u otro sexo para que ejerzan la prostitución, será reprimido con prisión de cinco a diez años». Si intentamos leerlo según la determinación de la Sala en el 92, «el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de *personas* o de *menores de edad*... será reprimido con prisión». ¿Esto significa que «los menores de edad» no son personas?

Como que en vez de aclarar, la estafalaria resolución se enreda en nudos cada vez que intentamos aplicarla. Pero saquemos voluntad para seguirlo intentando, y para ello, no nos adentremos en las leyes, que sobra y basta con asomarnos a sus

¹⁴¹Todas las referencias a resoluciones de la Sala Constitucional están tomadas de Pérez, Romero y Enrique, Jorge. Derecho constitucional y género, en Revista de Ciencias Jurídicas. No. 75. San José, C.R., mayo-agosto 1993.

títulos: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la *Mujer* se debe entender como Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la *Persona*; la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la *Mujer*, se entenderá como Ley de Promoción de la Igualdad Social de la *Persona*; la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la *Mujer*, será la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la *Persona*; y el Convenio Relativo al Trabajo Nocturno de las *Mujeres* Empleadas en la Industria, será el Convenio Relativo al Trabajo Nocturno de las *Personas* Empleadas en la Industria.

Recordemos, sólo como medida de prudencia, que en Inglaterra, en la reforma electoral de 1832, se utilizó la palabra *person*, en vez de *man* con el mismo sentido que en castellano *persona*, y esa palabra permitió negar a las mujeres el voto, lo cual significaría que el nuevo vocablo no nos garantiza a nosotras protección contra las exclusiones.

Pero vamos más allá. En su Artículo 1, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la *Mujer* establece que para sus efectos, «la expresión 'discriminación contra la *mujer*' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la *mujer*... de los derechos humanos y las libertades fundamentales». Esto significa que la resolución de la Sala Constitucional mediante la cual debe entenderse «*persona*» cuando se lea «*mujer*», es discriminatoria porque puede incidir de inmediato en el menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de nuestros derechos: no es para «la *persona* humana en general para la que se legisla el permiso por parto o por lactancia sino para la *mujer*, porque se trata de leyes relacionadas con su particularidad biológica. «La estrategia de la igualdad deberá suponer siempre el reconocimiento de las diferencias».¹⁴²

No es para la persona humana como totalidad de la especie para la que se crearon leyes y convenios como las arriba citadas, sino para las mujeres. Y esto se hizo precisamente con el fin de corregir el vicio de exclusión que respecto a nosotras ha mantenido la ley. Cambiar *mujer* por *persona* en estos casos significa neutralizar su efecto. Y para señalar esta neutralización, volvamos a la lengua.

En español (y también en inglés y en francés), el masculino tiene, como se indicamos, un carácter general, ausente del femenino. Este último nunca se convierte en genérico. Y como la lengua es un consenso, un acuerdo social, un código, deberá pasar muchos años de acción feminista sobre el idioma para que esto pueda cambiar, puesto que para que un código lingüístico funcione, tiene que haber acuerdo en la asociación de un significante y un significado. Mientras tanto, si digo «el hombre» se podrá, eventualmente, aunque con mucha duda, aceptar que me refiero a la generalidad de las personas; si digo «la mujer», no se puede, de ninguna manera, en el estado actual de la lengua, comprender a la totalidad genéricamente

¹⁴²Irigaray, Luce. Yo, tú, nosotras. Ediciones Cátedra, Madrid, 1992, pág. 82.

indiferenciada; me refiero s—lo al colectivo que el nombre indica. Porque aunque yo, a t—tulo individual, disponga universalizar esta expresi—n, las dem—s personas, cualquiera sea su g—nero, no tienen este vocablo por universal y por lo tanto, manejan otro c—digo. En consecuencia, la ignorancia idiom—tica de los magistrados de la Sala Constitucional, produjo un adefesio legal, con muchas posibles consecuencias negativas para las mujeres.

La visi—n androc—ntrica de los magistrados resulta evidente, y con ella, aunque menos visible, se puede intuir su visi—n sexista. El hecho es que no s—lo el vocablo ÒhombreÓ, sino todos los masculinos pueden interpretarse gen—ricamente; y que no s—lo el vocablo ÒmujerÓ sino todos los femeninos, se interpretan como no gen—ricos. Por lo tanto, del desconocimiento de Òla SalaÓ, resulta que los varones se beneficiar—n del uso arbitrariamente gen—rico de la palabra ÒmujerÓ como sin—nimo de persona, consiguiendo fortalecer los derechos del colectivo masculino; en tanto las mujeres veremos debilitada la acci—n de leyes que buscaban eliminar las desigualdades de g—nero, sin que nos beneficiemos de igual modo del uso de ÒhombreÓ como persona, porque —ste ya exist—a.

Pensemos, para simplificar, en figuras penales como el rapto o el estupro, definidos respectivamente en el C—digo Penal como sustracci—n o retenci—n de Òuna mujerÓ, y acceso carnal con mujer honesta mayor de doce a—os y menor de quince. Estas definiciones tal como aparecen en el C—digo, suponen un ÒactorÓ masculino. Pero en el tanto que se lea ÒpersonaÓ en vez de ÒmujerÓ, tambi—n puede verse a los varones como v—ctimas de estos delitos y a las mujeres como perpetradoras. No es tan ingenua la resoluci—n.

Pero adem—s, como los otros vocablos femeninos de los textos legales siguen refiri—ndose s—lo a mujeres, nos podemos seguir viendo desigualmente tratadas con leyes como las que reprimen a Òla madreÓ pero no al padre que abandona al hijo reci—n nacido (Art. 143 del C—digo Penal); y como las que equiparan a Òla madreÓ y Òel menorÓ, colocando a las mujeres adultas, junto a los ni—os, como objetos de protecci—n especial a cargo de un Patronato Nacional de la *Infancia*. (Constituci—n Pol—tica, Art. 55), y confirmando as— el prejuicio hist—rico seg—en la cual las mujeres somos menores permanentes.

Son a—os y a—os de herencia sexista, de trato desigual y jerarquizado de los sexos en la cultura y por lo tanto en el derecho. Observemos s—lo de qu— modo en Costa Rica, en el C—digo Penal, se utilizan vocablos asim—tricos para referirse a situaciones similares de la pareja humana, como cuando se opone *manceba* a *concupinario* (Art. 112) en la figura de homicidio calificado. Seg—en la Real Academia, es manceba o concubina la Òmujer con quien *uno* tiene comercio il—cito continuadoÓ, y concupinario, Òel que tiene concubinaÓ, lo que significa que ambos t—rminos est—n definidos en referencia al var—n y son, por lo tanto, clara y abiertamente sexistas.

De igual manera, cuando en el Artículo 213 del Código Civil de Napoleón¹⁴³, se establecieron como obligaciones mutuas de los cónyuges la protección del hombre a la mujer y la obediencia de la mujer al hombre, se estaban plasmando, entre esposos, las relaciones de vasallaje del derecho feudal, supuestamente muerto, velado y enterrado desde siglos atrás. Y esta jerarquía entre esposos se consagra a partir de aquí, en todos los códigos civiles de América Latina por lo menos hasta la primera mitad del siglo XX. Pero no sólo eso. La ideología es coherente, y se trata del mismo pensamiento que plasma el Pontífice León XIII en sus encíclicas *Quod Apostolici* y *Arcanum Divinae Sapientiae*: Eso sí, el Papa nos disimula lo amargo, advirtiéndonos que debemos someternos y obedecer a nuestros maridos, no como esclavas sino como una compañera, a fin de que esta obediencia no esté falta de dignidad ni de honor".¹⁴⁴ O sea que si lo hacemos de buena gana, nos honramos y dignificamos. ¿De lo que se perdieron los esclavos antiguos y los siervos medievales!

Esta asimetría de las leyes se puede observar también en la codificación de los delitos contra la vida y contra el honor, en el Código Penal costarricense, en los que vocablos como *Honra* y *Deshonra* se relacionan exclusivamente con mujeres; y en los que enchila y pica un sabor moralizante y victoriano en expresiones como *Finis libidinosos*, *Aborto honoris causa*, *mujer honesta* y *de buena fama*.¹⁴⁵

Ahora torzamos los dos hilos de este paño: la Ley como expresión patriarcal, y el hecho de que su modo de expresión sea la palabra. Se trata de una disciplina que se expresa, se plasma, se manifiesta y se mantiene por medio del lenguaje. No por azar, *Abogado* y *Letrado* se registran a menudo como sinónimos y a su disciplina se la considera formando parte de *Las Letras*. Ahora bien, ¿cuál puede ser el resultado de un brebaje en que se mezclan a partes iguales dos ingredientes de tal potencia ideológica? Para averiguarlo, sigámonos la pista a sólo unas escasas hebras, a fin de no coger un empacho mental de misoginia y palabrería.

Vamos a lo sencillo y obvio, al empleo del masculino como genérico y universal en las palabras. A ese *Ciudadano*, a ese *Pueblo*, a esos gentilicios, *Costarricense*, *Francés*, *Americano*, con los que se asume debemos identificarnos también las mujeres porque son amplios, abrazadores y universalizantes, aunque bien sabemos que, como lo plantea Luce Irigaray, la lengua *No* es universal, ni neutra ni intangible. Si el género masculino domina, *Esta* marca gramatical, que eclipsa al género femenino, influye en la forma en que se experimenta la subjetividad y, por tanto, en la forma en que ésta traduce el discurso y se traduce en *Él*.¹⁴⁶

Con estas ideas claras, vémonos un poco atrás, puesto que *la* lengua se construye por sedimentaciones de los lenguajes de épocas anteriores,¹⁴⁷ y recordemos otra vez la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del

¹⁴³Bascou-Bance, Paulette. *La Condition de la Femme en France. Son Evolution*, en *Textes et Documents*. No. 19, 3er trimestre. Lyon, 1964, pág. 17.

¹⁴⁴Citado por Rondeau, Marc. *La promoción de la mujer*. Ediciones Bailén, Madrid, 1975, págs. 38, 40.

¹⁴⁵Ver los Artículos 113, 159, 164, 143, 120, 165, del Código Penal de Costa Rica.

¹⁴⁶Irigaray, op. cit., pág. 28.

¹⁴⁷Idem.

Ciudadano, considerada como la base de la afirmación de las democracias modernas. En aquel momento, cuando se aprobaba en la Francia revolucionaria la Constitución de 1791, Lanjuinais¹⁴⁸ definió quiénes eran los ciudadanos: "La idea general que suscita el vocablo es la de un miembro de la ciudad, de la sociedad civil y de la nación". Este es el sentido general. Pero luego viene un sentido restringido; en este sentido son ciudadanos "solamente los llamados a ejercer los derechos políticos, a votar en las asambleas del pueblo, y a los que pueden elegir y ser electos para desempeñar cargos públicos". "Así pues los niños, los deficientes mentales, los menores de edad, las mujeres, los condenados a pena aflictiva o infamante hasta su completa rehabilitación, no podrán ser considerados como ciudadanos".

Esto significa la maliciosa paradoja de que las mujeres eran ciudadanas, pero no eran ciudadanas. Lo eran en el sentido general, puesto que formaban parte del pueblo y para su mal, por supuesto, porque en tanto entraban en la definición amplia, podían ser pasibles de sanciones por delitos políticos. No lo eran, en el sentido restringido, puesto que, también para su mal, la ley no las consideraba aptas para ejercer derechos cívicos; y en tanto no entraban en la definición restringida, formaban grupo con niños, deficientes y criminales. "Si puedo subir al cadalso, por qué no a la tribuna?" —preguntó atrevidamente Olympia de Gouges¹⁴⁹ —, y se le contestó con el cadalso.

Aunque parezca una fantasía, la sectorización de vocablos aparentemente tan universales como los gentilicios, ha tenido también su activa representación en la ley. Una supone que "costarricense", "americano", o "francés", se refieren a cualquier persona en tanto nacida o nacionalizada en un país. Pero ¡ojo y tiento!, que la suposición no se sostiene. El ejemplo está a mano en la misma historia legal de Costa Rica, en la cual, salvo en dos Constituciones que incluyeron expresamente el vocablo "varón" para definir a quienes gozaban de ciudadanía, en ninguna más se utilizó otro que "costarricenses": "son ciudadanos" —decía la Constitución de 1871, que rigió hasta 1949— "los costarricenses con 20 años cumplidos, nacidos en el país o naturalizados en él". Pero casi como en la Francia de Lanjuinais, a las mujeres se las excluyó junto con los niños y los locos. Y la única manera posible para reconocer su ciudadanía, en la Constitución de 1949, fue agregando, al vocablo "costarricenses", la frase "de uno y otro sexo".

Esto demuestra que en el sentir de los legisladores desde la época de nuestra Primera Constitución, en Costa Rica había "ciudadanos costarricenses" y "mujeres de ciudadanos costarricenses", pero no había mujeres ciudadanas; no había siquiera mujeres costarricenses. Lo que no había en realidad era un vocablo genérico en el gentilicio. Si hubiera sido genérico, en la Constitución de 1949 no se habría tenido que agregarle "de uno y otro sexo" para reconocer el derecho de las mujeres al sufragio.

¹⁴⁸Citada por Duhet, op. cit., pág. 162.

¹⁴⁹de Gouges, Olympe. Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, Art. X, en Condorcet, De Gouges y otros. La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII. Edic. de Alicia H. Puleo. Anthropos, Barcelona, 1992. El Artículo X de la Declaración dice textualmente: "Nadie debe ser molestado por sus opiniones incluso fundamentales; la mujer tiene el derecho de subir al cadalso; debe tener también igualmente el de subir a la Tribuna con tal que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la Ley".

¿Qué disparate! O, estar pensando alguno. Un OalgunoO masculino o femenino patriarcal. ¿No se define la OdemocraciaO como una doctrina política favorable a la intervención del *pueblo* en el gobierno? ¿No aseguran quienes la definen, que en los regímenes democráticos *todos los ciudadanos* participan de una u otra manera en el gobierno, son *libres e iguales* ante la ley? ¿No fue la Grecia antigua —eso aseguran— la perla máxima que representó al sistema, aunque su forma moderna se origine en la Carta Magna de Inglaterra; y aunque su imposición en la mayoría de los países modernos se deba a la Revolución Francesa? ¿Y no fue acaso la Atenas de Pericles su mejor y mayor exponente en el mundo antiguo? ... Y, a propósito, ¿no fue Pericles aquél a cuyo juicio la mayor fama de una mujer era carecer de fama alguna?

Si todas estas respuestas son afirmativas, y de fijo lo son, o la democracia no es lo que se dice ser, o no ha existido en parte alguna del mundo. Ni en la Grecia de Atenas, ni en la Inglaterra de la Carta Magna, ni en la Francia de los derechos del *hombre* y del *ciudadano*, ni en la Constitución Política de Costa Rica hasta 1949, se tomó en cuenta a las mujeres para participar de ninguna manera en el gobierno. El uso genérico del vocablo *pueblo* no resultó ser genérico.

Ahora bien, teniendo en cuenta que Ola lengua condiciona la visión de mundo de la sociedad que en ella se expresaO,¹⁵⁰ es fácil entender que los vocablos masculino-genericos con que se enuncian las leyes, proyecten una percepción de sus beneficiarios como personas del sexo masculino. Por ejemplo, la Constitución Política de Costa Rica establece que Oel Poder Ejecutivo lo ejercen, en nombre *del pueblo, el Presidente* de la República y *los Ministros* de GobiernoO (Art. 13); que Olos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán *electos* por ocho añosO (Art. 158), y "los Regidores MunicipalesO por cuatro (Art. 171). Cuando se observa esto y se constata que en casi cien años de vida republicana no ha habido una sola Presidenta, que las Ministras se cuentan con los dedos de una sola mano y sobran dedos, y que las Magistradas son tan escasas como los diamantes azules, una tiene el legítimo derecho a preguntarse si el masculino de los vocablos no podría estar prescribiendo o sugiriendo, el sexo requerido para beneficiarse de tales cargos y honores.

Hasta aquí hemos tratado sólo de nombres sustantivos. Pero resulta que la lengua tiene una palabra que con frecuencia los sustituye, o mejor los señala, remite a ellos, los representa. Esa palabra es el pronombre, que se ve afectado por las mismas condiciones que afectan al nombre. Y aunque los gramáticos afirman que se trata de un vocablo de nulo o escaso contenido semántico, lo cierto es que adquiere el contenido de los sustantivos a los cuales representa. Helaine Morgan¹⁵¹ ha demostrado de qué modo no sólo la ambigüedad del vocablo *hombre*, sino la del pronombre *él* como su sustituto, induce a formarse una imagen mental masculina, que ha falseado incluso muchas especulaciones referentes a los orígenes, el desarrollo y la naturaleza de la especie humana.

¹⁵⁰López García, Angel y Morán, Ricardo. Gramática femenina. Cátedra, Madrid, 1991, pág. 10.

¹⁵¹Morgan, Helaine. Eva al desnudo. Pomaire, 1972.

Esto que ella dice para el pronombre *él*, es válido para todos los demás, porque según prescribe la gramática, el singular o el plural masculino del pronombre personal¹⁵² se estima indefinido respecto al sexo; es decir, los pronombres masculinos representan sujetos masculinos y femeninos. Pero no sólo los personales sino también los demostrativos plurales, como *Estos, esos, aquellos*; y los indefinidos, como *Muchos* y *Algunos*; pueden representar sujetos de ambos sexos. Como dice Irigaray, la diferencia sexual no se reduce a un don natural extralingüístico, sino que informa la lengua y es informada por ella. Determina los sistemas pronominales, los adjetivos posesivos, el género de las palabras y su división en clases gramaticales.¹⁵³

Y como la diferencia sexual informa a la lengua, así como las mujeres carecemos de la universalidad de que gozan los hombres como representantes de lo humano, las formas pronominales femeninas, informadas por esta realidad, sólo representa a sujetos femeninos. Por eso cuando las mujeres nos referimos pronominalmente a algo que compartimos con el grupo social entero, nos vemos obligadas a decir *Nosotros* y *Uno*, o *Ellos* si nos referimos a una tercera persona plural. Criticando este tipo de fenómeno, Luce Irigaray indica con su puntualidad, que *Si el señor Presidente de la República mantiene un encuentro con su Majestad, la Reina, decir que 'ellos mantuvieron un encuentro' es casi una anomalía gramatical.*¹⁵⁴ Al menos es, si no eso, un irrespeto contra la jerarquía.

Este fenómeno a que nos referimos se traduce en el hecho de que expresiones como "nosotras nos comprendemos", o *Una presiente la existencia del alma*, se refieran exclusivamente a sujetos femeninos. La afirmación no vale para los hombres. Y por la misma razón no podemos decir, que *"nosotros damos a luz"*. Para expresarlo en palabras de Alvaro García,¹⁵⁵ *En el terreno de las relaciones entre mujeres y varones, la lengua refleja la desigualdad tradicional con la que la sociedad viene tratando a las unas y a los otros*.

Aclarado esto, no es pura suspicacia gratuita creer que el pronombre utilizado en masculino es igualmente sugeridor de masculinidad en el mismo grado que el sustantivo al cual sustituye. En la Constitución Política, nos encontramos con afirmaciones como *Todos* tienen derecho a reunirse pacíficamente (Art. 26) y *Todos* pueden comunicar su pensamiento de palabra o por escrito (Art. 29); en el Código Penal encontramos que *No* comete delito *el que*, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona a *otro* para evitar un mal mayor; y que *No* es culpable, *el que* por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena (Art. 35). Sabiendo lo que sabemos, ¿por qué no dudar de que entre los beneficiarios de esos artículos no estemos incluidas las mujeres? Existiendo en el idioma la posibilidad de utilizar un pronombre sexualmente neutro como *quien*, o frases alternativas como *Todas las personas*, y *Otra persona*; el empleo de *Todos*, *Otro* y *El que*, no puede resultarnos indiferente, dada la necesidad de

¹⁵²Los pronombres personales son yo, tú, ella/él nosotros/nosotras, vosotras/ vosotros, ellas/ ellos. Aunque salvo "yo" y "tú" todos los demás tienen formas femeninas, la gramática normativa los enuncia siempre en masculino.

¹⁵³Irigaray, op. cit., pág. 18.

¹⁵⁴Idem., pág. 65.

¹⁵⁵Meseguer, op. cit., pág. 23.

que las leyes se expresen de la manera menos ambigua y más clara.

En síntesis, hay una lengua que a lo largo de la historia se ha alimentado y alimenta a su vez una cultura androcentrada, explícita o solapadamente sustentadora de la idea de que el varón es el modelo de lo humano, su máximo y mejor representante, la medida tope de la excelencia y el valor. Al derecho, como institución de tal cultura, no le es ajeno el punto de vista que la domina; y si bien se modifica lentamente según se exigen y se promueven cambios en la sociedad, lleva a costas un lastre de siglos que lo entorpece todavía. Para agravar las cosas, se expresa precisamente a través del lenguaje, con lo que potencializa su visión ya de por sí basada en la imagen, necesidades e intereses del modelo. Hasta el momento, esa es la realidad con que topamos. Para el futuro, la realidad será la que podamos inventar hombres y mujeres juntas, tomando en cuenta un mundo conformado por mujeres y hombres.

HACIA OTRA TEORIA CRITICA DEL DERECHO

Alda Facio

Introducci—n

Las cr'ticas del movimiento feminista¹⁵⁶ al derecho pueden ser catalizadores de transformaciones democratizantes dentro del mismo. Por eso ser'a beneficioso para los y las juristas y estudiantes de esta disciplina, conocerlas ampliamente y ponerles atenci—n. Estas cr'ticas no van s—lo en el sentido de denunciar las discriminaciones que sufrimos las mujeres, cosa bastante necesaria, sino que son mucho m's profundas y abarcadoras.¹⁵⁷ Es m's, se podr'a utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la base fundamental del derecho, que en la opini—n de la mayor'a de las corrientes feministas, est† hist—ricamente condicionada a la parcialidad. ¿Por qu? Por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al var—n œnicamente, y de Źste, s—lo al de cierta clase, raza, religi—n, preferencia sexual, etc.

En un trabajo que desarrollŹ en 1990, postulŹ que la gama de cr'ticas feministas al derecho era tan amplia como el feminismo mismo porque, aunque todas las corrientes insisten en que el derecho conlleva una fuerte parcialidad androcŹntrica, el contenido que le dan a esta acusaci—n var'a mucho. Ocho anos despuŹs, todav'a estoy de acuerdo con esta afirmaci—n. Con lo que ahora no estoy conforme es que tambiŹn dije en ese entonces que ŐUna forma conveniente de representar estas diferencias es la de una gama de opiniones similar a la gama pol'tica que caracteriza al feminismo en su totalidad, empezando por lo que podr'a llamarse la posici—n liberal feminista, avanzando hacia su radicalizaci—n en posturas izquierdistas.Ő¹⁵⁸

Hoy no estoy de acuerdo con esto œltimo porque creo que esa forma de plantear la gama de feminismos contribuye a la idea patriarcal de que esta teor'a/pr†ctica es siempre un planteamiento espec'fico de las mujeres ŐdentroŐ de las corrientes izquierdistas o liberales m's amplias. Hoy estoy convencida que el feminismo no tiene por quŹ asimilarse a planteamientos de la izquierda o del liberalismo para validarse como movimiento o como teor'a aut—noma. Aunque algunos feminismos son planteamientos que especifican para las mujeres las posturas liberales o izquierdistas, el Feminismo es una teor'a y una practica aut—noma que desarrolla y critica las ideas que lo preceden como lo hacen todas las teor'as, doctrinas o corrientes de pensamiento.

¹⁵⁶Entiendo por "movimiento feminista" el conjunto de movimientos y grupos sociales que desde distintas corrientes del feminismo, luchan por el fin del patriarcado.

¹⁵⁷Recordemos que la opresi—n de las mujeres esta en el coraz—n del patriarcado y por esto, aunque œsta no sea la œnica preocupaci—n de las personas que se consideran feministas, todas las personas que luchan por el fin del patriarcado, sean hombres o mujeres, tienen como objetivo general la eliminaci—n de esta opresi—n que, por cierto, conlleva la eliminaci—n de otras formas de discriminaci—n y opresi—n.

¹⁵⁸Facio, Alda., El Derecho como producto del Patriarcado, en *Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronos y otros Varones*. ILANUD, 1993, pág. 25.

El conjunto de feminismos que yo llamo Feminismo con ÒfÓ mayoescola, toma ideas y posturas del liberalismo, de la izquierda, de los movimientos anti-esclavistas, de derechos humanos, anticolonialistas, ecologistas, etc. para llevarlas a planteamientos más objetivos y más abarcadores de la realidad humana ya que incluyen a la otra mitad del género humano. Esta es la raz—n por la cual considero que estos celtimos no pueden ser considerados más amplios que el Feminismo. Al contrario, como la mayoría de estas teorías excluyen la realidad de las mujeres, pueden clasificarse como planteamientos y aspiraciones menos desarrollados que el Feminismo. Es más, muchas ideas del liberalismo, del marxismo, del ecologismo, fueron planteadas primero por mujeres que luego fueron silenciadas por el patriarcado.

Por eso hoy quiero desarrollar varias críticas que desde las distintas corrientes del feminismo se le hacen al derecho sin tener que ubicarlas dentro, o asimilarlas con, posturas liberales, socialistas o marxistas; por supuesto, como ya lo dije, sin negar que todas o la mayoría de las corrientes han sido influenciadas por estas teorías. Considero que todas las corrientes del feminismo buscan algœn grado de transformaci—n del estatus jurídico y social de las mujeres, y por ende, necesariamente pretenden transformar las relaciones de poder entre los géneros, lo que a su vez transformaría radicalmente las relaciones entre las clases, razas, pueblos, etc. y la estructura misma de las sociedades y del pensamiento.¹⁵⁹ Esto hace que todas estas corrientes sean más o menos críticas del derecho, aunque tal vez no todas logren constituir una Teoría Crítica del Derecho (TCD). Recordemos con Marx que una teoría crítica Òes un auto esclarecimiento de las luchas y deseos de una pocaÓ.¹⁶⁰ Así, para que las críticas que desde los feminismos se le hacen al derecho puedan considerarse una TCD, éstas tendrían que tener como objetivo, el esclarecimiento del rol que desempeña el derecho en el mantenimiento del patriarcado.

Por otro lado, no hay que olvidar que el sexismo es constitutivo del derecho y no una aberraci—n, por lo que peque—as críticas que tienden a reformas parciales podrían no tener ningœn efecto o, podrían hasta reforzar las estructuras de género patriarcales. Recordemos que muchas leyes que se han promulgado para el supuesto mejoramiento de la condici—n jurídica de las mujeres, con el tiempo han producido otras discriminaciones hacia algunas o muchas de nosotras. Esto es así porque las leyes son más reflexivas que constitutivas de realidades sociales y generalmente siguen la huella de los alineamientos del poder existentes.

Por ejemplo, las reformas legales en el campo de las relaciones íntimas han tenido la tendencia a ser desviadas, al plantearse preguntas equivocadas y descuidarse ciertos asuntos significativos como el hecho de que la mayoría de las mujeres pobres en América Latina no contraen nupcias ÒlegalmenteÓ por lo que

¹⁵⁹Considero que eliminar la opresión de las mujeres incumbe tanto a mujeres como a hombres aunque desafortunadamente ésto no ha sido entendido ni por la mayoría de los hombres, ni por muchas feministas. Por otro lado, entender que la subordinación de las mujeres es producto del patriarcado y no “culpa” de los hombres es importante. Entre otras razones, porque posibilita la incorporación de más hombres en el movimiento feminista ya que permite entender que los hombres también tienen un rol en el derrocamiento del patriarcado porque pueden escoger ser parte de la solución al problema de la opresión de las mujeres en vez de parte del problema.

¹⁶⁰Marx, Karl. Carta a A. Ruge, Setembro 1843, en Karl Marx: Early Writings. Traducido por Livingstone, Rodney y Benton, Gregor. Vintage Books, 1975, pág. 209.

quedan formalmente desprotegidas de la reciente ÒigualdadÓ en los derechos y obligaciones dentro del matrimonio como en las causales de divorcio¹⁶¹. Las mujeres pobres no pueden darse ni siquiera el lujo de cuestionarse si deben o no trabajar fuera de la casa pero el moderno derecho de familia tambiŽn ha descuidado el hecho de que para las mujeres de clase media y alta, el conflicto constante entre ser madre y trabajar fuera de la casa sigue frustrando la meta (inconsciente o consciente) de todas las mujeres (o al menos de la gran mayor’a) de alcanzar la independencia econ—mica. Es m+s, en las leyes de divorcio, las presunciones tradicionales sobre el rol del padre en el sustento econ—mico de la prole, son la base para el acceso obligado a, y control sobre, ex-esposa e hijas/os. El resultado de Žsto han sido reformas que m+s que aliviar las desigualdades de gŽnero, las refuerzan.

Por eso algunas teor’as feministas consideran que el sistema patriarcal s—lo tolera o promueve la emancipaci—n de las mujeres cuando Žsta beneficie su mantenimiento. Consideran que el empoderamiento que hemos logrado las mujeres hasta ahora es nimio en relaci—n al poder relativo y privilegios que todav’a tienen los hombres sobre nosotras y en relaci—n al enorme poder de la cultura e ideolog’a patriarcales. Nos advierten que no debemos Òdormirnos en nuestros laurelesÓ porque todav’a no se sabe cu#nto esas reformas o avances se traducir#n en beneficios para los hombres y, lo que es peor, en el reforzamiento del patriarcado.

Sin embargo, hasta ahora, la mayor’a de los feminismos se ha concentrado en los aspectos menos amenazantes de la transformaci—n del derecho. El objetivo principal ha sido lograr que las mujeres puedan hacer todo lo que los hombres hacen, en la forma como lo hacen. Las cr#ticas mas profundas han sido silenciadas, malentendidas o ridiculizadas por razones que no son dif#ciles de comprender. Aunque ha sido arduo lograr que las mujeres sean aceptadas en el mundo masculino del derecho como abogadas, juezas o juristas, mas dif#cil aun es que se entienda como el sexismo est# en la base misma de casi todas las instituciones jur’dicas. Esto porque es m+s f#cil permitir la entrada de mujeres a las instituciones patriarcales que transformarlas.

Por ejemplo, es m+s f#cil permitir que algunas mujeres lleguen a ser juezas de las cortes supremas que cuestionar los principios jerarquizantes que organizan el sistema de administraci—n de justicia. Es menos complejo permitir que algunas mujeres practiquen el derecho que cuestionar el modelo de resoluci—n de conflictos que constituye el sistema jur’dico. Es m+s sencillo elevar a una mujer como jurista eminente que cuestionar el androcentrismo en la doctrina jur’dica. La historia nos demuestra que es m+s f#cil aplaudir a algunas ÒgrandesÓ¹⁶² mujeres, que cuestionar y confrontar la misoginia¹⁶³ que permea el derecho; misoginia que siempre est# al alcance de cualquier persona que se sienta amenazada por la presencia de m+s mujeres en el campo de lo jur’dico.

¹⁶¹Las otras mujeres, aunque formalmente igualadas al marido, tambiŽn siguen discriminadas en la realidad porque como ya se ha dicho, la declaraci—n formal de igualdad no la produce.

¹⁶²“Grandes” en el sentido que se usa para los “grandes” hombres.

¹⁶³“Misoginia” es el odio, repudio o desprecio de lo femenino.

Por otro lado y como generalmente sucede cuando se trata de transformar una institución patriarcal, también es innegable que es beneficioso para las mujeres que algunas logren puestos de poder en las distintas instituciones del sistema jurídico, así como el título de 'grandes' entre los y las juristas. Esto hace más difícil entender que la contradicción entre las posturas más radicales, que critican las corrientes que sólo pretenden 'agregar' mujeres a las instituciones patriarcales, y su insistencia en que las mujeres tienen el potencial de transformar cualitativamente una institución, es sólo aparente. Esto porque ambas posturas parten de la convicción de que cuando esa incorporación es suficiente, hay una transformación real de la institución. Digo que esa es sólo una transformación en apariencia porque parte intrínseca de la mayoría de las críticas más radicales es el convencimiento de que las instituciones jurídicas no se podrán mantener patriarcales si se abrieran a la inclusión de la diversidad del género humano. Es obvio que cuando hay sólo un número insignificante de mujeres, no hay inclusión de esa diversidad, pero cuando el número es significativo, hay mucho más probabilidades de que la haya.

Es por lo anterior que las críticas más radicales insisten en que no se elimina el sexismo de una institución con la incorporación de unas pocas mujeres pero también reconocen que las pocas mujeres que lo han logrado han conseguido cambios en la legislación y en la administración de justicia. Sin embargo, esto no es suficiente. A pesar de la promoción de tantas leyes contra las distintas formas de violencia de género contra las mujeres, ésta no ha disminuido; es más, algunas personas consideran que se ha incrementado. A pesar de que ya casi no quedan leyes abiertamente discriminatorias, las mujeres siguen ganando menos, con menos beneficios y con más inseguridad y más trabajo dentro y fuera del mercado laboral. Por más que los hombres estén reclamando su derecho a la paternidad y a la custodia de sus hijas e hijos, no se ha incrementado su participación en su cuidado, ni en las responsabilidades domésticas. Peor aún, la cuota de poder de las mujeres en las instituciones más importantes como el gobierno, las religiones organizadas, la educación superior, los medios de comunicación, la ciencia y el arte, entre otras, permanece bajísima. Es decir, lo que define al patriarcado sigue intacto.

Por eso se requieren teorías críticas en todos estos campos, incluyendo, por supuesto, teorías críticas del derecho. Una teoría crítica del derecho debe pretender efectuar un cambio radical de perspectiva respecto de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico. Debe vincular el derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación. Debe no sólo describir al objeto derecho, sino que, al hacerlo, lo debe afectar. Desafortunadamente, las más conocidas de las teorías críticas del derecho han pecado de lo mismo que las teorías tradicionales. Es decir, han excluido los anhelos de quienes luchan por una verdadera igualdad entre todos los seres humanos, y no sólo una igualdad entre los hombres de distintas razas, etnias, clases sociales, etc. Sin embargo, hay un reciente conjunto de teorías que sí lo hacen. Estas teorías son feministas cuando pretenden afectar al derecho de manera que contribuya a la eliminación del patriarcado.

Para que una teoría logre el auto esclarecimiento de las luchas y deseos del movimiento feminista con respecto al derecho, tendrá que utilizar categorías y

metodologías que revelen en vez de ocultar las relaciones de dominación masculina y subordinación femenina. Una de esas metodologías que tendrá que utilizar será el de la reconstrucción como método de análisis de los conceptos supuestamente neutros para demostrar su verdadera naturaleza androcéntrica así como para visibilizar las relaciones de poder que oculta. Asimismo tendrá que recurrir a distintas formas de hacer crítica, como, por ejemplo, testimonios o narrativas, que permitan construir realidades sociales alternativas al tiempo que faciliten la protesta contra la aceptación acrítica de métodos y discursos que dejan por fuera gran parte de las distintas formas que toma la opresión de las mujeres.

Dicho lo anterior, mantengo que una teoría que parta, explícita o implícitamente de que el derecho refleja objetivamente la realidad social y biológica de mujeres y hombres, o que no admita que el derecho ha desempeñado un rol importante en el mantenimiento y reproducción de todas las desigualdades de género y no sólo de las desigualdades jurídicas, no puede considerarse una teoría realmente crítica porque deja por fuera las luchas y deseos del movimiento más importante de esta época: el movimiento feminista.

Críticas que se mantienen dentro del formato tradicional, supuestamente objetivo y racional, generalmente ocultan diversas formas de dominación masculina y tienden a excluir las múltiples voces de las mujeres. Así, textos que pueden ser muy críticos de alguna de las instituciones del derecho, cuando se mantienen estrictamente dentro del formato tradicional, no develan importantes dimensiones de la subordinación de las mujeres. Desafortunadamente, en América Latina, todavía la gran mayoría de las críticas al derecho se hacen dentro del formato tradicional de los textos jurídicos escritos en tercera persona, con pretensión de objetividad absoluta. Además, por lo general, estos textos, aunque escritos por mujeres, citan casi exclusivamente a juristas varones lo cual excluye el pensamiento y realidad de las mujeres al tiempo que oculta el hecho de que esa exclusión no es casual sino estratégica, y mantiene la sobrevaloración de los hombres como los ómniscientes o mejores juristas.

Cuando algunas juristas hemos tratado de enmarcar nuestras ideas en formatos alternativos, tales como iniciando un texto con un testimonio o un cuento, método muy aceptado en otras disciplinas, medios y regiones, hemos visto como nuestras ideas son menospreciadas como demasiado subjetivas e irracionales, aun cuando el resto del texto está enmarcado en un formato tradicional. Por eso sostengo que una verdadera TCD debe incluir otros formatos de expresión de ideas que no sólo permitan incluir más voces, sino que faciliten la incorporación de sentimientos y la concreción de ideas abstractas en personas de carne y hueso y en experiencias realmente vividas. Con esto no estoy propugnando por la subjetividad irracional. Creo importante mantener la racionalidad y la objetividad como metas, pero estoy convencida que a veces lo más racional es ser emotiva y que la ómnica forma de acercarse a la objetividad es explicitar desde donde se miran y analizan los hechos y las ideas. Es mucho más racional enojarse ante la injusticia, que mantenerse supuestamente neutral. Es mucho más objetiva una descripción de una experiencia de violencia

sexual que explícita desde quien se hace tal descripción, por ejemplo, que hablar en abstracto sobre la misma como si no se hablara desde nadie.

Aun aceptando que no todas las críticas al derecho que se hacen desde el feminismo, logran conformar una TCD, me voy a limitar a analizar algunas sin definir cuáles pueden o no constituir una verdadera Teoría Crítica con letras mayúsculas. Es posible que aun las críticas más suaves, de llevarse a su lógica consecuencia, pondrán en evidencia las relaciones de poder entre los géneros y por ende, hasta las aparentemente más inocuas podrán subvertir el orden patriarcal. Las palabras claves para esto son Ode llevarse a su lógica consecuenciaÓ. Es decir, considero que es posible que aun las críticas más suaves podrán derrocar al patriarcado, pero solamente si nos llevan a cuestionar el por qué el sujeto del derecho es el hombre adulto adinerado, sin discapacidades visibles, heterosexual y perteneciente a la raza, etnia, clase y religión dominante en cada cultura.

I. El derecho es justo, s—lo necesita más mujeres

Una primera crítica que se hace desde el feminismo al derecho, parte de una concepción de hombres y mujeres como esencialmente iguales, con las mismas capacidades y habilidades. Postula que el problema ha sido que las mujeres no hemos tenido la capacidad jurídica y la posibilidad material de demostrarlo. Desde este enfoque, las acusaciones de androcentrismo que se le hacen al derecho son relativamente fáciles de corregir ya que no cuestionan sus postulados básicos. Es la exclusión de las mujeres de los espacios de poder, tradicional e históricamente masculinos, lo que hay que revertir.

En el fondo, esta crítica es una denuncia del derecho por prácticas masculinas injustas y que se expresan o reflejan en que casi todos los juristas de renombre, jueces y legisladores son hombres. No contradice las concepciones tradicionales del derecho, ni cuestiona su racismo, homofobia ni ninguna de sus otras exclusiones. Menos aún, cuestiona la contribución decisiva del derecho a la opresión de todas las mujeres y de tantos hombres. Apunta a suplir lo que hasta ahora ha sido una injusticia del hombre hacia la mujer sin preocuparse por las injusticias entre hombres o entre mujeres.

Se puede decir que, en general, estas feministas creen posible la democratización del derecho a través de la derogación de las normas del componente formal que tienen por objeto discriminar al Osexo femeninoÓ tomado como un dato homogéneo. Creen que estas pocas normas se podrán derogar fácilmente con la incorporación de más mujeres al ámbito de los poderes políticos. Desde esta crítica hay posiciones distintas en cuanto a lo que se debe entender por normas discriminatorias.

Una vertiente encuentra que lo son todas aquellas que tratan a las mujeres distintamente que a los hombres, incluyendo entre éstas a las que han sido promulgadas para beneficiar o OprotegerÓ a las mujeres. Argumentan que el problema de la discriminación contra las mujeres se eliminará cuando la legislación trate a hombres y mujeres exactamente igual. Proponen, aunque generalmente s—lo

en forma tácita, que para ello es necesario que las mujeres se comporten más como los hombres.

Dentro de esta misma línea hay otras que abogan por la admisión de algunas excepciones al trato igualitario basadas en aspectos físicos exclusivamente femeninos como lo son la gestación y el parto. Como es obvio, el problema con esta concepción es que el referente del derecho sigue siendo el hombre. Desde este enfoque, son las mujeres las que somos diferentes y por ende necesitadas de una legislación o protección especial. Otro problema con normas que se basan en la diferencia de la mujer con el hombre es que éstas han sido interpretadas como otorgando privilegios a las mujeres en vez de considerarse normas que buscan la equidad entre los sexos. Así, hasta las normas que prohíben o prohiben ciertos trabajos a las mujeres basadas en que somos más débiles física o moralmente, normas que en realidad excluyeron a muchas mujeres de trabajos mejor remunerados, fueron y son interpretadas como otorgando un privilegio a las mujeres en desmedro de los hombres.

Como ya lo se al , dentro de esta crítica hay algunas que consideran que la eliminación de normas discriminatorias se hará automáticamente con la incorporación de las mujeres al quehacer político lo cual a su vez garantizará la universalidad de los postulados jurídicos. Se trata de una crítica que se centra en el acceso de algunas mujeres al ámbito público en tanto es de allí donde, seg en esta corriente, las mujeres han sido excluidas. Este enfoque no evidencia, por lo menos en una primera etapa, la ausencia de derechos específicos para las distintas mujeres. Y, aunque sí aboga por la derogación de normas discriminatorias contra las mujeres dentro de la esfera privada del matrimonio, no cuestiona la ausencia de obligaciones iguales en la misma, ni la división arbitraria entre lo público y lo privado, ni la división sexual del trabajo.

Parte, además, de que las mujeres, por el hecho de serlo, cuando est n en el poder, querrán o podrán eliminar todas las normas discriminatorias. Si bien es cierto que todas las mujeres ocupamos una posición desde la cual se nos facilita distinguir algunas normas que nos discriminan, no todas sufrimos la discriminación de igual manera, ni todas somos igualmente oprimidas, es más, algunas tenemos grandes privilegios económicos, educativos, etc. y a muchas nos cuesta vivir la discriminación sexual de forma consciente. Por eso no toda incorporación de las mujeres al poder garantiza la eliminación de todas las discriminaciones que sufrimos las distintas mujeres por ser mujeres.

Una mujer que nunca ha vivido el racismo o que no lo ha incorporado a su visión de mundo como una forma de discriminación sexual, posiblemente no entienda por qué otras hablan de que para que haya igualdad en el acceso al poder político para todas las mujeres, por ejemplo, tienen que haber leyes que protejan contra el racismo como forma de discriminación y violencia de género e insisten en que las acciones afirmativas tienen que estar diseñadas de manera que no reproduzcan el racismo que permea el derecho y la sociedad.

Para una mujer que no entiende como funciona el racismo, basta que exista una acción afirmativa que la autorice a elegir y le de oportunidades reales de ser electa para que se sienta satisfecha con el derecho al sufragio. Las que han entendido que el racismo es otra estrategia de exclusión del poder, saben que no basta con acciones afirmativas neutrales en términos de etnia y muchos menos con leyes "neutrales" para otorgarle a todas las mujeres la ciudadanía plena.

Lo anterior nos ayuda a entender que la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres es una tarea extremadamente compleja que no se reduce a la incorporación de algunas mujeres al poder. Se complica aún más cuando comprobamos que no es cierto que la mayoría de las mujeres quiere la eliminación de todas las manifestaciones del sexismo. Es más, muchas de las que han logrado acceder al poder político, incluyendo a mujeres negras e indígenas, insisten en que no existe la discriminación sexual y que ellas son prueba de ello. Por otro lado, no todos los hombres detentan el mismo poder, ni todos están imposibilitados de ver el sesgo androcéntrico en el derecho, ni todos quieren mantener sus privilegios de género. Es más, algunos hombres son víctimas de la violencia de género infligida por mujeres. Todo lo cual nos demuestra que ni mujeres ni hombres constituimos grupos homogéneos, aunque el derecho pareciera partir de esa ficción.

Pero no hay que olvidar que, según Carol Gilligan¹⁶⁴, un aumento considerable de mujeres en cualquiera de los ámbitos de la creación o aplicación del derecho lo transformará eventualmente. Esto es así porque, según sus investigaciones, los hombres tienden a identificar lo jurídico con un sistema de derechos y deberes definidos por las normas. Las mujeres, por el contrario, tienden a adoptar una actitud menos dogmática y tienden a buscar soluciones acordes con su concepción de justicia enmarcada en el respeto por los derechos humanos. Dejando de lado la discusión de si hombres y mujeres son moralmente diferentes por naturaleza, por socialización o por su condición existencial¹⁶⁵, lo cierto es que, en general, las mujeres tenemos una concepción de la justicia distinta a la de los hombres. Esta diferencia se manifiesta más contundentemente cuando solucionamos un problema individual que cuando estamos creando leyes en abstracto. Pero aún en este último caso, se ha comprobado que un aumento significativo de mujeres en el congreso, se transforma la naturaleza de las leyes que ahí se promulguen.

II. La ley es justa, se aplica mal

Otra crítica toma la posición de que el derecho, con la excepción de algunas normas discriminatorias, es neutral, objetivo y universal aunque ha sido injusto hacia las mujeres debido a que quienes lo aplican e interpretan son personas insensibles a las relaciones de poder entre los géneros. Desde esta óptica se argumenta que la falta de una perspectiva de género en la administración de justicia ha causado un sesgo androcéntrico en la aplicación e interpretación de leyes que son neutrales y objetivas.

¹⁶⁴Gilligan, Carol. In *a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press, Cambridge, 1982, pág. 174.

¹⁶⁵Entiendo que la condición existencial incorpora elementos biológicos y sociales a la vez y por eso la distingo tanto de la condición fisiológica como de la condición culturalmente construida.

Este argumento se utiliza más fácil y frecuentemente con respecto a la impunidad de los violadores, incestuadores, y agresores domésticos, las bajas pensiones alimenticias, etc. Se dice, por ejemplo, que las y los jueces no aplican bien la legislación que se castiga esos delitos o que se establece pensiones equitativas en abstracto. Desde esta crítica, se argumenta que si las leyes fueran aplicadas por personas sensibles al género y con esa perspectiva, más violadores irían a la cárcel, las pensiones alimenticias serían más altas, etc. Y, aunque lo anterior pueda ser cierto, este tipo de crítica tampoco cuestiona la confianza en la neutralidad intrínseca de los principios básicos del derecho. Bajo esta crítica sólo se requeriría tener jueces y juezas sensibles al género interpretando y aplicando las leyes neutras desde una perspectiva de género para que el fenómeno jurídico fuera generalmente justo.

Esta crítica no es del todo coherente ya que si la aplicación de la norma se ve afectada por la ausencia o presencia de la perspectiva de género, es lógico pensar que también la creación de la misma tiene que ser afectada por ese hecho. Es impensable que un cuerpo legislativo compuesto casi exclusivamente por hombres no sensibles al género, pueda crear leyes neutras, sin ningún sesgo androcéntrico. Sin embargo, es un avance sobre las posturas dentro de la primera crítica porque insiste en la necesidad de aplicar el derecho desde una perspectiva de género.

Además, esta crítica es importante en cuanto impacta la concepción tradicional, supuestamente superada¹⁶⁶, de que los jueces aplican el derecho vigente sin interpretarlo desde sus valoraciones éticas. Recordemos el tan repetido principio de que los jueces son únicamente las bocas que pronuncian las palabras del Derecho.¹⁶⁷ Pero, si desde esta crítica se insiste en que la norma debe ser aplicada desde una perspectiva de género, es necesario que la misma sea interpretada desde esta óptica, especialmente cuando la ley, como es en la mayoría de los casos, sólo contiene principios y líneas generales de regulación cuyo sentido debe ser ponderado por la o el juez en función de las características particulares del caso concreto al que se va a aplicar. Y, si se critica la aplicación del derecho por no tener una perspectiva de género, es porque se considera que la aplicación del mismo se hace desde una perspectiva androcéntrica. Es decir, esta corriente critica la forma como las normas objetivas y neutras son aplicadas de manera más favorable a los hombres que es lo mismo que decir que esas normas son interpretadas desde una perspectiva androcéntrica.

Algunas feministas hemos insistido en la necesidad de la superación de esa concepción de la función de las y los jueces porque ella esconde el hecho y la forma como los valores culturales androcéntricos de las y los jueces se filtran en sus decisiones. Consideramos que si se acepta que hay interpretación de parte de las y los jueces antes de aplicar la o las norma/s a un caso concreto, es más fácil lograr que se acepte que esa aplicación no es neutral en términos de género y que por ende, para lograr una mayor justicia, es imprescindible que la ley, sea neutral o no, sea interpretada desde una perspectiva de género a la hora de ser aplicada. Es más, consideramos que si se acepta que las y los jueces crean derecho, específicamente el derecho

¹⁶⁶Digo supuestamente superada porque en mis 14 años de experiencia capacitando a jueces y juezas en la teoría de género, una impresionante mayoría insiste en que ellos no interpretan las normas sino que simplemente las aplican.

¹⁶⁷Ver Cardozo, Benjamin. La Naturaleza de la Función Judicial. Ediciones Arayu, Bs.As., 1955, pág. 138.

judicial, es más fácil rechazar la idea de que la sentencia es un silogismo, lo que abre el espacio de crítica a la misma. Esto a su vez permite la creación de un derecho judicial más apegado a la justicia y al respeto de los derechos humanos de todas las personas. Además, si se acepta que las y los jueces elaboran el derecho judicial, ya no se podrán escurrir bajo la excusa de que si hay discriminación contra las mujeres en la administración de justicia es porque la ley es discriminatoria y no porque las y los jueces lo sean.

Pero, al igual que la primera, esta crítica no cuestiona el sesgo androcéntrico de todas las normas vigentes y menos aún el de los postulados básicos del derecho. De nuevo quiero recalcar que aunque la crítica en sí no cuestiona el androcentrismo paradigmático del derecho, la solución sí erosionará ese paradigma. Pensemos si no, en los efectos que tendrá en la concepción del sujeto de derechos y obligaciones, si todas las normas fueran aplicadas desde una perspectiva de género. Aunque la norma aplicada fuera de naturaleza androcéntrica, el hecho de ser interpretada repetidamente desde una perspectiva de género, transformará necesariamente su contenido.

III. El derecho es parcial, pero no tanto

Otro enfoque nos presenta alegatos de parcialidad en la selección de los problemas a los cuales la sociedad quiere dar solución. Esta crítica cuestiona algunas áreas básicas del derecho, aunque más por omisión que por acción. En este campo están las feministas que argumentan que la invisibilización de la mujer del quehacer social ha hecho que el derecho, y particularmente las leyes, no se preocupe de problemas que son sentidos principalmente por mujeres. Como por ejemplo, la falta de legislación, hasta hace muy poco tiempo, alrededor de la violencia doméstica, el abuso sexual incestuoso, el hostigamiento sexual, la doble o triple jornada laboral de las mujeres, etc. Sin embargo, estas críticas también se quedan cortas, porque aunque visibilizan que en algunas áreas del derecho se ignoran algunos problemas, se cree que la solución reside en promulgar leyes alrededor de estos problemas sin cuestionar el sesgo androcéntrico en las instituciones jurídicas y en la forma como el derecho soluciona los problemas sociales.

Es decir, desde este enfoque no se cuestiona que el derecho, además de ser androcéntrico por no darle ninguna solución a ciertos hechos sociales que no percibe como problemáticos, tales como el embarazo no deseado, el acoso sexual, la violencia psicológica, la división sexual del trabajo, etc., también es androcéntrico por la forma como soluciona los hechos que sí percibe como problemáticos. Así, la solución que hasta ahora les ha dado el derecho a los problemas relacionados con el dato fáctico de la división sexual del trabajo es partir de que no existe y de esta manera soluciona los problemas laborales como si no existiese la división sexual del trabajo, partiendo de que todos los trabajadores son personas que no tienen otra jornada laboral no remunerada o cuando mucho, de que tanto hombres como mujeres tienen trabajo que realizar en sus hogares. En cuanto al embarazo no deseado, el derecho generalmente parte de que éste no es un problema para nadie, incluyendo a la mujer que lo debe sufrir. En cuanto a la gestación y el parto, como ya se dijo, el derecho les da una solución que parte de que éstos son un problema de las mujeres que quieren o necesitan trabajar. Así las normas que otorgan una licencia por maternidad son entendidas como un privilegio para las mujeres en vez de una medida

necesaria para toda la sociedad, pues es a todos los seres humanos que les interesa la reproducción saludable de la especie y no sólo a las mujeres.

Bajo este enfoque se insiste en promulgar, por ejemplo, leyes sobre violencia doméstica que tratan este tipo de violencia como si fuese neutral. Como si esta violencia se diera indistintamente contra hombres o mujeres, niñas o niños o como si en las relaciones de pareja y en las familias, no hubiese una persona con mucho más poder que la o las otras.

En síntesis, esta tercera gama de críticas no demuestra el carácter esencialmente patriarcal del derecho al insistir en que los problemas sociales pueden ser tratados como neutrales en términos de género. Aunque hay que admitir que estas corrientes aceptan que el fenómeno jurídico es influido por las fuerzas sociales. Sin embargo, aun las que aceptan esta influencia, insisten en que, en general, el derecho es objetivo y neutral. Como es lógico si una cree en la neutralidad del derecho, insisten en que hay un núcleo básico de principios fundamentales que son universales y neutrales en términos de género.

IV. Igualdad o Diferencia

Una crítica más radical, en cambio, parte de que mujeres y hombres somos diferentes (para algunas esencialmente diferentes y para otras culturalmente diferentes) y que esas diferencias sólo han sido tomadas en cuenta por el derecho cuando hacerlo beneficia a los hombres. Estas corrientes arguyen que el problema no está en las diferencias sino en cómo éstas han sido asimiladas al concepto de desigualdad, a la vez que jerarquizadas de acuerdo al término de mayor valor, el hombre, sus características, atributos y roles. Desde estas corrientes no se busca la igualdad ante la ley de hombres y mujeres porque, al igual que con los otros conceptos creados por la cultura patriarcal, el de igualdad está sesgado por la experiencia y los intereses masculinos. Esta crítica pone en duda el que la igualdad jurídica logre la emancipación de las mujeres puesto que hasta ahora ello ha significado asimilación al varón. Más bien relativiza los conceptos totalizantes de la igualdad y la diferencia para asumir que en algunos campos las mujeres requieren la igualdad y en otros la validación de su diferencia.

Esta crítica, aunque cuestiona el trato idéntico en todos los campos como androcéntrico, no cuestiona el contenido que se le ha dado al principio de igualdad en general, y por lo tanto no propone uno nuevo sino que se contenta con exigir que en algunos casos las mujeres deben ser tratadas como hombres y en otros como mujeres.

En su libro, "The Female Body and the Law"¹⁶⁸, Zillah Eisenstein, plantea que hay que tener cuidado con cualquier planteamiento neutral de ambos géneros por el derecho porque éste es un sistema social creado para la dominación de todas las mujeres y de muchos hombres. Plantea que las normas que tratan a mujeres y hombres como si no existiese una relación de poder entre los géneros, aunque reconozcan diferencias entre ellos y ellas, redundan siempre en el mantenimiento y reproducción de la subordinación de las mujeres. Advierte que las normas que tratan

¹⁶⁸Eisenstein, Zillah. *The Female Body and the Law*. University of California Press, 1988.

de hacer compatible el principio de igualdad con, por ejemplo, el dato ficticio de la división sexual del trabajo, tienden a perpetuar la desigualdad en otros campos. Por ejemplo, una norma que compensara a las mujeres amas de casa por sus diversas tareas domésticas, redundaría en la consolidación del estereotipo de que somos las mujeres las encargadas del trabajo doméstico lo cual tiene repercusiones importantes en otras áreas del derecho como lo es el de familia, por citar sólo una.

Es así que los valores que fundamentan la concepción de igualdad que emerge de esta crítica, garantizan que sólo los hombres pueden ser tratados como seres humanos plenos porque fue el hombre que se tomó como paradigma de lo humano. Esta concepción de la igualdad ante la ley responde simultáneamente, a dos patrones que sólo son contradictorios en apariencia porque en realidad ambos son las dos caras de la misma moneda.

Bajo el patrón de la equivalencia, las leyes se consideran neutrales, genéricas e iguales para ambos sexos. Así, si las mujeres queremos gozar de los mismos derechos humanos, tenemos que ser como los hombres. Este modelo parte de que si a las mujeres nos dan las mismas oportunidades, podremos ser como los hombres. Bajo este patrón las leyes son consideradas igualitarias si exigen que las instituciones sociales traten a las mujeres como ya tratan a los hombres, exigiendo, por ejemplo, las mismas calificaciones para un trabajo, el mismo horario y los mismos sacrificios que ya se le exigen a los hombres. Creo que muchas mujeres ya han experimentado en carne propia el precio que se paga por esta "Igualdad".

Es obvio además que esta concepción de la igualdad nunca podrá ser una real igualdad porque parte de una premisa falsa: que las instituciones sociales, incluyendo las leyes y la administración de justicia, son neutrales en términos de género. Suponiendo que las mujeres pudiéramos comportarnos exactamente como los hombres, esta concepción de la igualdad deja incuestionada la sobrevaloración de lo masculino que es precisamente la razón por la cual no hay igualdad entre mujeres y hombres.

Bajo el patrón de la diferencia se han creado distintas argumentaciones. Desde la de la protección especial, hasta las que plantean que la igualdad es imposible y que lo que debería buscarse es la equidad y la justicia. Yo sostengo que ambas argumentaciones siguen teniendo como referente al hombre. Creer que la igualdad entre mujeres y hombres es imposible es creer que la igualdad sólo puede darse entre hombres y olvidarse que también los conceptos de equidad y justicia fueron contruidos teniendo al hombre como modelo.

Argumentar que la igualdad no es necesaria entre mujeres y hombres es no ver que es precisamente la falta de igualdad entre hombres y mujeres la que mata a millones de mujeres al año: porque las mujeres no tenemos igual poder dentro de nuestras parejas, miles somos asesinadas por nuestros compañeros; porque las mujeres no somos igualmente valoradas por nuestros padres, miles somos asesinadas al nacer; porque las mujeres no tenemos el mismo poder que los hombres dentro de las estructuras políticas, médicas y religiosas, morimos de desnutrición, en abortos clandestinos o prácticas culturales como la mutilación genital y las cirugías estéticas y

obstaculizadoras innecesarias. La desigualdad entre hombres y mujeres mata. La desigualdad viola el derecho básico a la vida y por ende, el derecho a la igualdad brota de la necesidad que sentimos todas las personas de mantenernos con vida.

Además, la igualdad ante la ley sería un derecho innecesario si la diversidad no existiera. Si todos los seres humanos fueran exactos, si todos fueran blancos, heterosexuales, cristianos, sin discapacidades, adultos, etc. y todos tuvieran las mismas oportunidades económicas, bastaría con establecer una lista de derechos que estos seres humanos tendrían sin necesidad de establecer que todos los tienen por igual. Fue precisamente el reconocimiento de que hay diversidad entre todos los seres humanos el que llevó a la necesidad de establecer en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo primero que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros." Y en su artículo segundo a establecer que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

V. El androcentrismo en los principios básicos del derecho

Partiendo de los planteamientos de Zillah Eisenstein, otro enfoque intenta encontrar sesgos androcéntricos, aun en los llamados derechos universales, principios fundamentales o garantías constitucionales y en los mecanismos por medio de los cuales se protegen; es más, en la lógica jurídica misma. Esta gama de críticas nos obliga a cuestionarnos las propias suposiciones de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del fenómeno jurídico. Desde este enfoque se postula que se requiere un reexamen de los paradigmas e hipótesis que subyacen en la teoría y metodología del derecho para detectar la presencia del sesgo androcéntrico. Más aún, este enfoque nos hace cuestionar las bases mismas de nuestras formas de convivencia durante los últimos cinco o seis mil años. Es más, nos propone retar la universalidad de los llamados derechos fundamentales bajo la suposición de que ellos también reflejan los juicios o criterios masculinos - aunque sean externados por mujeres.

Obviamente, esto es fuertemente resistido, aun por feministas, pues se considera que retar la universalidad de los derechos humanos es ir demasiado lejos y hasta puede ser mortal (para quien lo haga o para el patriarcado). Y tienen razón porque cuestionar los principios básicos del derecho es peligroso y por eso siempre se han silenciado las voces que lo hacen. Pero quienes se adhieren a este enfoque nos recuerdan que retar no significa descartar. Estas críticas lo que pretenden es visibilizar que para que un interés o una necesidad sean universales, deben ser sentidas por todas las personas y no sólo por los hombres de las distintas razas, edades, clases, etc. Nos recuerdan que lo que se cuestiona es el contenido androcéntrico que se les ha dado a los derechos humanos en general, no para desvalorizarlos, sino para llenarlos de contenidos más inclusivos de las necesidades de la diversidad humana con el objetivo de hacerlos realmente universales.

Por ejemplo, cuando desde esta óptica se cuestiona el principio de *in dubio pro reo* no se pretende sustituirlo por "culpable hasta que no se pruebe su

inocencia, sino buscar la justicia y beneficios de revertir la carga de la prueba en aquellos casos en que sea más razonable hacerlo por el tipo y circunstancias del delito. Cuando se cuestiona la libertad de expresión no es para sustituirla por una censura, sino para balancearla con otros derechos humanos tan importantes y necesarios como podrían ser la integridad física, el derecho a una imagen digna, etc.

Como ya se dijo, desde este enfoque también se cuestiona la lógica jurídica como una lógica masculina. De nuevo sus adherentes nos advierten que esto no implica reemplazar la razón por la irracionalidad. Significa cuestionar la pretensión de reducir el razonamiento jurídico a un razonamiento lógico-matemático. Significa cuestionar el sistema dogmático deductivo propio de la lógica formal porque no es el procedimiento adecuado para conocer, interpretar y aplicar el derecho. Significa entender que la justicia está constituida por problemas que no tienen una solución unívoca, sino varias alternativas posibles de las que hay que escoger una. Significa saber qué es lo justo para cada caso concreto. Cuestionar la lógica jurídica significa abrirse a nuevas posibilidades de relaciones de convivencia entre los seres humanos sin reproducir las lógicas que hasta el día de hoy limitan el ejercicio y goce del potencial humano de mujeres y hombres.

También desde este enfoque se insiste, por ejemplo, que el principio de igualdad ante la ley ha tomado como referente al varón cuando toma en cuenta a las mujeres porque no toma sus necesidades como igualmente humanas sino que parte de que las mujeres tenemos necesidades especiales. Esta crítica postula que esta manera de concebir las necesidades de las mujeres ha llevado al derecho a crear una serie de protecciones especiales que no solo parten del hecho biológico de que las mujeres engendramos, parimos y amamantamos, sino de la presunción social de que por ello somos las encargadas de todo el trabajo que implica la reproducción humana. Por eso, desde esta crítica se postula que el concepto de igualdad ante la ley se redujo a una igualdad formal en la que bastaba para su cumplimiento el que así se estableciera en la letra de las leyes aunque su impacto fuera discriminatorio para ciertos grupos de personas.

Si bien es cierto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos sí incluye a las mujeres en su concepción de igualdad, la que se establece ahí tiene como referente al hombre. Prueba de ello es que no se tradujeron en derechos muchas de las necesidades de las mujeres. Por ejemplo, no se reconocen los derechos sexuales y reproductivos a pesar de que la maternidad y la reproducción han sido utilizadas para definir el rol de las mujeres en nuestras sociedades y para negarnos el desempeño de otra serie de roles. Si a las mujeres no se nos reconocen los derechos sexuales y reproductivos, será muy difícil gozar de los otros derechos en un plano de igualdad con los hombres.

Descontentas/os con esta concepción de la igualdad jurídica, desde esta crítica se señala que el artículo segundo de la Declaración debe ser interpretado como prohibiendo la discriminación. Pero lo cierto es que el artículo no expresa esto claramente sino que hace referencia a que en el goce de los derechos humanos ahí establecidos no se deben hacer distinciones. Esto ha contribuido a que no se tenga mucha claridad sobre en qué circunstancias una distinción es una discriminación. Además, no todos entienden la no discriminación de la misma manera. Para muchos tratadistas se cumple con el mandato de no discriminación

con sólo que en la letra de la ley no se de un trato discriminatorio a un grupo de personas. Al entender la no discriminación sólo en el campo formal, igualan el concepto de no discriminación al de igualdad formal ante la ley con lo que no hay mucha diferencia en los resultados que pueda tener una u otra utilización.

Desde este enfoque se insiste en que el derecho es masculino porque son las necesidades y conflictos de los hombres los que están codificados en él. Esto no quiere decir que las mujeres no hayan sido tomadas en cuenta. Sólo han sido pero lo han sido desde el punto de vista masculino. Las que se adhieren a este enfoque insisten que esto no significa que exista una conspiración por parte de los hombres que fomente este propósito. Sin embargo, se alan que los hombres continúen ocupando las posiciones más importantes y son los que determinan el modo de ver la realidad social haciéndola aparecer como normal ajen por aquellas que están subordinadas. Y el derecho como institución contribuye en gran medida al mantenimiento de la visión del mundo masculina.

VI. La condición existencial de los hombres como fuente del derecho

Desde otra crítica bastante radical se postula que la incorporación de algunas mujeres al ámbito público de la política no sólo ha significado un avance sino que también nuevas y más complejas fórmulas de dominación como lo son la ampliación de la brecha entre mujeres ricas y pobres, educadas y analfabetas, heterosexuales y lesbianas, etc. También ha significado la creación de nuevos estereotipos de la mujer como lo es el de la supermadre que puede ser madre, esposa y legisladora excepcional o la que no quiere asumir una responsabilidad pública porque prioriza su familia o su contraparte, la mujer desnaturalizada que prefiere el ejercicio del poder al ejercicio de la maternidad. Desde este enfoque más crítico del derecho se cuestiona el que ninguna de las reformas legales ha planteado la revalorización del ámbito familiar como espacio afectivo-sexual necesario de conexión con otro/as.

La constatación de que muchas reformas legales que pretendían la eliminación de la subordinación de las mujeres, han causado una desvalorización del espacio afectivo-sexual de conexión con otra/os, o al menos, lo han dejado igualmente desprotegido, nos lleva a otra crítica del derecho que parte del trabajo de Carol Gilligan¹⁶⁹, y que señala que los derechos que la ley reconoce, en su inmensa mayoría, son derechos que nacen de la condición existencial de separación. Si bien esa condición existencial produce dos necesidades aparentemente dicotómicas --la necesidad de mantenimiento y protección de esa separación y la necesidad de romper el aislamiento existencial y proteger al grupo o comunidad--, estas dos necesidades sólo son dicotómicas desde una visión de mundo masculina porque desde la perspectiva de las mujeres, cuya condición existencial es la conexión con los o las otras, las necesidades más bien surgen del interés por mantener y proteger la conexión o su contraparte, la necesidad de protección por intromisiones impuestas a su potencial de conexión.

Sin entrar demasiado en la discusión de si la tesis de que la preocupación de los hombres se centra en la separación mientras la de las mujeres en la conexión, es una tesis esencialista o no, el aporte de esta crítica radica en cuestionarse a qué necesidad responde la mayoría de los derechos fundamentales. La respuesta que

¹⁶⁹Gilligan, op. cit.

dan quienes sostienen esta tesis es que la mayor'ía de las instituciones del derecho parten de las necesidades centradas en la separaci—n excluyendo las centradas en la conexi—n.

Por ejemplo, el negocio jur' dico contractual es entendido por el derecho como la manera ideal de manejar una relaci—n entre dos personas, sean Žstas c—nyuges o dos personas desconocidas que realizan una transacci—n comercial. El derecho establece que es preferible el contrato escrito que el oral y entre m's detallado mejor. Desde la perspectiva del derecho, el sujeto ideal es aquel que les teme a futuras complicaciones contractuales. Este sujeto ideal por lo tanto, tratar' , antes de entrar en una relaci—n contractual, de imaginarse todo lo que puede ir mal con la relaci—n para especificar con el mayor detalle posible todas las consecuencias de ese o esos hechos. Como es obvio, la l—gica de la instituci—n contractual es partir de que la necesidad primordial de los sujetos contratantes es mantener su separaci—n-autonom' a, tratando como aberrante la necesidad de conexi—n que esos sujetos podr' an tambiŕn tener.

Este ejemplo nos demuestra que independientemente de que sean los hombres los que mayoritariamente sientan las necesidades centradas en el deseo o temor a la separaci—n, el derecho prioriza esas necesidades por sobre las que surgen de la condici—n existencial de conexi—n, con el resultado de que estas œltimas quedan desvalorizadas o desprotegidas. Y, el hecho de que el derecho no reconozca como igualmente importante la necesidad de conexi—n como la de separaci—n, nos permite postular que el derecho es parcial y, por lo tanto, no es ni objetivo ni neutral.

Tambiŕn desde la cr' tica a la tesis de la separaci—n, se postula que acen cuando el derecho llena las necesidades de conexi—n, lo hace desde la perspectiva de la condici—n existencial de separaci—n y no desde la condici—n existencial de conexi—n. Por ejemplo, cuando regula la violaci—n sexual o el aborto, no lo hace partiendo del temor a la invasi—n de su ser que estos actos provocan en personas cuya condici—n existencial es la conexi—n con el otro, sino que los regulan partiendo del temor al aislamiento y alienaci—n que sienten las personas cuya condici—n existencial es la separaci—n. Aun cuando no se acepte que son los hombres quienes viven una condici—n existencial de separaci—n y las mujeres las que viven la de conexi—n, lo cierto es que el derecho no toma en cuenta que algunos seres humanos viven una condici—n existencial de conexi—n con el o la otra y que por ende la condici—n existencial de separaci—n no es universal. Al no ser esta condici—n universalmente compartida por todos los seres humanos, el derecho no deber' a tomarla como base para la regulaci—n de todas las conductas humanas ni como fundamento de los derechos humanos universales.

VII. Derecho como discurso

Una reciente cr' tica feminista al derecho¹⁷⁰ parte de entenderlo en el sentido Foucaultiano de discurso como una amplia gama de discusi—n sobre un tema o temas que se realiza dentro de una determinada sociedad.¹⁷¹ Pero tambiŕn parte de entenderlo en el sentido m's concreto de lenguaje, como el conjunto de sonidos, unidades de significados y estructuras gramaticales, as' como los contextos en que se desarrollan. En este sentido se analiza el microdiscurso del derecho, es decir, se

¹⁷⁰Facio, Alda. El Derecho habla y habla (ponencia presentada en varios seminarios).

¹⁷¹Foucault, Michel. The History of Sexuality. Vol. 1: An Introduction. Random House, New York, 1978, pág. 101.

analizan lingüísticamente todos los eventos que constituyen derecho --hacer un testamento, dar un testimonio en un juicio, hacer un contrato, pedir un divorcio--, para entender su macrodiscurso como un fenómeno social abstracto.

Desde esta crítica, el derecho como micro y macrodiscurso es entendido como el lenguaje autorizado del Estado y por ende como un discurso impregnado con el poder del Estado. Desde esta perspectiva y analizando el lenguaje del derecho, las feministas parten de que el mismo no puede menos que ser un discurso patriarcal y androcéntrico por dos razones: la primera porque el lenguaje, como se demuestra en el primer capítulo, refleja la cultura dominante en cada Estado, y la cultura dominante en todos los Estados actuales es patriarcal; y la segunda, porque si el poder estatal es patriarcal, su discurso no puede menos que serlo también.

Como ya se explicó, el análisis del poder es central en la mayoría de las teorías feministas y como se puede observar, también lo es en el análisis del derecho como discurso. Analizando simultáneamente el derecho, el lenguaje y el poder, esta gama de críticas nos señala que podemos entender mejor por qué la discriminación y opresión contra las mujeres se mantiene a pesar de que se han derogado la mayoría de las normas del componente formal sustantivo que expresamente discriminaban contra nosotras. Sugieren que oigamos la forma como los policías les hablan a las mujeres que vienen a denunciar a sus maridos, que observemos la expresión de los y las juezas cuando una mujer víctima está dando testimonio en un caso de violación, que analicemos las palabras que usan las y los mediadores en casos de adulterio, etc. Nos insisten en que en ninguno de estos casos hay abuso de la ley por parte de los funcionarios/as y sin embargo, en todos se reafirma la sensación de que no habrá justicia para las mujeres.

¿Por qué es que la mayoría de las mujeres saben de antemano que la ley no las tratará con justicia a pesar de que la Constitución Política garantiza la igualdad de los sexos ante la ley? La respuesta no se encontrará en el estudio de la norma formal, nos dice esta crítica. La respuesta está en los detalles de la práctica legal cotidiana, detalles que consisten casi exclusivamente de lenguaje.

Por eso, desde esta crítica, se estudia el lenguaje del derecho para poder comprender el poder de la ley. La premisa es que el poder no es una abstracción sino una realidad cotidiana. Para la mayoría de la gente, el poder de la ley no se manifiesta tanto en su poder coercitivo o en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sino en las miles de transacciones y minidramas legales que se llevan a cabo diariamente en los bufetes legales, comisarías, agencias policiales, fiscalías o juzgados así como en las noticias, telenovelas, charlas y conferencias que de algún modo tratan un problema legal. El elemento dominante en cada una de estas transacciones, minidramas o telenovelas, es el lenguaje. A través de éste, el poder se abusa, se ejerce o se cuestiona.

Como se ha dicho, el discurso no sólo es una forma de hablar sobre un tema, sino que es la forma como se piensa y actúa sobre ese tema. El discurso del derecho es entonces una forma de hablar, pensar y actuar sobre las mujeres, los hombres y las

relaciones entre ambos. Mientras el discurso sea patriarcal, las mujeres seremos discutidas, descritas y tratadas por el derecho de manera subordinada a los intereses de los hombres. Por esto es que aœen en los Estados en donde se han hecho reformas legales para eliminar, por ejemplo, la revictimizaci—n de las mujeres en casos de violaci—n sexual, prohibiendo preguntarle a la v'ctima sobre su experiencia sexual previa, no se ha logrado un trato justo y equitativo para ellas. Segœen esta gama de cr'ticas, Źsto se debe a que el discurso sigue siendo patriarcal porque sigue reflejando y reproduciendo la idea de que las mujeres valemos menos como seres humanos. Si valemos menos, lo que decimos en un juicio, por ejemplo, tiene menos valor que lo que diga un hombre. TambiŹn lleva a pensar que lo que le sucede a una mujer, por ejemplo una violaci—n sexual, no es tan grave como cuando le sucede a un hombre y definitivamente es menos grave que mandar a un hombre a prisi—n. Estas formas de hablar y pensar llevan a un trato por la ley, aœen la protectora, que termina discriminando a las mujeres.

Reconocer que el derecho es un discurso del poder, tanto del poder estatal como de los mœltiples poderes locales, nos dice esta cr'tica, nos llevarŹ a ponerle atenci—n, mŹs que a la norma formal, al como ella establece las reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos que la norma presupone e incorpora, as' como a ponerle atenci—n a la forma como la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como leg'timo o ileg'timo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado. El estudio del derecho como discurso puede ser clave para las mujeres porque puede demostrar como el derecho es patriarcal mŹs allŹ de la norma, aun la norma protectora de los derechos de las mujeres.

VIII. Derechos relacionales: una propuesta feminista

BasŹndose en la cr'tica que hacen muchas feministas al discurso de los derechos en el sentido de que Źste responde a una perspectiva basada en la objetividad y los estŹndares y reglas neutrales, la jurista Ana Elena Obando¹⁷² sugiere que busquemos una perspectiva relacional de los derechos que nos permita el uso del derecho para empoderar a las mujeres. Esta perspectiva requiere continua atenci—n a un "universalismo concreto" referido a las experiencias de las mujeres como "siempre cambiantes"¹⁷³ y a no caer en la¹⁷⁴ tentaci—n de depender demasiado del discurso de los derechos, s—lo porque en el pasado han sido hist—rica y pol'ticamente œtiles.

Siempre segœen Obando, el dilema es presentar los reclamos en tŹrminos de derechos o utilizar otras estrategias extralegales. Basando sus argumentos en Carol Smart, Obando nos dice que el discurso de los derechos es problemŹtico no s—lo porque puede producir contra reclamos a otros derechos, sino ademŹs porque los derechos estŹn a merced de la voluntad del Estado, quien facilita el ejercicio de los

¹⁷²Obando, Ana Elena. *Legislating Equality From Difference: A Sexual Harrassment Draft Bill for Costa Rica*. Tesis de Graduacion, Arizona State University. Mayo, 1994.

¹⁷³Scales, Ann C. *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*. 95 *Yale Law Journal*, 1986, pŹg. 1385.

¹⁷⁴Ver Olsen, Frances. *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, en *Feminist Legal Theory: Foundations*. D.K. Weisberg, Ed. Temple University Press, Philadelphia, 1993; Smart, Carol. *Feminism and the Power of Law*. Routledge, London, 1989.

mismos y en última instancia decide su existencia.¹⁷⁵ Si estamos ante la presencia de un Estado patriarcal, esta dependencia puede ser contraproducente.

Una de las principales juristas teórico-feministas que apoya esta posición de utilizar los derechos para empoderar a las mujeres, es Catharine MacKinnon. Aunque esta autora rechaza los derechos abstractos insistiendo en que éstos autorizan la experiencia masculina del mundo, propone en su lugar los "derechos substantivos"¹⁷⁶ que se basan en las experiencias de las mujeres y tienen el potencial de resistir la dominación masculina.

Asimismo, comprometida con el uso de los derechos como defensas claves para los de afuera, es decir, quienes no son protegidos por el derecho y a la vez son excluidos, está Patricia Williams¹⁷⁷, quien presenta una de las críticas más profundas al grupo de abogados blancos de los Estudios Críticos Legales. En su opinión, los derechos para los negros(as) son un símbolo poderoso de autonomía, visibilidad, inclusión, empoderamiento, ciudadanía, participación y relaciones. Como mujer negra, ella ha sido capaz de experimentar los diferentes grados de empoderamiento que los derechos han tenido para los negros(as) en comparación con los blancos(as): "para los negros(as), las relaciones son frecuentemente dominadas por patrones históricos de desposesión física y psíquica"¹⁷⁸, por lo cual, la afirmación de los derechos presenta un reto positivo. Williams no está de acuerdo con rechazar la falta de utilidad política de los derechos. Ella sugiere que la retórica de los derechos ha sido una forma efectiva de discurso para los negros(as), y en la experiencia de este grupo, la acción política ha estado conectada con la afirmación de sus derechos. Para los negros(as): "el objetivo es encontrar mecanismos políticos que puedan confrontar la negación de la necesidad"¹⁷⁹, pues las instituciones blancas nunca han tratado las necesidades de los negros(as) como prioridades.

Elizabeth Schneider¹⁸⁰ coincide con la crítica que hace Williams, pero se basa en diferentes razones. Esta autora confronta dos presunciones: que los derechos y la política son categorías estáticas; y que los derechos son un obstáculo para los movimientos sociales. Para Schneider, el discurso de los derechos refuerza la alienación y el individualismo y puede constreñir la visión y el debate. Pero, al mismo tiempo, puede ayudar a afirmar valores humanos, engendrar el crecimiento político, y asistir en el desarrollo de una identidad colectiva.¹⁸¹ Ella no ve los derechos como un concepto estático y abstracto, sino como un "momento" en un proceso continuo de la actividad política.

¹⁷⁵Smart, op. cit.

¹⁷⁶Mackinnon, Catherine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press, Cambridge, MA., 1989, págs. 248, 249.

¹⁷⁷Williams, Patricia. *Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights*, en *Feminist Legal Theory: Foundations*. D.K. Weisberg, Ed. Temple University Press, Philadelphia, 1993.

¹⁷⁸Idem., pág. 458.

¹⁷⁹Idem., pág. 501.

¹⁸⁰Schneider, Elizabeth. *The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from Women's Movement*, en *Feminist Legal Theory: Foundations*. D.K. Weisberg, Ed. Temple University Press, Philadelphia, 1993.

¹⁸¹Idem., pág. 509.

Por eso, Obando insiste en que la perspectiva relacional de los derechos está basada en un concepto plural de la ley, en las relaciones sociales, en la multiplicidad de las identidades de las mujeres y sus profundas diferencias, y especialmente en las dimensiones de opresión y empoderamiento que los derechos tienen para las mujeres según ellas definen y redefinen quienes son en cada momento y cada circunstancia.

Conceptualizando los derechos en esta forma, nos dice Obando, se multiplican las voces de las mujeres de cada raza, religión, clase, etnicidad, orientación sexual, discapacidad visible y otras diferencias. Villmoare¹⁸² dice que esta estrategia, tiene el potencial de: (1) propagar más imágenes de los derechos; (2) contribuir a la descentralización, la contextualización, y la particularización del discurso de los derechos; (3) enriquecer nuestro entendimiento del empoderamiento y desempoderamiento de las mujeres con el discurso de los derechos y; (4) proveer más análisis dentro de las relaciones entre mujeres ordinarias, que no son la élite, y las políticas de los movimientos de derechos.

Esta perspectiva relacional deniega un lenguaje universalístico y toma en cuenta las desigualdades de poder y las divisiones, por lo que es receptiva a nuevas perspectivas, ya que visibiliza la variabilidad y diferencias entre las mujeres.

Situar a los derechos en contextos particulares es crucial, porque las mujeres articulan el significado de los mismos a través de sus identidades sociales y políticas, sus pensamientos y actos de resistencia o aceptación de las fuerzas hegemónicas. "Los derechos están constituidos por un discurso cultural de las mujeres y por lo tanto entran dentro del entendimiento y la afirmación de lo que ellas son"¹⁸³.

El discurso de los derechos, a veces más fuerte que el de las necesidades o intereses, da a las mujeres y otros grupos oprimidos un lenguaje poderoso, una voz, una visión diferente para alcanzar sus objetivos. Y ciertamente, cuando se legitiman las historias y experiencias de las mujeres, se afirman las diferencias que empoderan, y se puede llegar a cambiar el contenido y la forma que privilegia las voces de las instituciones patriarcales.

La experiencia del movimiento feminista por los derechos revela no sólo su posibilidad comunitaria, sino también los límites de una estrategia política enfocada en los mismos. Los reclamos por derechos no son la respuesta total al cambio social; sin embargo, no pueden ser abandonados, pues pueden servir como instrumentos útiles para las mujeres. Así las cosas, es posible ver como a través de los derechos, las mujeres podemos articular mundos sociales y políticos nuevos o diferentes

Según Obando, para que un reclamo por derechos sea viable, necesitamos considerarlos no como posesiones o cosas, sino como relaciones, pues los "derechos son reglas institucionalmente definidas que especifican lo que la gente puede hacer en relación con la o el otro. Los derechos se refieren a hacer, más que a tener, a las

¹⁸²Villmoare, Adelaide H. *Women, Differences, and Rights as Practices: An Interpretative Essay and a Proposal*. 25 *Law and Society Review* 385.

¹⁸³Hill Collins, Patricia. *Black Feminist Thought*. Routledge, New York, 1990, pág. 302.

relaciones sociales que hacen, otorgan o limitan una acción".¹⁸⁴ Por esta razón los derechos no pueden ser analizados en abstracto, separados de las realidades concretas de la vida social. No deben ser analizados independientemente de las relaciones sociales, políticas, económicas y de las instituciones legales.

Mientras "la perspectiva de las relaciones sociales asume que hay una conexión básica entre la gente"¹⁸⁵, la perspectiva tradicional no relacional del análisis de los derechos, oscurece las relaciones sociales, las obligaciones entre los grupos y las conexiones entre la gente. Consecuentemente, un análisis feminista de los derechos requiere una transformación de la dimensión masculina, individualista y distributiva de los mismos hacia una perspectiva dinámica, concreta, relacional, que los concibe como relaciones sociales que hacen visibles las experiencias y necesidades de los oprimidos(as).

Dado el dilema planteado sobre si utilizar o no el discurso de los derechos, Obando sugiere que pensemos en ellos en términos de relaciones sociales dentro de un proceso dialéctico, y los usemos como vehículos para eliminar injusticias y alcanzar la igualdad. Ya sabemos que el discurso de los derechos ha sido construido por voces masculinas que dominan las voces femeninas en forma y contenido. De hecho, las voces de las mujeres no han sido parte del "discurso formal sobre los derechos" porque las experiencias cotidianas de las mujeres con los derechos, han estado perdidas y han sido silenciadas dentro de un paradigma masculino universal de la justicia y los derechos.

Sin embargo, plantea Obando, los derechos son un aspecto de la vida cotidiana de las mujeres, una dimensión de sus relaciones sociales y múltiples identidades. Ellos tienen significados que ligan a las mujeres entre ellas, y que a la vez pueden oprimirlas o empoderarlas. Por lo tanto, "el discurso de los derechos" puede ser usado para confrontar la opresión y dominación institucionalizada, a través de la diversidad de las historias concretas de las mujeres sobre sus necesidades, pensamientos, y sentimientos de cada día. Los derechos como prácticas ordinarias tienen una cualidad de fluido; la gente constituye reclamos de sus derechos en sus propias formas y en situaciones diversas independientemente de la ley formal y los despachos judiciales. Por lo que podemos preguntarnos, ¿cuándo y por qué las mujeres invocamos este discurso, y qué es lo que ganamos o perdemos con ello?

Un paradigma masculino, universal, abstracto, distributivo y neutral no es suficiente para un análisis de los derechos. Si los derechos son lo que podamos hacer de ellos, entonces allí existe la posibilidad de reconceptualizarlos como relaciones y no como cosas. Por lo tanto, no tenemos que aceptar la experiencia masculina como la medida de los derechos sino más bien reconocer la importancia de las experiencias cotidianas de las mujeres como la base para un nuevo contenido substantivo de los mismos.

¹⁸⁴Young, op. cit., pág. 25.

¹⁸⁵Minow, Martha. When Difference has its Home: Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference, en *Feminist Legal Theory: Foundations*. D.K. Weisberg, Ed. Temple University Press, Philadelphia, 1993.

Si entendemos la complejidad de las relaciones sociales, seremos capaces de presentar alternativas políticas y sociales y utilizar el derecho como un instrumento para producir un cambio social. Cambiando el contenido y la forma de los derechos, podremos desarrollar una estrategia para construir una justicia y alcanzar la igualdad: una justicia que no silencie las voces, experiencias, necesidades, sentimientos y pensamientos de los grupos oprimidos, y una igualdad que promueva un debate en donde las diferencias sean la base para una verdadera participación y acción de cada grupo oprimido.

El derecho puede ser un instrumento para facilitar el cambio social, si primero asumimos que debe ser la desigualdad la que define la igualdad y no al contrario. Partiendo de las experiencias de desigualdad de las mujeres, la ley puede reconocer, acoger y valorar las necesidades, posiciones, y experiencias que las mujeres tienen dentro de las estructuras de poder (género, clase, raza, etc.) a efecto de tratarlas diferentemente sin tratarlas desigualmente.

Si el derecho incorpora las necesidades y experiencias de las mujeres en sus propios términos, y no en relación a o de acuerdo con las perspectivas, experiencias, y necesidades del grupo masculino privilegiado, el paradigma masculino que oscurece las diferencias reales y positivas, podrá ser confrontado. De esta forma, la situación de las mujeres podrá mejorar pues los derechos serán concebidos en una forma relacional y no androcéntrica. Debemos tener claro que "no existe un derecho desligado de una concepción política, social y económica de una sociedad y que éste será obsoleto en la medida en que resista ajustarse a las realidades y perspectivas de las mujeres."¹⁸⁶

VIII. El derecho de la mujer, una propuesta desde la teoría crítica del derecho

Debido a esa característica androcéntrica del derecho que es analizada por la grandísima mayoría de las críticas feministas al derecho, que en su conjunto podrán considerarse una TCD, algunas/os proponen que se debe desarrollar una rama o disciplina autónoma a la que se podrá denominar Derecho de la Mujer.¹⁸⁷ Este derecho tiene que desarrollarse como disciplina legal al mismo tiempo que la discriminación sexual, presente tanto en las normas como en los principios y fundamentos del derecho masculino, se vaya reduciendo hasta ser completamente abolida. Como la igualdad ante la ley, de la cual parte el derecho masculino, no evita la práctica de la discriminación, es necesario desarrollar toda una disciplina que tenga como meta y no como supuesto de partida, la igualdad de hombres y mujeres.

En Noruega, donde el Derecho de la Mujer fue desarrollado antes que en ningún otro país, se explica el nacimiento de esta nueva rama del derecho como una evolución lógica y necesaria. Una evolución que va desde un derecho centrado en la propiedad privada, el comercio y el Estado, a uno que incluye los problemas cotidianos de la gente y que tiene como objetivo a la persona humana en

¹⁸⁶Obando, Ana Elena. ¿A qué derechos tenemos derecho las mujeres? (ponencia presentada ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica). 1997.

¹⁸⁷Ver la propuesta de Tove Stang Dahl en "El Derecho de la Mujer", Vindicación Feminista Publicaciones, Madrid, 1987.

sus diferentes facetas y realidades. Es un derecho centrado en la persona humana en vez de en las cosas, como son o podr'an ser el Derecho sobre la Ni-ez, del Consumidor, del Estudiantado, de la Ancianidad, de las Personas Privadas de Libertad, del Magisterio, de las Personas Asalariadas, de las V'ctimas de Cr'menes, de las Personas con Discapacidad, de los Pueblos Ind'genas, etc.

El Derecho de la Mujer se asemeja a todas las disciplinas que tienen por objetivo a la persona, ya que existe similitud en la aplicaci—n del modelo dirigido a la persona a travĳs de normas y en el deseo de mejorar el estatus del grupo al que va dirigida cada disciplina. Pero mientras que las disciplinas arriba mencionadas son mĳs restringidas con respecto a la extensi—n y carĳcter legal del grupo, el Derecho de la Mujer tiene una caracter'stica especial --el enorme, diverso y complejo segmento de la poblaci—n que representa: las mujeres de todas las edades, clases, razas, etnias, capacidades, nacionalidades, estatus migratorio, preferencia u opciones sexuales, etc. Por eso el Derecho de la Mujer constituye una parte de todas las otras disciplinas a la vez que es conformado por ellas. Esto hace que el campo del Derecho de la Mujer sea mucho mĳs amplio que el de las otras disciplinas que como Īl, estĳn dirigidos a la persona humana.

ÒEl Derecho de la MujerÓ, nos dice Tove Stang Dahl, Òno conoce otra limitaci—n formal que la perspectiva feminista. Esto significa que la disciplina atraviesa las fronteras entre el Derecho Privado y el Derecho Publico y, en general, las fronteras entre todas las facetas del Derecho. Esto tiene su origen en el hecho de que la mujer se define como mujer, mediante una serie de relaciones que van desde lo mĳs 'ntimo y privado a lo mĳs abierto y pœblicoÓ¹⁸⁸.

Una disciplina que lo abarca todo da poca orientaci—n sobre c—mo se la debe construir y quĳ contenido debe tener. Las mujeres son inmigrantes, ni-as, ancianas, discapacitadas, prisioneras, estudiantes, enfermas, consumidoras, asalariadas, amas de casa, aseguradas, indigentes, campesinas, etc. Por eso el tema del Derecho de la Mujer es jur'dicamente interdisciplinario y ademĳs, comprende todas las ĳreas del derecho, la ciencia jur'dica etc. En palabras de Tove Stang Dahl, Òno hay ninguna cuesti—n legal, en teor'a, que no tenga relaci—n con el Derecho de la Mujer antes que sea examinada.Ó

Como se puede desprender de las cr'ticas al derecho que se han formulado desde el movimiento feminista, este Derecho de la Mujer tambiĳn exige una prĳctica alternativa del mismo. Esta disciplina no s—lo es autocr'tica y demistificadora del derecho, sino que ademĳs, exige que las y los abogados lo practiquen en forma diferente a la tradicional. Se insiste en que las relaciones entre abogada/o y cliente, juez/a y abogado/a, administrador/a y administrada/o sean mĳs horizontales y que el proceso sirva para el empoderamiento de las mujeres. Se insiste en que toda la actividad estĳ centrada en la persona y no en principios abstractos. Se busca la justicia mĳs que la Òseguridad jur'dicaÓ.

De Īsto se desprende que el Derecho de la Mujer deberĳ ser ense-ado con pedagog'as distintas tambiĳn. Los y las estudiantes de esta disciplina deberĳn aprender a pensar en vez de memorizar, a reconocer sus prejuicios en vez de ocultarlos, a involucrarse en el caso en vez de controlarlo, a solidarizarse con sus

¹⁸⁸Idem, pág. 38.

compañeros/as en vez de competir por el primer lugar. No será fácil aprender este derecho, pero seguramente será mucho más enriquecedor que repetir como grabadoras los artículos de un código.

En los últimos tiempos, debido a la fuerza del movimiento feminista que logró la ratificación por todos los países de América Latina de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y de la Convención de Belém Do Pará, así como la aprobación por la CEPAL de un Plan de Acción Regional sobre la integración de la mujer en el desarrollo económico y social de América Latina, ha habido un avance legislativo y doctrinario en relación al estatus jurídico de las mujeres de esta región.

Este proceso ha llevado a la creación de Comisarías o Delegaciones de la Mujer en varios países de la región; a reformas constitucionales y a la promulgación de leyes que tienden a la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en distintas áreas de la vida social, económica, política y cultural; a la creación de Ministerios o Servicios Nacionales de la Mujer en casi todos los países; y a miles de proyectos y programas gubernamentales y de la sociedad civil que no sólo tienen como objetivo la capacitación de las y los funcionarios de la administración de justicia, sino a reformas curriculares en las facultades de derecho y a la inclusión de cursos sobre la mujer y el derecho en algunas universidades.

Actualmente no se puede decir que exista en esta región una disciplina denominada Derecho de la Mujer porque todos estos derechos y logros se encuentran dispersos en las distintas ramas de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, considero que este libro es uno de los esfuerzos hacia la creación de una doctrina que elimine el problema de que en el proceso de aplicación de los derechos de la mujer, los mismos sean interpretados a la luz de los principios propios de la rama del derecho donde se encuentran, que como se demuestra en esta obra, son antagónicos al ideal de igualdad que fundamenta e inspira su creación.

Espero que los temas tratados en esta obra, que son sólo una pequeña muestra de los que nos quedan por analizar, las y los inciten a colaborar en la creación de un Derecho de la Mujer. Una nueva disciplina que no sólo incluya una Teoría Crítica del Derecho, sino que contribuya a transformarlo en un instrumento y en un discurso de promoción de los derechos humanos y de respeto por la dignidad de todos los seres que habitamos este planeta, así como del planeta mismo.

CAPITULO DE TEORIA GENERAL DE DERECHO - BIBLIOGRAFIA

Amoros, Celia.

1990 Crítica a la Razon Patriarcal. Antrophos.

Anderson, Bonnie Zinsser.

1991 Historia de las Mujeres. Voloemen 1 y 2. Crítica, Barcelona.

Bascou-Bance, Paulette.

1964 La Condition de la Femme en France. Son Evolution, en Textes et Documents, No. 19, Lyon.

Bebel, Augusto.

1978 La mujer y el socialismo. Ed. de Cultura Popular, MŽxico.

Black, Max.

1968 El laberinto del lenguaje. Monte Avila Editores, Venezuela.

Bobbio, Norberto.

1994 El Problema del Positivismo Jurídico. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Bux— Rey, María Jesús.

1988 Antropología de la mujer. Anthopos, Barcelona.

1978 Antropología de la mujer, cognición, lengua e ideología cultural. Promoción Cultural, Barcelona.

Cain, Patricia.

1993 Feminism and the Limits of Equality, en D.K. Weisberg, Ed. Feminist Legal Theory: Foundations. Temple University Press, Philadelphia.

Garcia, Calvo.

1992 Teoría del Derecho. Editorial Tecnos, Madrid.

Camacho, Rosalia, y Facio, Alda, Eds.

1993 Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronos y Otros Varones. ILANUD, San Jose, C.R.

Carrillo, Ignacio.

1994 Algunas tendencias actuales de la teoría del derecho, en Tendencias actuales del Derecho. Soberanes, José Luis (comp). Sección de Obras Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, Mexico.

Carpizo, Jorge.

1994 Los Derechos Humanos, Tendencias actuales del Derecho, en Soberanes, José Luis (comp.). Sección de Obras Políticas y Derecho, Fondo de Cultura Económica, Mexico.

Català, Magda.

1983 Reflexiones desde un cuerpo de mujer. Anagrama, Barcelona.

1992 Código Penal. Editorial Porvenir.

1997 Constitución política de la República de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas.

Correas, Oscar.

1993 Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo sociosemiológico. UNAM, México.

1996 Críticas feministas a la dicotomía público/privado, en Perspectivas Feministas en teoría política. Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona.

Chiarotti, Susana.

1996 Cumbres, consensos y después.... Seminario Regional: Los Derechos Humanos de las Mujeres en las Conferencias Mundiales. Edición CLADEM, Lima.

De Gouges y otros.

1992 La ilustración olvidada. La política de los sexos en el siglo XVIII. Alicia H. Puleo, Ed. Anthropos, Barcelona.

Diez-Picazo, L.

1993 Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Ariel, Barcelona.

Duhet, Paule-Marie.

1974 Las mujeres y la revolución 1789-1794. Ed. Península, Barcelona.

Eisenstein, Zillah R.

1988 The Female Body and The Law. University of California.

Facio, Alda.

1992 Cuando el Género Suena Cambios Trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD.

1995 El Derecho Patriarcal Androcéntrico, en Sobre Jerarcas, Patriarcas y otros varones. ILANUD.

García Meseguer, Alvaro.

1994 ¿Es sexista la lengua española? Paidós, Barcelona.

Hart, H.L.A.

1977 El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot, Bs.As.

Irigaray, Luce.

1992 Yo, tóe, nosotras. Cítedra, Madrid.

Jiménez Meza, Manrique.

1997 La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídica constitucional. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, C.R.

López García y Morán, Ricardo.

1991 Gramática femenina. Cítedra, Madrid.

Manavella, Carlos.

1998 Curso de Derecho Ambiental. Universidad para la Cooperación Internacional, UCI, Facultad de Derecho (texto aun sin publicar).

Martínez Roldán, Luis y Fernández S., Jesoes.

1994 Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica. Editorial Ariel, Barcelona.

Mollero, Susan.

1979 Western Political Thought. Princeton University Press.

Morgan, Helaine.

1972 Eva al desnudo. Pomaire.

Nino, Carlos.

1993 Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica. Universidad de Carabobo, Venezuela.

1985 La validez del derecho. Editorial Astrea, Bs.As.

Ornert B., Sherry.

1998 Is Female to Male as Culture to nature, en Feminism: The public and the Private. Joan B.Landes (comp.). Oxford University Press.

Pateman, Carole.

1991 Feminist Interpretations and Political Theory. Polity Press.

Pérez Romero, Enrique.

1993 Derecho constitucional y género, en Revista de Ciencias Jurídicas. No. 75. San José, C.R.

Polan, Diane.

1993 Toward a Theory of Law and Patriarchy, en Feminist Legal Theory: Foundations. D.K. Weisberg, Ed. Temple University Press, Philadelphia.

Reale, Miguel.

1978 Teoría Tridimensional. Edeval, Valparaíso.

Real Academia de la Lengua.

1974 Esbozo de una nueva gramática de la lengua española. Espasa-Calpe, Madrid.

Rivera, Efrén.

1994 Derecho y Subjetividad. Ponencia presentada en el Seminario sobre el mismo tema celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Oñati, España.

Rondeau, Marc.

1975 La promoción de la mujer. Ediciones Bailly, Madrid.

Sabine, George.H.

1995 Historia de la Teoría Política. Segunda Edición. Sección de Obras Políticas y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México.

Smart, Carol.

1989 Feminism and the Power of Law. Routledge, London.

Soriano, Ramón.

1986 Compendio de Teoría General del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona.

Tarello, Giovanni.

1995 Cultura Jurídica y política del derecho. Sección de Obras Políticas y Derecho, Fondo de Cultura Económica, México.

Tobón Sanín, Gilberto.

1988 Caracter ideológico de la filosofía del derecho. El uso alternativo del derecho. L.Vieco Ltda., Medellín.

Weisberg, Kelly, Ed.

1993 Feminist Legal Theory: Foundations. Temple University Press, Philadelphia.

Young, Iris.

1990 Justice and the Politics of Difference. Princeton University Press.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL

INTRODUCCION AL CAPITULO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional estudia tanto el conjunto de normas y prácticas que disponen la organización básica del poder político como las relaciones entre el Estado y las personas, en particular las restricciones y obligaciones en relación con un catálogo de derechos y garantías y sus mecanismos de control y protección.

Los artículos incluidos en este capítulo pretenden dar cuenta de discusiones centrales en diversos temas de derecho constitucional, atendiendo tanto a las cuestiones básicas de organización del poder, como de derechos y garantías fundamentales y sus mecanismos de protección, y centrados en distintos aspectos del debate sobre la igualdad y la no discriminación y su relación con la representación política, las teorías de justificación de la democracia, las acciones positivas, la "ingeniería institucional", el derecho de los derechos humanos y sus mecanismos de protección.

El primer artículo, "Igualdad, Acciones Positivas y Democracia", de Marcela V. Rodríguez parte de un análisis de la relación de las acciones positivas con los **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** conceptos más básicos de justicia e igualdad. En particular, el artículo desarrolla y articula los objetivos y fundamentaciones de los programas de acciones positivas en general y los aplica a la cuestión de la representación y participación política de las mujeres.

El artículo parte de un análisis del significado e interpretación del concepto de igualdad, teniendo en cuenta tanto cuestiones normativas como fácticas y prestando especial atención a las críticas que ha merecido la aplicación de este principio desde una perspectiva feminista. En efecto, si bien el postulado de la igualdad indica que las personas tienen derecho a una igual autonomía e igual respeto como sujetos de elección moral, capaces de diseñar y perseguir sus propios planes de vida, es difícil saber cuando se satisface en la realidad. El concepto y la doctrina de la igualdad muchas veces han presumido standards que desaventajan a las mujeres.

Rodríguez afirma que la pretendida adopción de un punto de vista formalista y "neutral" por parte del derecho lo ha tornado incapaz de identificar y generar respuestas a las inquietudes y necesidades de las mujeres. Expresa que "el objetivo final de las acciones positivas es generar una sociedad en la cual, cada sujeto reciba igual respeto y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Esta sociedad igualitaria demanda la comprensión de que, el punto de partida es asimétrico y que, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. La abstracción de que la realidad social es jerárquica asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser considerada en forma deficitaria." Una sociedad igualitaria demanda la reconstrucción de sus reglas primarias a fin de incorporar las perspectivas de las mujeres.

Rodríguez asegura que los mecanismos de acción positiva constituyen un instrumento crucial para esta reconstrucción y los justifica en base a fundamentos de justicia compensatoria, de justicia distributiva y de utilidad social. Asimismo, responde a las críticas más frecuentes que se le han dirigido a los programas de acción positiva hasta el momento.

Finalmente, Rodríguez analiza las teorías más difundidas de justificación de la democracia, concluyendo que los mismos principios que las fundamentan brindan criterios que permiten afirmar que, a los fines de ser consistentes, deben pronunciarse a favor de la implementación de un

sistema de cuotas de participación política de mujeres. Esto es así porque la presencia de todas las voces en el proceso político produce no una representación más verdadera sino una democracia más verdadera y la exclusión de las mujeres plantea a los sistemas democráticos uno de sus desafíos y críticas más cruciales.

Cabe aclarar que algunos países de América Latina ya cuentan con legislación o reglamentaciones que incorporan mecanismos de acción positiva.¹⁸⁹ Por otra parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece en su artículo 4.1 que "la adopción por parte de los Estados Partes de las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación". Shelag Day afirma que existen dos formas de leer la Convención: 1) como una garantía formal de igualdad, que acuerda un tratamiento simétrico similar a varones y mujeres y que admite a través de su artículo 4 medidas positivas como excepciones a la regla de igual tratamiento o 2) como una garantía de igualdad sustantiva a los fines de mejorar las condiciones de vida de las mujeres y, así, el artículo 4 se convierte en una guía interpretativa para discernir el propósito real de la Convención. Sólo esta segunda interpretación es consistente con el propósito y espíritu de la Convención. Desde esta perspectiva, los artículos 2, 3 y 4 de la Convención no sólo permiten sino más bien obligan a los Estados a adoptar acciones positivas como una estrategia, entre otras adecuadas, para eliminar la discriminación contra las mujeres.

En el segundo artículo de este capítulo, "Diseño Institucional: Presidencialismo y Parlamentarismo: Hay Alguna Diferencia... para las Mujeres?", Marcela Rodríguez afirma que en general las teorías feministas se han centrado tanto en características micropolíticas que afectan la participación política femenina (educación, empleo, reproducción, etc) como en dimensiones macroanalíticas del sistema de subordinación y jerarquías entre los géneros (la interdependencia del capitalismo y el patriarcado, la dicotomía de lo público y lo privado, las diversas manifestaciones de la opresión de género, etc.), pero han dedicado menor atención al análisis de cómo el diseño de las instituciones políticas afecta a los intereses y la participación de las mujeres. En este sentido, los sistemas políticos han sido tratados como epifenómenos de estructuras sociales y económicas, subestimando su importancia como componentes relevantes en el proceso de construcción del sistema de jerarquías sociales.

En este artículo, Rodríguez analiza como las reglas de juego de dos tipos diferentes de regímenes políticos -presidencialismo y parlamentarismo- afectan los intereses de las mujeres, su protección y promoción y, particularmente, las ventajas y desventajas que estos sistemas presentan respecto de la participación de las mujeres en los procesos políticos y en la toma de decisiones. Asimismo, Rodríguez propone aplicar algunas contribuciones desarrolladas desde

¹⁸⁹ Así, la Constitución Paraguaya de 1992 establece en su capítulo dedicado a los Derechos y Deberes Políticos, en el Artículo 117: "Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, en la forma que determinen esta Constitución y las leyes. Se promoverá el acceso de la mujer a las funciones públicas." La Constitución Colombiana de 1991, establece en su Artículo 40: "Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública." La Constitución Argentina, en la reforma de 1994 estableció en su Artículo 37: "La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral." En sentido similar se pronuncian el Artículo 27 de la Constitución de Nicaragua de 1987 reformada el primero de febrero de 1995 y el Artículo 44 de la Constitución de Cuba, vigente desde 1976, reformada en julio de 1992. A nivel de leyes nacionales se destacan la ley 24.012 de la República Argentina, sancionada el 6 noviembre de 1991, que fija un mínimo de 30% de participación obligatoria de mujeres en las listas de los partidos políticos a cargos electivos y la ley 9.100/95 de Brasil que fijó las normas para las elecciones municipales de octubre de 1996 y dispuso que el 20% de las candidaturas de cada partido político tienen que ser mujeres. Ver Bermúdez Valdivia, Violeta. *Mujer e Igualdad Política en Derechos Humanos de las Mujeres*. Movimiento Manuela Ramos, Lima, 1996, pág. 99.

una perspectiva feminista, particularmente de las teorías de Nancy Chodorow y Carol Gilligan, a este análisis. Rodríguez considera, sin embargo, que la idea de la conveniencia prevaleciente de los sistemas parlamentarios sobre los sistemas presidencialistas desde una perspectiva de género tiene sostén independientemente de la aplicabilidad de las conclusiones de Gilligan y Chodorow y se concentra en el tipo de dinámica política -más o menos cooperativa o competitiva- desarrollada por cada uno de los sistemas.

Rodríguez concluye así que el parlamentarismo es más conveniente para la participación y los intereses de las mujeres que el presidencialismo a través del análisis de estos sistemas en relación con los modelos de democracias mayoritarias o consociales que presentan, sus respectivas dinámicas de cooperación o de conflicto, las posibilidades que ofrecen para la formación de alianzas y coaliciones y la relación entre el diseño institucional y los contenidos de campañas políticas y políticas públicas que promueven.

Los dos artículos finales de este capítulo se centran cuestiones básicas de los derechos humanos. El artículo de Andrew Byrnes explora el uso de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional para la promoción y protección de los derechos de las mujeres y el de Samuel Abad Yupanqui se centra en los mecanismos de protección de estos derechos.

Actualmente se ha superado la división entre el derecho internacional y el derecho interno, en relación a los derechos humanos. El derecho constitucional se ocupa hoy de los derechos humanos en el ámbito nacional. Así, la protección internacional de los derechos humanos y su aplicación en el ámbito interno son dimensiones interdependientes y complementarias. Se ha sostenido que “el carácter mínimo y subsidiario que reviste del derecho internacional de los derechos humanos se concilia con la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos, razón por la cual, para alcanzar este resultado, el derecho internacional no pretende erigirse en cada tratado como fuente única —aunque sí mínima— y, al contrario, deja abierto el sistema a lo que de más amplio le puede brindar el derecho interno de cada Estado, como asimismo el propio derecho internacional a través de otros tratados¹⁹⁰.”

Las mayoría de las Constituciones de América Latina han prestado especial atención a los tratados y convenciones internacionales a través de diversas técnicas y valoraciones. Ariel Dulitzky¹⁹¹ ha propuesto la siguiente clasificación de las cláusulas constitucionales latinoamericanas con menciones expresas relativas a los derechos humanos internacionalmente protegidos:

- I. Cláusulas interpretativas: incluye aquellas Constituciones que brindan pautas concretas acerca de cómo deben interpretarse las normas relativas a los derechos humanos y en ellas han incluido referencias expresas al derecho internacional¹⁹².
- II. Cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados: estas cláusulas suelen establecer que los derechos expresamente declarados no implican la negación de otros que surgen de la naturaleza humana, que son inherentes al hombre, a la

¹⁹⁰Campos, Bidart. El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Abregú, Martín y Courtis, Christian, compiladores. Editores del Puerto, Bs. As., 1997.

¹⁹¹Dulitzky, Ariel, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Abregú Martín y Curtis Christian (comp.), CELS, Editores del Puerto, 1997.

¹⁹²Ver Constitución de Portugal de 1976, Art. 16; Constitución de España, Art. 10.2; Constitución de Perú de 1993; Constitución de Colombia de 1991.

- soberanía popular, etc. Algunas constituciones, al hablar de los derechos no enumerados, se refieren no solamente a los que ellas mismas contienen sino que expresamente mencionan a las normas internacionales sobre derechos humanos. En el constitucionalismo latinoamericano hay dos vertientes diferenciadas: por un lado, aquellas Constituciones que establecen que los derechos reconocidos constitucionalmente no excluyen otros incluidos en normas internacionales¹⁹³; por otro, aquellas Constituciones que señalan que el catálogo de derechos que figura en ellas y en los tratados no niegan a otros que son inherentes a la persona humana¹⁹⁴.
- III. Cláusulas reguladoras de procedimientos especiales: algunas Constituciones establecen mecanismos especiales para la aprobación¹⁹⁵ o denuncia¹⁹⁶ de tratados de derechos humanos, en general, exigiendo mayorías particulares cualificadas distintas de las previstas para normas de similares características —tratados en general—. Esta metodología importa una opción política y una revalorización de la protección de la persona humana y de los tratados de derechos humanos.
- IV. Cláusulas declarativas: entre las técnicas constitucionales encontramos las que recurren a normas—principios. Las cláusulas declarativas son mandatos con validez universal que trascienden la relación tradicional Estado—ciudadano/a transformándose en principios y garantías superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto. Los tratados de derechos humanos como normas—principios contenidos en cláusulas declarativas, a diferencia del criterio interpretativo, deben utilizarse como método de concretización.
- a) Preámbulos: algunas Constituciones receptan en sus preámbulos una declaración expresa relativa a la vertiente internacional de la protección de los derechos de la persona humana¹⁹⁷, que debe servir como una pauta interpretativa de todo el texto constitucional al que procede.
- b) Pautas relativas a la política exterior del Estado: diferentes Constituciones han optado por incluir principios relativos a la conducción de la política exterior y, entre ellos, referencias expresas a los derechos humanos¹⁹⁸. Estas declaraciones representan directrices de política, decisiones fundamentales que deben determinar el actuar del Estado en sus relaciones internacionales.
- c) Pautas de actuación para órganos estatales: algunas Constituciones establecen deberes especiales en materia de derechos humanos para todos los órganos del Estado o para algunos determinados¹⁹⁹. Estas cláusulas contienen verdaderos mandatos constitucionales de actuación para los órganos estatales.
- d) Relativas a procesos de integración: la consolidación de los procesos de integración en América Latina y la práctica europea han sido tenidos en cuenta por Constituciones que, en desarrollos recientes, hacen referencias específicas a los límites y relaciones entre integración y derechos humanos²⁰⁰.
- I. Cláusulas Jerárquicas: ante la pluralidad de fuentes normativas, los ordenamientos jurídicos deben establecer alguna jerarquía entre ellas.

¹⁹³Ver Constitución de Brasil de 1988, Art. 5.2.

¹⁹⁴Ver Constitución de Colombia, Art. 94.

¹⁹⁵Ver Constitución de Colombia, Art. 164; Constitución de Argentina, Art. 75 inc. 22; Constitución de El Salvador, Art. 146.

¹⁹⁶Ver Constitución de Paraguay, Art. 142.

¹⁹⁷Ver preámbulo de la Constitución de Venezuela.

¹⁹⁸Ver Constitución de Guatemala, Art. 149; Constitución de Brasil, Art. 4.II; Constitución de Paraguay, Art. 145.

¹⁹⁹Ver Constitución de Chile de 1989, Art. 5.II; Constitución de Argentina, Art. 75 inc. 24; Constitución de Colombia, Art. 214.2 y 93.

²⁰⁰Ver Constitución de Paraguay, Art. 143; Constitución de Argentina, Art. 75 inc. 24; Constitución de El Salvador, Art. 89 inc. 2.

- a) Constitucional: aquellas Constituciones que otorgan, de forma expresa y explícita, jerarquía constitucional a las normas internacionales de derechos humanos.
1. Tratados y declaraciones: aquellas Constituciones que equiparan a su propio rango a los tratados de derechos humanos²⁰¹.
 2. Derechos consagrados en tratados: otorgan jerarquía constitucional, no ya a la totalidad del texto de los tratados de derechos humanos, sino al catálogo de derechos que los mismos contienen²⁰².
 3. Protección constitucional: las Constituciones suelen contener medios de protección para los derechos que consagran²⁰³; los predominantes en América Latina son el habeas corpus y el amparo. Algunas Constituciones han avanzado aún más, al disponer la procedencia del amparo para la tutela de los derechos reconocidos en tratados internacionales. Asignar el mismo medio de garantía a los derechos constitucionales y a los reconocidos en los tratados, implica equiparlos jerárquicamente de manera implícita.
 4. Derechos particulares: aquellas Constituciones que, al regular algún derecho o grupo de derechos en particular, se refiere a las normas internacionales. De este modo, y para ese derecho específico, la fuente internacional adquiere jerarquía constitucional²⁰⁴.
- a) Sobre el derecho interno: en este grupo se ubican las disposiciones constitucionales que colocan a las normas internacionales por sobre el resto del ordenamiento jurídico interno, no habiendo acuerdo si se encuentran por encima, en igual nivel o por debajo de la Constitución²⁰⁵.

Dada esta recepción, en las diversas modalidades descritas por Dulitzky, de las normas internacionales de derechos humanos por un gran número de las Constituciones de América Latina, el artículo de Byrnes ofrece importantes elementos para la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres. Byrnes desarrolla fundamentos sólidos para justificar la consideración de los standards del derecho internacional de los derechos humanos en la interpretación de las constituciones nacionales. Asimismo, brinda un análisis de las principales fuentes materiales del derecho internacional de los derechos humanos que pueden utilizarse para la interpretación constitucional y legal en cuestiones de violaciones de los derechos de las mujeres, así como de las decisiones internacionales más importantes en esta temática. Finalmente, Byrnes describe algunos de los usos que se han hecho recientemente de estos instrumentos internacionales en los ámbitos nacionales.

Los tratados internacionales de derechos humanos establecen no sólo un catálogo de derechos sino que avanzan en los mecanismos de protección de estos derechos. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos establece toda persona tiene el derecho a “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo...que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención” (Art. 25.1). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez Rodríguez, (Sentencia del 29 de julio de 1988) afirmó que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que

²⁰¹Dentro del primer grupo, ver Constitución de Perú de 1978, Art. 105; Constitución de Ecuador. Dentro del segundo, ver Constitución de Argentina, Art. 75 inc. 22.

²⁰² Ver Constitución de Nicaragua de 1987, Art. 46

²⁰³Ver Constitución de Costa Rica de 1989, Art. 48; Constitución de Argentina, Art. 43.

²⁰⁴Ver Constitución de Ecuador, Arts. 43 y 17; Constitución de El Salvador, Art. 28; Constitución de Guatemala, Arts. 27, 102, 106; Constitución de Nicaragua, Arts. 42 y 71; Constitución de Colombia, Art. 53; Constitución de Honduras, Art. 119, párr. 2.

²⁰⁵Ver Constitución de Guatemala de 1985, Art. 46; Constitución de Colombia de 1991, Art. 93.

comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" y que "esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".

El artículo de Samuel Abad Yupanqui, "Garantías Constitucionales y Derechos de las Mujeres: Defensoría del Pueblo, Habeas Corpus y Amparo" avanza en este sentido analizando diversas vías para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Yupanqui desarrolla en este artículo un estudio comparado de como la Defensoría del Pueblo, como garantía institucional o no jurisdiccional, y los procesos de amparo y hábeas corpus, en tanto garantías jurisdiccionales, constituyen herramientas que pueden convertirse en elementos fundamentales para la protección de los derechos humanos de las mujeres.

IGUALDAD, DEMOCRACIA Y ACCIONES POSITIVAS

Marcela V. Rodríguez

¡Error! Marcador no definido. **Introducción**

La cuestión de las acciones positivas ha sido uno de los temas más polémicos de las últimas décadas en diversos países. El debate público sobre las acciones positivas se ha caracterizado por los vínculos que esta cuestión mantiene con algunas discusiones de suma importancia en el campo filosófico, político y moral. Particularmente, este debate tiene una estrecha relación con los conceptos más básicos de justicia e igualdad. En este sentido, la discusión respecto a los programas de acciones positivas tiene significativas consecuencias constitucionales y políticas.

Numerosos análisis respecto de las conexiones entre acciones positivas, justicia e igualdad han sido desarrollados tanto por juristas como por filósofos. En Estados Unidos²⁰⁶, la Corte Suprema de Justicia resolvió diez casos sobre cuestiones relativas a acciones positivas entre 1978 y enero de 1990. Esta actividad judicial ha generado un mayor debate público y académico. Se ha alcanzado un notable desarrollo en el campo legal y filosófico. La cuestión terminológica ha sido elucidada en un alto grado y las diversas posiciones y justificaciones para aceptar o rechazar los programas de acciones positivas han sido clarificadas.

Este trabajo intentará demostrar que el mecanismo de acción positiva para la composición de las listas de los partidos políticos no es cuestionable constitucionalmente. Por el contrario, pretendo probar que este mecanismo tiene un sólido fundamento legal y filosófico. A tal efecto, procuraré desarrollar y articular los objetivos y fundamentaciones de los programas de acciones positivas en general y aplicarlos a este mecanismo particular. La aspiración de este trabajo es establecer las posibles justificaciones para el sistema de cuotas en los partidos políticos y refutar los argumentos en su contra. Para ello, me propongo articular principios que operan en diversas concepciones de la igualdad, con el objeto de comprobar la legitimidad de este sistema de cuotas en términos de las concepciones filosóficas y constitucionales más difundidas de justicia y equidad.

La primera parte de este trabajo explica el enfoque conceptual elegido para su desarrollo. La segunda parte ofrece un análisis de los posibles argumentos en favor de este mecanismo de acciones positivas, teniendo en cuenta el hecho de que éste es un sistema que se refiere a las mujeres como grupo más que focalizarse en lo individual. En la tercera parte, intento confrontar los argumentos desarrollados en contra de los programas de acciones positivas en general y, en particular, respecto del sistema de cuotas. Finalmente me refiero a la adopción del sistema de cuotas y los principios de justificación de la democracia más difundidos. Esta no es una discusión abstracta sino que pretende contribuir a la estructura, adopción, implementación y defensa de este sistema.

¡Error! Marcador no definido. **I. Algunas aclaraciones previas acerca del concepto de igualdad y de acciones positivas**

²⁰⁶Ver Simposio: Regentes de la Universidad de California v. Bakke (1978); Simposio: DeFunis (1975) y Simposio sobre Discriminación Inversa (1979-80) realizados en Estados Unidos.

Desarrollaré este trabajo teniendo en consideración la concepción general con respecto a las acciones positivas y su relación con la cláusula constitucional sobre la igualdad y las concepciones filosóficas sobre justicia y democracia. Existe una profunda interrelación entre las cuestiones constitucionales y filosóficas concernientes a la adopción de un sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos. Por tal motivo, considero necesario estudiar los trabajos de filósofos y juristas relativos a las acciones positivas y su relación con las concepciones de igualdad a los efectos de contribuir a la clarificación de las cuestiones constitucionales surgidas con la implementación del sistema de cuotas. También tendré en cuenta algunos argumentos elaborados desde la teoría legal feminista que dirigen profundas críticas al marco conceptual tradicional sobre la protección de la igualdad.

Teniendo en cuenta que en muchos países no existen precedentes relevantes ni un desarrollo teórico-constitucional previo, los jueces dependerán de argumentos filosóficos a los efectos de desarrollar la interpretación constitucional de la cláusula de protección igualitaria en su aplicación a este tema. Más aún, algunos de los modelos más difundidos de interpretación constitucional consideran que los argumentos filosóficos juegan un rol relevante en la práctica de interpretación constitucional, dado que ellos proveen de un instrumento analítico en el estudio de las concepciones constitucionales corrientes. De este modo, la interpretación constitucional de la cláusula de igualdad en cuanto al sistema de cuotas para mujeres en las listas de los partidos políticos puede ser considerada en términos de una comprensión filosófica de la noción de igualdad.

En primer lugar, sería difícil encontrar una fundamentación basándose únicamente en los textos constitucionales, debido a que suelen proveer un marco abstracto, general y vago, salvo aquellos países que han atravesado por un proceso de reforma constitucional reciente y que han incluido expresamente la cuestión de acciones positivas en sus textos.²⁰⁷ Más aún, muchos autores -refiriéndose a la Constitución de EEUU aunque con aplicación para las otras constituciones de América Latina y el Caribe- han argumentado que es imposible derivar un significado preciso de la cláusula de protección a la igualdad del texto constitucional. En este sentido, Dworkin²⁰⁸ ha afirmado que la cláusula de igualdad construye un concepto de igualdad dentro del marco constitucional sin tomar ninguna posición acerca de una concepción particular de ella. Como resultado, Dworkin considera que si "los tribunales tratan de ser fieles al texto de la Constitución, ellos estarán, por esa misma razón, forzados a decidir entre concepciones competitivas de moralidad política". En este caso, resulta claro que el mero texto de la cláusula de protección de la igualdad en aquellas constituciones que no establecen disposiciones específicas no despliega las implicancias concretas de la igualdad a los efectos de diseñar un programa legítimo de acciones positivas como el que estoy considerando.

En los casos de laguna en el texto constitucional, tampoco existen posibilidades de encontrar alguna ayuda inquiriendo acerca de la intención de los constituyentes con respecto a esta cuestión. No sólo resulta cuestionable la validez del argumento de que hay que adherirse a la intención específica de los constituyentes y dudoso que sea posible acceder a ella, sino que además resultaría imposible en este caso discernir cual fue la intención de los constituyentes en cuanto a la protección igualitaria de los derechos de las mujeres a ser elegidas representantes

²⁰⁷Por ejemplo, la Constitución Argentina reformada en 1994 ha establecido en su Artículo 37, párrafo 2, que: "La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral" y en el Artículo 75, inciso 23, párrafo 1, que corresponde al Congreso "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

²⁰⁸Ver Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1977.

cuando en aquellos tiempos ni siquiera se les reconocía su derecho al voto. En realidad, podríamos concluir que en esos casos, no existe tal cosa como la intención de los constituyentes respecto de la cuestión de acciones positivas. En este contexto, es inútil acudir a la intención de los constituyentes a los efectos de obtener claves para derivar la constitucionalidad de mecanismos contemporáneos como el sistema de cuotas.

El primer paso a desarrollar en el análisis de la legitimidad del sistema de cuotas es clarificar el significado del concepto de igualdad. En este sentido, es importante observar que la interpretación constitucional de la protección de la igualdad es un proceso que se refiere tanto a cuestiones normativas como fácticas.

La cláusula de protección igualitaria ha sido interpretada como confiriendo un status constitucional al ideal de igualdad. Se ha observado que la cláusula de igualdad ha sido diseñada a los efectos de proteger a los derechos individuales. En este sentido, Rosenfeld²⁰⁹ describe que el postulado de la igualdad establece que los individuos tienen derecho a una igual autonomía e igual respeto como sujetos de elección moral, capaces de diseñar y perseguir sus propios planes de vida.

Sin embargo, parece que resulta más difícil saber cuando el postulado de igualdad se satisface realmente al ser considerado en términos de medidas concretas. Esto es así, especialmente porque, como dice Fallon²¹⁰ "gente diferente aplica el término diferentemente...porque el significado pleno de[] término [igualdad] depende de una red anterior de valores y presunciones filosóficas que es por sí cuestionable". Por lo tanto, la discusión acerca del uso apropiado de "igualdad" implica una investigación normativa. Estos argumentos normativos juegan un rol legítimo dentro de la practica de interpretación constitucional. Sin embargo, los razonamientos y justificaciones de las afirmaciones constitucionales que se basan en ellos deben ser expuestos claramente.

No existe una comprensión única de la cláusula de protección de la igualdad. Los argumentos desarrollados al respecto en la teoría constitucional descansan en diversas concepciones filosóficas de igualdad moral y política. Por ejemplo, Dworkin²¹¹ sostiene que los derechos individuales bajo la cláusula de la igualdad son una cuestión de principios y que tales derechos deben ser explicados como exponentes de una idea coherente de la justicia. Por su parte, Karst²¹² expresa que el núcleo de la cláusula de protección de la igualdad es "un principio de igual ciudadanía, la cual presuntamente garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad organizada como un miembro respetado, responsable y participativo". En la misma dirección, O'Fallon²¹³ observa que la cláusula de protección igualitaria demanda la conformidad con el derecho constitucional a igual tratamiento y respeto. El principio de igual ciudadanía, así como el de igual tratamiento y respeto son propuestos por varios juristas que mantienen la convicción de que la cláusula de protección igualitaria constitucionaliza el postulado de la igualdad.

²⁰⁹Ver Rosenfeld, Michel. *Affirmative Action and Justice*. Yale University Press, New Haven, 1991.

²¹⁰Ver Fallon, Richard. A constructive coherence theory of constitutional interpretation. 100 *Harvard Law Review* 1189 (1987).

²¹¹Ver Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, 1986.

²¹²Ver Karst, Kenneth. The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship under the Fourteen Amendment. 91 *Harvard Law Review* 1 (1977).

²¹³Ver O'Fallon, James. Adjudication and Contested Concepts: The Case of the Equal Protection. 54 *New York University Law Review* 19 (1979).

Para el propósito de este trabajo, resulta útil distinguir entre la igualdad de resultados y la igualdad de oportunidades. De acuerdo con el estudio desarrollado por Rae²¹⁴, la igualdad de oportunidades significa que "las oportunidades de poder, derechos y adquisición deben ser iguales: el poder, los derechos y las adquisiciones en si mismas no". Por su parte, la igualdad de resultados puede implicar consecuencias diferentes en contextos diferentes. Conforme el análisis de Rosenfeld²¹⁵, existen algunas ocasiones en las cuales la igualdad de medios y de fines convergen. Sin embargo, en muchas otras, la igualdad de medios conducirá a fines desiguales y la igualdad de fines demandará medios desiguales. Esto significa que, algunas veces, resulta necesario proveer a alguna gente con instrumentos desiguales a los efectos de garantizar un igualdad de fines. La distribución desigual de instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad. Cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades será capaz de asegurar la igualdad de resultados. Esto es especialmente relevante a los efectos de evaluar la legitimidad del sistema de cuotas para mujeres en un contexto donde la discriminación de género y la jerarquía social son norma.

Por su parte, Western²¹⁶ ha afirmado que no podemos considerar que existe igualdad de oportunidades cuando un individuo tiene que enfrentar impedimentos agobiantes que tornan prácticamente imposible procurarse el bien respecto al cual supuestamente está en igualdad de oportunidades. La igualdad de oportunidades significa algo más que una "mera posibilidad". No podemos considerar que el imperativo de la igualdad de oportunidades se satisface cuando, como resultado de una distribución de igualdad marginal de instrumentos, algunos individuos terminan con una chance casi insignificante de éxito. Por esta razón, es necesario tener en consideración que, en la distribución de medios y herramientas, algunas veces la igualdad de oportunidades requiere que algunos sean asignados en forma igual y se permita que otros se asignen en forma desigual, a los efectos de evitar aquellas selecciones que implican confinar a algunos individuos a no tener más que una mera posibilidad de éxito.

En este mismo sentido, Goldman²¹⁷ considera que "los individuos deben ser provistos de los medios para desarrollar sus capacidades naturales. El sistema social asume la responsabilidad de superar las desventajas iniciales que tienen causas sociales -por ejemplo, desventajas debidas a bajos ingresos o la clase social de los padres. Los individuos de todas las clases económicas y sociales deben ser capaces de desarrollar las talentos para los cuales están naturalmente dotados. Así, con respecto a la asignación de trabajos o posiciones deseables socialmente,... (una justa igualdad de oportunidades)... demanda la corrección de las desventajas socialmente relativas."

De acuerdo con Sunstein²¹⁸ una desventaja sistemática es aquella que opera mediante standards y lineamientos predecibles, en múltiples esferas de la vida y que se aplica a ámbitos tales como la educación, la libertad de violencia privada y pública, el empleo, la representación política y la influencia en la toma de decisiones, todas las cuales son básicas para la participación como ciudadanos/as en una sociedad democrática.

Si la justa igualdad de oportunidades demanda la eliminación de las desventajas sociales, esto implicaría defender una asignación desigual de determinados instrumentos fundamentales. En otras palabras, a los efectos de erradicar desigualdades socialmente causadas, puede ser necesaria la adopción de programas reparadores para los discriminados o desaventajados, o algún

²¹⁴Ver Rae, D.; Yates, D.; Hoschschild, J.; Morone, J.; y Fessler, C. Equalities. Harvard University Press, Cambridge, 1981.

²¹⁵Ver Rosenfeld, op. cit.

²¹⁶Ver Western, Peter. The Concept of Equal Opportunity. 95 Ethics 837 (1985).

²¹⁷Ver Goldman, Alan. Justice and reverse discrimination. Princeton University Press, Princeton, 1979.

²¹⁸Ver Sunstein, Cass. Three Civil Rights Fallacies. 79 California Law Review 751.

otro tratamiento diferencial con respecto a aquellos medios cuya posesión depende de condiciones sociales.

Numerosas juristas feministas han desarrollado una idea más amplia del concepto de igualdad y han revelado que la doctrina de la igualdad, tal como ha sido desarrollada en términos tradicionales, presume standards que desventajan a las mujeres. Desde una perspectiva feminista, la igualdad de género continúa siendo un ideal ilusorio. A pesar de la diversidad de posiciones dentro de las teorías feministas respecto del significado del término igualdad, existe un amplio consenso con respecto a la idea general de que la igualdad implica la eliminación de la condición de inferioridad a la que las mujeres han sido relegadas.

Una de las cuestiones cruciales, en el debate respecto de los medios para lograr la igualdad de género es, si debe considerar a los varones y mujeres como sujetos intercambiables o, si es necesario reconocer la unicidad de la situación de las mujeres en la sociedad, a los fines de satisfacer el ideal de igualdad. Para encarar la cuestión, acerca del tratamiento similar/tratamiento especial, es necesario tener en consideración que la formulación tradicional de la doctrina de igualdad, es incapaz de revertir la condición de inferioridad que sufren las mujeres. Existen limitaciones elementales en la noción tradicional de la igualdad que no contribuyen a la eliminación del sexismo. Más aún, muchas veces la interpretación de la cláusula constitucional de igualdad tradicionalmente aceptada, no sólo no contribuye a lograr la igualdad de género sino que, aún fomenta una comunidad desigualitaria.

El sistema legal ha sido incapaz de garantizar una real igualdad de género. Ha adoptado un punto de vista formalista y "neutral", que lo ha tornado incapaz de identificar y generar respuestas a las inquietudes y necesidades de las mujeres. Como consecuencia de esta "neutralidad" y de la idea de proveer un tratamiento similar a aquellos que están similarmente situados, el derecho ha sido incapaz de tener en cuenta la diversidad de las situaciones de las mujeres y sus demandas, dado que las mujeres están diferentemente situadas a los varones. El hombre es todavía el paradigma para el derecho, lo que hace imposible valorar la diversidad que es tan crucial para la igualdad de las mujeres.

El requisito de "tratamiento similar" entre los sexos hace surgir esta pregunta: ¿similar a quién? El modelo que el "tratamiento similar" utiliza es el modelo masculino. Esto desconoce la unicidad de las experiencias de las mujeres y conduce a la conclusión de que, las mujeres pueden reclamar igualdad en tanto sean como los varones. Esta doctrina de igualdad formal no puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que los individuos no están similarmente situados. Por el contrario, varones y mujeres están diferentemente situados con respecto a numerosas circunstancias económicas, políticas y sociales. Esta diferente ubicación es de orden jerárquico.

A los efectos de construir a una sociedad realmente igualitaria, es necesario reconocer las diferencias entre los sexos e incorporarlas en una visión más amplia de la igualdad. El fin es lograr la igualdad respetando las diferencias, esto es, erradicando la necesidad de pretender una alianza con las pautas de un "otro" dominante como un prerequisite para ser tratado como un completamente par. En otras palabras, considerar las diferencias de forma tal, que cualquiera tenga derecho a igual respeto independientemente -o mejor dicho, teniendo en cuenta- de sus diferentes perspectivas.

En otras palabras, a los efectos de lograr la igualdad de género y de garantizar que las mujeres obtendrán igual status y respeto como ciudadanas de acuerdo con su propia condición, es necesario reconocer que la identificación de normas y prácticas discriminatorias y el deber de la

sociedad de garantizar derechos sustantivos, es una tarea más complicada que lo que se ha considerado tradicionalmente. Las acciones positivas han sido concebidas como uno de los instrumentos más importantes para cumplir con el objeto de garantizar los derechos sustantivos de las mujeres.

El significado del término "acciones positivas", ha traído aparejada alguna confusión en el debate público, y aún entre algunos académicos. Fullinwider²¹⁹ considera que esta confusión se debe mayormente a la amplia colección de muchas veces conflictivas prácticas y políticas, que han sido consideradas como pertenecientes a esta categoría. De acuerdo con la definición de Greenawalt²²⁰: "Acciones positivas es una frase que se refiere a intentos de llevar a miembros de grupos sub-representados, usualmente grupos que han sufrido discriminación, a un grado más alto de participación en algún programa beneficioso. Algunos esfuerzos de acciones positivas incluyen tratamiento preferencial; otros no." Según Rosenfeld²²¹: "las acciones positivas pueden ser definidas como un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario."

El objetivo final de las acciones positivas es generar una sociedad en la cual, cada sujeto reciba igual respeto y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Esta sociedad igualitaria demanda la comprensión de que, el punto de partida es asimétrico y que, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales. La abstracción de que la realidad social es jerárquica asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser considerada en forma deficitaria.

Una sociedad justa demanda la igualdad de acceso a los recursos y de respeto. El logro de la igualdad de género implica el cumplimiento de determinados deberes por parte de la comunidad. Para reparar la desigualdad de género, la sociedad tiene que reconstruir sus reglas primarias a los efectos de incorporar las perspectivas de las mujeres. Dado el hecho de que, las perspectivas y experiencias de las mujeres han sido constantemente omitidas o desvalorizadas, -especialmente en lo concerniente al dominio público-, esta reconstrucción requiere un apoyo positivo.

A los efectos de remediar la desigualdad de género, es necesario reconocer que las necesidades de las mujeres se originan en el contexto de la discriminación. De otra forma, las mujeres serán siempre acusadas de demandar un tratamiento preferencial inválido con el propósito de resolver problemas, que son de su propia incumbencia y sus demandas continuarán siendo desoídas. La asignación asimétrica de derechos y privilegios vigente, genera el deber de la sociedad de garantizar que las mujeres posean los medios para alcanzar y desarrollar una plena ciudadanía. Esto significa concebir a la sociedad como un activo promotor de sus derechos fundamentales.

Esta cuestión presume una concepción amplia de los derechos, en oposición a una concepción estrecha que sólo reconoce derechos negativos contra la interferencia estatal. Por el contrario, los llamados derechos positivos implican un deber positivo por parte de la sociedad. El principio subyacente a esta concepción afirma que los derechos pueden ser violados tanto por acción como por omisión. Esto significa que ciertos derechos son violados si no se proveen los medios adecuados para que los individuos los materialicen y, por lo tanto, la sociedad está obligada a observar las necesidades fundamentales de los individuos.

²¹⁹Ver Fullinwider, Robert. *The Reverse Discrimination Controversy*. Rowman and Littlefield, Towota, N.J.

²²⁰Ver Greenawalt, Kent. *Discrimination and Reverse Discrimination*. Alfred A. Knopf, New York.

²²¹Ver Rosenfeld, op. cit.

Podemos encontrar dos criterios constitucionales fundamentales para evaluar los programas de acciones positivas. El primero presta atención a los fines, propósitos o intereses que el programa de acción positiva pretende perseguir. El segundo criterio se concentra en la relación causal entre el programa de acción positiva y sus fines, para averiguar si tal programa es el mejor instrumento posible a los efectos de cumplir tales fines. Dos factores han sido considerados necesarios para el examen de los fines bajo tal criterio, de acuerdo con la decisión de la Suprema Corte de los EEUU: el programa de acción positiva debe tener un "propósito de reparación legítimo" y debe haber suficiente base fáctica -o "quantum de evidencia"- para creer que esta acción reparadora es requerida.

El propósito de los programas de acciones positivas es "quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía" y abrir oportunidades para mujeres y minorías que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente, o "cambiar los signos visibles de pasadas distinciones raciales o sexuales y, así, brindar el aliento para el proceso de dismantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas". El test de los fines requiere no sólo un propósito restaurador de erradicar una desigualdad manifiesta sino también prescribe que debe existir suficiente basamento en la evidencia para creer que esta acción reparadora es necesaria.

A los efectos de demostrar que existe suficiente evidencia para considerar que hay una situación de discriminación que demanda una acción reparadora, es importante tener en consideración la magnitud de las estadísticas cuando ellas son lo suficientemente grandes como para ser significativas, así como las diferencias entre los "valores esperados" -esto es, el número de mujeres que supuestamente alcanzarían estas posiciones en un proceso de selección no discriminatorio- y los "valores observados" -aquellas que efectivamente alcanzan estas posiciones. En este sentido, es suficientemente claro que esta desigualdad manifiesta realmente existe en el proceso político en lo concerniente a la participación de las mujeres. Una comparación del porcentaje de mujeres que ocupan cargos en el Congreso con el porcentaje de la población y de los/as afiliados/as de los partidos políticos, es lo suficientemente aguda para demostrar la existencia de esta desigualdad manifiesta.

Deborah Rhode, expresa que "Cuán afirmativa" debe ser la acción ha variado. En su forma más débil, el término abarca grandes requisitos en relación a la orientación del proceso, tales como procesos de revisión de selecciones, reclutamiento, educación y entrenamiento para expandir las oportunidades de los grupos subrepresentados. En su forma fuerte, más sustantiva, las acciones positivas se refieren a tratamiento preferencial para miembros de tales grupos si ellos/as están básicamente calificados/as para determinado puesto. Existe una variedad de alternativas intermedias, incluyendo procedimientos para desempatar que favorecen las/os candidatas/os subrepresentadas/os cuyas calificaciones son iguales a sus competidores/as. En la práctica, tales distinciones frecuentemente se confunden, dado lo que constituye calificaciones básicas o iguales es abierto a discusión. A los fines conceptuales, sin embargo, es útil concentrarse en programas que incorporan alguna forma de preferencia, dado que estos enfoques han probado ser más efectivos y más controvertidos"²²².

Al menos dos tipos de mecanismos de acciones positivas han sido implementados en distintos países: cuotas y objetivos ("*goals*"). El sistema de cuotas consiste en una fórmula más o menos fija, utilizada para decidir cuantos miembros/as de un grupo minoritario o de mujeres deben ser aceptadas en una institución o acordados un beneficio. Un sistema de cuotas es explicado muchas veces como un standard definitivo, por el cual es obligatorio que determinado número de

²²²Ver Rhode, Deborah. Justice and Gender. Harvard University Press, 1989, pág. 184.

posiciones sea llenado por mujeres o por miembros/as de grupos minoritarios antes de que varones blancos sean selectos. Una cuota generalmente cumple la función de fijar un piso mínimo en el número de candidatos/as mujeres o minorías seleccionadas. Estas acciones apuntan a la concreción de resultados concretos en situaciones particulares; se dirigen a contrarrestar desigualdades específicas.

El segundo mecanismo utilizado para implementar un programa de acciones positivas es el de los objetivos ("*goals*"). En este caso no se trata de un standard rígido que cumplir sino metas plausibles de alcanzar mediante intentos de buena fe para contribuir al cumplimiento de las diversas facetas de los programas de acciones positivas. Suelen apuntar a cambios estructurales, y no son dirigidas a situaciones individuales sino a la reforma de mecanismos y prácticas que obstaculizan las oportunidades de las mujeres y minorías discriminadas, como es el caso de la modificación del horario de trabajo para hacerlo más compatible con las demandas familiares, o garantizar niveles de educación y niveles de entrenamiento de estudiantes y trabajadoras mujeres. Esta clase de acciones simplemente provee de los instrumentos que intentan balancear el campo de juego entre varones y mujeres o mayorías y minorías.

Existe una controversia con respecto a la diferencia -si existe alguna- entre "objetivos" y "cuotas". Hay quienes, como sugiere el Justice Powell en el caso Bakke²²³, consideran que es solo una diferencia semántica. Otros, como Fullinwider²²⁴, afirman que es erróneo referirse a los "objetivos" como un mecanismo notablemente diferente de las cuotas. Este autor también considera que es incorrecto sostener que los "objetivos" son flexibles y las cuotas inflexibles. Para otros autores existe una significativa diferencia entre cuotas y objetivos. Ellos sostienen que la flexibilidad o rigidez son notas definitorias de los "objetivos" o las "cuotas". De cualquier modo, en el contexto de los programas de acciones positivas tanto los "objetivos" como las cuotas consisten en la incorporación de una proporción relativa de miembros/as de diferentes grupos -especialmente mujeres y minorías- en determinadas posiciones o en proveerles algunos beneficios especiales. El establecimiento de objetivos significa aspirar al logro de una cierta proporción de mujeres o miembros/as de grupos minoritarios en determinadas posiciones o actividades. Un objetivo puede consistir en la mera atención al ideal formal de igualdad de oportunidades o puede incluir la implementación de un tratamiento preferencial. Un sistema de cuotas se refiere a la asignación de una determinada cantidad de posiciones de acuerdo con un número previamente definido o con la proporción de posiciones a ser asignadas. Una cuota puede referirse a un piso o a un techo o a ambos.

En aquellas situaciones en las cuales la buena fe falta o no es suficiente, las cuotas constituyen la única aplicación operativa de las acciones positivas. Por ejemplo las cuotas pueden ser más efectivas que los objetivos a los efectos de eliminar ciertas barreras inconscientes como el principio de identificación. Muchas veces, aun cuando algunos consideren que se comportan bajo el principio de buena fe, ellos persisten en prácticas inconscientes de discriminación y las cuotas se convierten en el único modo efectivo de superarlas. En el caso de la competencia política por espacios de poder, se puede concluir que los términos de esta competencia son tan duros que la implementación de un sistema de cuotas es la única forma de garantizar a las mujeres la igualdad de oportunidades.

II. Sobre la justificación de las acciones positivas

²²³Ver Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

²²⁴Ver Fullinwider, op. cit.

Las acciones positivas han sido justificadas sobre la base de los siguientes fundamentos: justicia compensatoria, justicia distributiva y utilidad social. El presente análisis examina cada uno de estos tres fundamentos, y trata de mostrar como ellos pueden ser aplicados al sistema de cuotas para mujeres en las listas de los partidos políticos.

1) Justicia compensatoria

Uno de los argumentos principales en favor de las acciones positivas está basado en términos de justicia compensatoria. La justicia compensatoria acuerda reparaciones por daños pasados. El objeto de una medida basada en razones de justicia compensatoria es ubicar a aquellos/as que han sufrido injurias pasadas en el lugar que ellos/as hubieran ocupado de no haber sido por las injusticias sufridas. De acuerdo con los argumentos de justicia compensatoria, las injurias pasadas originan un derecho a su reparación para quienes la han sufrido.

De acuerdo con una concepción amplia de justicia y de derechos, la institución de la igualdad real de oportunidades demanda tanto conductas negativas como positivas. En este sentido, a los efectos de establecer un orden político y social, el Estado no debe imponer ningún impedimento legal o cuasi-legal en la competencia por recursos escasos. Por otra parte, en una sociedad que enfrenta demandas relativas a la reparación de perjuicios sufridos como consecuencias de violaciones al derecho a igual tratamiento, solo en unas pocas circunstancias la eliminación de los impedimentos legales o cuasi-legales resulta adecuada para lograr la reparación de desigualdades previas y sus consecuencias relativas a la competencia por bienes, recursos y posiciones de poder. En muchos otros casos, especialmente si los impedimentos han sido impuestos por un largo período de tiempo, el mero retiro de éstos no es suficiente para alcanzar la situación de igualdad que existió o debió haber existido si aquellos impedimentos nunca hubieran sido impuestos. En estos casos, la eliminación de los obstáculos legales no significa elevar las posibilidades de éxito de quienes los sufrieron, a algo más que una mera posibilidad, en comparación con aquellos que han disfrutado de los beneficios y privilegios de la situación previa de dominación.

De acuerdo con Goldman: "La adopción de alguna regla distributiva implica que cuando suceden violaciones, quienes las cometen deben ser considerados responsables y las víctimas compensadas a los efectos de mantener las distribuciones en conformidad con los requerimientos de la regla tanto como sea posible. Sería irracional, o quizás aún sin sentido, para contratantes hipotéticos adoptar una regla distributiva sin construir estipulaciones relativas a la responsabilidad... y compensación por violaciones. Si los resultados de las violaciones son permitidas como regla, entonces no puede haber habido un deseo sincero de distribuir beneficios de acuerdo con el principio original."²²⁵

Goldman considera que "el caso paradigmático al cual se aplica el principio de compensación, implica una inflicción intencional de injuriar, violando un derecho, que resulta en una pérdida conmensurable para la víctima y un beneficio para quien ha perpetrado la violación al derecho. En este caso, es claro que la parte culpable debe restaurar su mal habido beneficio a la víctima."²²⁶ De acuerdo con esta perspectiva, se podría concluir que la justicia compensatoria demanda la transferencia de bienes y recursos de una persona o grupo de personas a otra/s a los efectos de restablecer la situación de igualdad que existía o debía haber existido entre ellas antes de la imposición de las condiciones que resultaron en privilegios para el violador de la igualdad y obstáculos para las víctimas.

²²⁵Ver Goldman, op. cit.

²²⁶Ver idem.

Aún para quienes mantienen una concepción restringida de los derechos, como es el caso de Nozick, la justicia de cierto estado de distribución de bienes y recursos depende de la secuencia real de eventos que culminan con la adquisición del control de un bien particular por una persona particular. A los efectos de juzgar si este control es justo, Nozick²²⁷ considera que si alguien obtiene un bien de acuerdo con el principio de justicia en la adquisición o en la transferencia, por parte de alguien con derecho a ese bien, entonces está legitimado en la posesión de ese bien. Nadie está legitimado a esta posesión si no es por estos medios. Si la posesión de un bien o recurso no satisface estos principios, el poseedor actual no está legitimado, y esto hace surgir la cuestión de las compensaciones por las injusticias pasadas. Es necesario establecer qué injusticias han sido cometidas en el pasado y evaluar sus efectos en la configuración de las distribuciones de bienes y recursos presentes. Así, sería posible calcular qué configuración hubiera resultado si esas injusticias pasadas no hubieran tenido lugar y comparar con la configuración actual de estas distribuciones. En caso de que exista una diferencia entre esas configuraciones, sería necesario desarrollar una rectificación reasignando esas posesiones a los efectos de eliminar esa diferencia. De acuerdo con este principio de rectificación, la forma de realizar una compensación adecuada para una víctima de perjuicios pasados descansaría en ubicar a la víctima en la posición que ella hubiera ocupado si los daños pasados no hubieran tenido lugar. Algunas veces esto podría significar no sólo retornar lo que fue injustamente arrebatado sino también podría requerir proveer compensaciones por la posición a la cual la víctima hubiera accedido como consecuencia de los recursos que ella podría haber utilizado y de los cuales fue injustamente privada.

Es innecesario describir la histórica y sistemática discriminación que hemos padecido las mujeres. Catherine MacKinnon se refiere a algunos de los daños que las mujeres hemos sufrido:

En este país, con paralelos en otras culturas, la situación de las mujeres combina paga desigual con trabajo no respetado, ser blanco sexual para violaciones, violencia doméstica, abuso sexual cuando menores y sistemático acoso sexual; despersonalización, una caracterización física denigrante, su uso en entretenimientos desvalorizantes, la privación del control reproductivo y la prostitución forzada. Entender que estas prácticas se realizan por hombres hacia las mujeres es ver estos abusos como formando un sistema, una jerarquía de desigualdad. Esta situación ha ocurrido en muchos lugares, de una u otra forma, por un muy largo tiempo, a menudo en un contexto caracterizado por la privación de la propiedad privada (las mujeres suelen ser objeto de la propiedad más que poseerla), propiedad y uso de las mujeres como objeto, la exclusión de la vida pública, la pobreza basada en el sexo, una sexualidad degradada, y una devaluación del valor de las mujeres y de sus contribuciones a la sociedad. Esta subordinación de las mujeres a los varones está socialmente institucionalizada, configurando acumulativa y sistemáticamente el acceso a la dignidad humana, al respeto, los recursos, la seguridad física, la credibilidad, la pertenencia a la comunidad, el discurso y el poder. Incluyendo todas sus variables, el grupo de las mujeres puede ser visto como poseedor de una historia social de falta de poder, explotación y subordinación, que se extiende hasta el presente.²²⁸

Por un largo tiempo, muchas de estas cuestiones, tales como la violencia doméstica, el acoso sexual, el abuso y violación conyugal, el cuidado y crianza de los hijos, han sido siempre

²²⁷Ver Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York Basic Books, 1974.

²²⁸Ver MacKinnon Catherine. *From Practice to Theory*. Yale Journal of Law and Feminism, Vol. 4, pág. 15.

descartadas como cuestiones de simple interés privado. Esto ha sido ratificado por la concepción de esferas separadas: la pública y la privada. De acuerdo con esta noción, se ha construido una poderosa y extensa ideología, reforzando la percepción que concibe al sistema de relaciones sociales como divididas entre dos esferas, una pública y masculina, y la otra privada y femenina. La esfera privada se refiere al hogar, a la familia, y al brindar cuidados. Está asociada con los valores y principios que están definidos como lo relacional, lo no jerárquico y altruístico. Estos roles han sido segregados de la vida pública relacionada con los negocios, el mercado y la actividad política. De las mujeres se espera que ejecuten roles familiares sirviendo en la esfera privada, mientras que se presume que los varones operan en el mundo público. Se considera que este dominio público encarna los valores de la competencia, el individualismo y la jerarquía. Estos valores se tornan en dominantes en tanto el dominio público prevalece en la estructura social y normativa.

El acceso y la participación de las mujeres en el mercado de trabajo se ha incrementado notablemente durante las últimas décadas. Sin embargo, las cargas que la esfera privada impone a las mujeres no han disminuido y las chances de mayores éxitos económicos y profesionales son todavía muy limitados. Ha sido ampliamente reconocido que mantener cierto grado de independencia financiera es una condición necesaria para participar en el proceso político. Si los individuos no tienen esta seguridad económica, ellos/as se convierten en dependientes de los más poderosos y están también descartados por el sistema social. Más aún, aquellos/as que están en los márgenes de la estructura social, simplemente carecen de los recursos requeridos en la práctica por la actividad política. Existe una conexión inevitable entre el status económico y el poder político.²²⁹ La extendida opresión de las mujeres y su relajamiento a una posición económica marginal inevitablemente restringe el desarrollo de una participación política significativa.

El contexto social ha sido extremadamente dañino para la participación política de las mujeres. Kupperman²³⁰ ha descrito las desventajas sociales y psicológicas que las/os candidatas/os de programas de acción positiva tienen que enfrentar: ambivalencia acerca del éxito, la falta de modelos de roles, y la ausencia de una masa crítica de colegas dentro de la institución. Estos obstáculos sociales y psicológicos pueden frustrar las posibilidades de éxito de las mujeres de la misma manera que un proceso de selección directamente discriminatorio. En las palabras de Kupperman: "Un tratamiento justo requiere no solo la justa consideración por el individuo, sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para futuros éxitos."²³¹

Las persistentes circunstancias psicológicas y sociales hostiles han generado un medio social y político que reduce las chances de éxito de las mujeres. Ellas están inhibidas desde temprana edad con respecto a las posibilidades de seguir carreras y desempeñar ocupaciones tradicionalmente desarrolladas por varones. Como resultado, los varones disfrutan de los privilegios sociales y psicológicos y la motivación para alcanzar futuros éxitos con respecto a tales posiciones. Ha habido un cambio social en los últimos años con respecto a los obstáculos que las mujeres tienen que enfrentar y los impedimentos sociales y familiares en lo concerniente a las aspiraciones a ocupar determinadas posiciones detentadas hasta ahora exclusivamente por varones. Sin embargo, las mujeres continúan sufriendo un sentimiento ambivalente con respecto al trabajo fuera de la casa, enfrentando la consternación y preocupación por eventuales fallas en lo

²²⁹Para un desarrollo de la relación entre participación política y factores como clase, status económico y social, ver Almond, G. A. y Verba, S. *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*. Princeton University Press, Princeton, 1963. Para una crítica de esta obra desde una perspectiva feminista, ver Pateman, Carol. *The Disorder of Women*. Stanford University Press, 1989, págs. 141 y sgts.

²³⁰Ver Kupperman. *Relations between the sexes: Timely vs. Timeless Principles*. 25 *San Diego L. Rev.* 1027 (1988).

²³¹Ver *idem*.

profesional o en lo personal. Estos son miedos con los que los varones no tienen que lidiar, por lo menos al mismo grado que las mujeres.

Esto es así porque en muchos trabajos, y la actividad política es un ejemplo típico, la medida de la capacidad o competencia, aunque está aparentemente expresada en términos neutrales con respecto al género, refleja las experiencias, valores y prejuicios de los varones. La esfera política está caracterizada como demandando un temperamento agresivo. En este sentido las mujeres son frecuentemente condenadas por no comportarse tan agresivamente como los varones. La validez de las experiencias y valores de las mujeres son en general descartadas dado que las mujeres pocas veces se encuentran en posiciones de poder que les permitan legitimar sus voces. Como resultado, los atributos y contribuciones de las mujeres permanecen negados y denigrados. Aun cuando la actividad política refuerza el punto de vista de los varones y sus experiencias, ello está escondido tras reglas de juego aparentemente neutrales respecto del género, que benefician a los varones. Sin embargo, el carácter de "objetividad" que supuestamente detentan, las hace aparecer como reflejando simplemente un orden neutral respecto al género.

Otro obstáculo que las mujeres que compiten en la arena política tienen que enfrentar es la falta de modelos en esos roles, problema que los varones nunca han sufrido. Esto también puede dañar las chances de las mujeres para futuros éxitos en la actividad política. Este obstáculo está relacionado con otro, que es la ausencia de una masa crítica de colegas. Esta falta de un medio alentador puede también producir efectos perjudiciales para las probabilidades de éxito de las mujeres dado que ellas pueden considerarse ocupando el lugar de una minoría aislada, siempre en exhibición, examinadas y cuestionadas. Estos sentimientos pueden también afectar su eficiencia y su capacidad de mantenerse en altas posiciones o alcanzar mayores éxitos.

Podemos concluir que, dadas estas condiciones psicológicas y sociales negativas, las acciones positivas pueden ser el único modo de compensación. El sistema de cuotas en las listas de los partidos políticos es un mecanismo justo y legítimo sobre la base del principio de igual protección ante la ley pues, al compensar a las mujeres por un contexto social y político históricamente discriminatorio en términos de género, promueve su acceso al proceso político, siguiendo los requerimientos de un principio de igualdad real.

2) Justicia distributiva

También es posible justificar un mecanismo de acción positiva como el sistema de cuotas sobre la base de razones de justicia distributiva. Este principio toma en cuenta no el pasado sino el presente y el futuro, a los efectos de determinar cual es la forma más justa de asignar los bienes y recursos sociales y políticos. De acuerdo con los principios de justicia distributiva, la distribución de bienes y recursos debe estar guiada por una preocupación real respecto a factores tales como derechos, méritos, contribuciones y necesidades.

El principio de justicia distributiva puede reconocer injusticias pasadas pero su objetivo no es compensarlas sino revocar sus efectos presentes. De acuerdo con los principios de justicia distributiva, una persona está autorizada para recibir los beneficios de un programa de acción positiva no porque la sociedad está reconociendo y tratando de reparar injusticias pasadas sino por que merece una porción mayor de los recursos de la comunidad.

La teoría de justicia distributiva sostiene que el Estado debe realizar una distribución equitativa de los bienes y cargas entre sus miembros. Este principio alude tanto a los actos de distribución como a los estados de hecho que son la consecuencia de cierta asignación de bienes, recursos y cargas. Como Feinberg afirma, "una distribución puede entretenerse como un 'producto'

que no es el resultado de algún proceso distributivo deliberado, sino simplemente un estado de hecho cuya producción ha sido demasiado complicada para resumir o para adscribir a algún grupo definido de personas".²³² De acuerdo con la concepción de Feinberg sobre la justicia distributiva, ésta debería ser apreciada en su sentido más amplio; ésto implica teniendo en consideración tanto el proceso como el producto de la distribución, si tal distribución esté diseñada intencionalmente o no. En el mismo sentido, Sunstein ha criticado la exigencia de una intención discriminatoria para calificar una situación como discriminación y ha afirmado que abandonar el requisito de intencionalidad nos lleva más allá del modelo compensatorio e involucra un reordenamiento social.²³³

Según la descripción de Nagel²³⁴, existe una "igualdad moral entre las personas", y cada persona posee una "igualdad para reclamar ventajas reales o posibles". En este sentido, el igualitarismo "establece un orden de prioridades entre las necesidades, y otorga preferencia a la más urgente". Siguiendo esta idea, Nagel establece un principio jerárquico de prioridad de necesidades:

Cada reclamo de un individuo tiene una forma compleja: éste incluye más o menos todas sus necesidades e intereses, pero en un orden de relativa urgencia de importancia. Esto determina tanto cual de ellas debe ser satisfecha primero como si ellas deben ser satisfechas antes o después los intereses de otras... [y] la característica esencial de un sistema igualitario de prioridades es que éste acuerde ventajas para el beneficio de los menos favorecidos.

De acuerdo con un criterio igualitario de justicia distributiva coherente con esta visión, ésto requeriría la búsqueda de la igualdad de resultados más que la igualdad de oportunidades. En realidad, la igualdad de oportunidades a menudo conduce a la desigualdad de resultados, y por lo tanto parece ser menos conveniente que la igualdad de resultados a los efectos de alcanzar la realización plena de las necesidades más urgentes de cada individuo. En un contexto de discriminación y desigualdades sociales, la mera igualdad de oportunidades conduciría a desigualdades de resultados. Para cumplir con el principio de justicia distributiva, es necesario adoptar la igualdad de resultados más que de oportunidades.

Uno de los propósitos para adoptar un principio de justicia distributiva es el de generar un marco institucional apropiado para proveer un equilibrio óptimo entre el logro de un grado social de cooperación necesaria para asegurar el funcionamiento adecuado de la sociedad y el de la protección de los derechos individuales.

De acuerdo con la teoría de Rawls²³⁵ existen dos principios de justicia que podríamos aplicar a esta cuestión. El primero sostiene que "cada persona tiene un derecho igual a la más extensa libertad compatible con una libertad similar de los otros". El segundo principio es conocido como el "principio de diferencia" y este principio prescribe que "las desigualdades sociales y económicas deben ser arregladas de forma tal que ambas estén: a) para el mayor beneficio de los menos favorecidos...y b) asociadas a oficios y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades". Rawls afirma que una desigualdad de oportunidades sólo es aceptable si ésta agranda "la oportunidad de aquellos con menores oportunidades". Estos principios de justicia están diseñados para ser aplicados no a cada problema social en particular sino solo a la "estructura básica de la sociedad" que describe "el modo en el cual las mayores

²³²Ver Feinberg, Joel. Social Philosophy. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1973.

²³³Ver Sunstein, Cass. Three Civil Rights Fallacies. 79 California Law Review 751 (1991).

²³⁴Ver Nagel, Thomas. Mortal Questions. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

²³⁵Ver Rawls, John. A theory of justice. Harvard University Press, Cambridge, 1971.

instituciones sociales distribuyen deberes y derechos fundamentales y determinan la división de ventajas de la cooperación social”²³⁶.

El sistema de cuotas para mujeres en las listas de los partidos políticos, se refiere realmente a la estructura básica de la sociedad, dado que afecta a la distribución de derechos fundamentales basado en la igualdad así como a la división de las ventajas de la cooperación social. En realidad, este sistema afecta a las instituciones y prácticas sociales más fundamentales, promoviendo el acceso de las mujeres a la distribución de posiciones de poder.

Dada la existencia de discriminación sexual tanto a nivel individual como institucional, y teniendo en cuenta el estado corriente de desventajas sociales y psicológicas que las mujeres tienen que superar a los efectos de adquirir credenciales iguales a aquellas que ostentan los candidatos varones, el sistema de cuotas es legítimo de acuerdo con un principio de justicia distributiva dado que garantiza a las candidatas mujeres una chance de obtener logros políticos y recursos en posiciones de poder, igual a los candidatos varones.

Las mujeres están significativamente subrepresentadas en los niveles más altos de toma de decisiones y del poder, aun cuando ellas son la mitad de la población. Esta distribución desigual del poder no puede ser explicada por ninguna otra consideración relevante que no sea un sistemático e histórico sexismo. Este mecanismo de acciones positivas contribuye así a una sociedad más justa por garantizar una más justa distribución de recursos e igualdad de chances de éxitos, tratando de ubicar a las mujeres en condiciones de igualdad con respecto a los candidatos varones.

3) Utilidad social

A los efectos de justificar la adopción de un mecanismo de acciones positivas tal como el sistema de cuotas, es posible utilizar el argumento de que este mecanismo proporciona un mayor grado de utilidad social.²³⁷ De acuerdo con la teoría de la utilidad social, un sistema de acciones positivas está justificado cuando es necesario o conveniente para maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto. Más que prestar atención a los derechos individuales como es el caso de las teorías de justicia compensatoria y distributiva, se trata de incrementar la utilidad social en términos del bienestar general. Para evaluar si un sistema de acción positiva está justificado por razones de utilidad social, es necesario concentrarse en criterios empíricos de bienestar social más que en cuestiones teóricas y concepciones de adjudicación.

²³⁶Para un análisis de las potencialidades y críticas de la teoría de Rawls desde una perspectiva feminista, ver Moller, Okin Susan. *Justice, Gender and the Family*. Basic Books, 1989, págs. 89 y sgts.

²³⁷Los criterios de utilidad social no brindan por sí solos justificación suficiente para adoptar medidas que puedan afectar derechos de terceros. En el caso del sistema de cuotas, la fundamentación central recae en los argumentos de justicia compensatoria y distributiva. Sin embargo, los criterios de utilidad social a desarrollar aportan mayores elementos para tal fundamentación.

En este sentido, los programas de acción positiva pueden ser justificados aún si aquellos/as que reciben los beneficios no han sido dañados/as o tratados/as desigualmente en el pasado, siempre que estos programas incrementen los beneficios de la sociedad en su conjunto. Para desarrollar el análisis de costos y beneficios que justificaría un programa de acción positiva bajo criterios de utilidad, es necesario tener en consideración ventajas tales como la promoción y desarrollo de modelos de roles deseables, la destrucción de estereotipos negativos, el logro e incremento de la diversidad, el alivio de las tensiones entre los sexos, y la provisión mejorada de servicios a las/os menos poderosas/os de la comunidad. Un programa de acción positiva puede ser adoptado si las ventajas que éste acarrea para la sociedad son mayores que los costos que le significan.

A los efectos de desarrollar este análisis de costos y beneficios, es necesario concentrarse particularmente en las siguientes cuestiones. En primer lugar, se debe evaluar la relación entre los beneficios que reciben los/as miembros/as del grupo en favor del cual el programa de acciones positivas ha sido adoptado y los daños que supuestamente deben ser tolerados por otros. En este sentido, el tratamiento preferencial acordado a las mujeres por el sistema de cuotas no solo conduce a un beneficio neto de la sociedad, sino que la resignación de ciertas posiciones deseables de varones a mujeres no conduce a un resultado de suma-cero. En una dirección similar, Fullinwider²³⁸ estima que un movimiento en las ventajas asociadas con ciertas posiciones de blancos a personas de color puede conducir a resultados más positivos que lo que puede implicar los efectos en las pérdidas de los blancos. Fullinwider afirma que los beneficios que las personas de color reciben a causa de los programas de acciones positivas van a tener un valioso impacto en la sociedad en su conjunto, mientras que las pérdidas que tendrán que soportar los blancos van a acarrear consecuencias perjudiciales sólo para aquellos individuos que están directamente afectados.

Más aún, este mecanismo de acción positiva no parece producir ningún cambio significativo en cuanto a la imagen de los varones como grupo. Tal como afirma Nagel con respecto a los programas de acción positiva para las personas de color: "La auto-estima de los blancos como grupo no está en peligro por [las acciones positivas] dado que la situación se produce solo por su dominación social general, y el objeto de la práctica es solo beneficiar a los negros, no excluir a los blancos. La política está diseñada para favorecer un grupo cuya posición social está excepcionalmente debilitada, con consecuencias destructivas tanto para la auto-estima de los miembros del grupo como para la salud y la cohesión de la sociedad".²³⁹

Dado el hecho de que los varones continúan manteniendo la mayoría de las posiciones de poder y dominan las esferas de toma de decisiones, su percepción colectiva del poder y su nivel general de respecto no será amenazado por algunos fracasos individuales. En este caso, el acceso de las mujeres a posiciones relevantes para el proceso político contribuirá a la representación de las voces y los intereses de las mujeres con el correspondiente incremento en la autoestima colectiva de las mujeres, mientras que reducir el número de posiciones en cargos electivos de, en general más del noventa por ciento detentado por los varones a no más del setenta por ciento no va a conducir a una disminución de la autoestima colectiva masculina, ni hará que sus voces o sus intereses no se encuentren representados.

²³⁸Ver Fullinwider, op. cit.

²³⁹Ver nota 25

En palabras de Deborah Rhode²⁴⁰:

Transformar en equivalentes la discriminación contra grupos privilegiados y no privilegiados es oscurecer los significados culturales más básicos y las consecuencias que derivan de tal tratamiento. Desfavorecer a las mujeres sirve para estigmatizar, estereotipar y subordinar; desfavorecer a los varones blancos no.

Dada la presunción que asignar las bancas a los/as candidatos/as más calificados/as es usualmente el mejor modo de lograr la maximización de las utilidades políticas y sociales, el segundo factor a tomar en consideración a los efectos de juzgar la aplicabilidad del argumento utilitario para justificar un sistema de cuotas, es si este mecanismo puede disminuir la calidad de los/as representantes. En otras palabras, un argumento en contra de este mecanismo de acciones positivas es que permitiría que candidatas menos calificadas accedieran a las bancas y ello acarrearía una disminución en la calidad de la actividad de las instituciones políticas. De acuerdo con el argumento utilitario, el bienestar general será maximizado cuando los/as más competentes sean los/as que comanden las esferas de toma de decisiones.

En primer lugar, este argumento está basado en la falsa premisa de que en ausencia de acciones positivas, los candidatos llegan al Congreso sobre la base del mérito y la competencia. Sin embargo, las mujeres siempre hemos sido mantenidas al margen de la competencia por posiciones de poder. Más aún, hemos sido sistemáticamente negadas de la posibilidad de desarrollar nuestras potencialidades bajo iguales circunstancias y excluidas de la actividad política y de los procesos políticos por un largo período de tiempo. Pese a ello, todavía tenemos que tolerar prejuicios sociales en contra de nuestra competencia política.

Puede argumentarse que las candidatas mujeres que reciben los beneficios de las acciones positivas están tan o mejor calificadas que cualquier candidato varón. Es muy probable que las candidatas mujeres que reciben los beneficios de acciones positivas hayan tenido que superar impedimentos sociales y psicológicos, enfrentando las desventajas sociales de pertenecer a un género sin poder. Para ser capaces de superar estos impedimentos, las candidatas mujeres tienen que desarrollar mayores aptitudes y habilidades para vencer a las restricciones sociales y psicológicas iniciales, así como también a las desventajas materiales. En este sentido ellas deben demostrar tener más constancia, persistencia, motivación personal y convicción que muchos de los candidatos varones.

Las candidatas mujeres han tenido que enfrentar obstáculos a causa de motivos de género tales como la falta de modelos de roles, la ambivalencia con respecto a los sentidos de la competencia y el éxito, bajos niveles de auto-confianza, y la necesidad de un grupo crítico de su propio género en el proceso político. En este sentido, Kupperman afirma que la selección de los/as candidatos/as de acciones positivas es la elección adecuada porque estos programas contribuyen a determinar quién es en realidad el/la candidato/a más calificado/a, lo cual sería una decisión muy difícil de tomar con precisión en una sociedad discriminatoria.

Además, la misma idea del mérito que subyace al argumento relacionado con los candidatos más calificados es en sí misma cuestionable. Las nociones de mérito y competencia han sido basadas en términos masculinos, en un contexto usualmente moldeado conforme a sus características. Dado el carácter de los problemas humanos con los que tienen que lidiar los/as representantes, existen muchas otras habilidades y características que deben ser tomadas en

²⁴⁰Rhode, Deborah. Justice and Gender. Harvard University Press, 1989, págs. 185-86.

consideración. En realidad, la cuestión relativa a la competencia debe ser redefinida. Es necesario redefinir como el mérito es valorado en términos de la actividad que aquellas/os afectadas/os por los programas de acción positiva van a desarrollar. En términos de un sistema democrático, lo que esté en juego es la representación de intereses y tal como lo ha afirmado Mill, nadie es mejor juez de los propios intereses que uno/a mismo/a.

En este sentido, Rhode afirma que:

Lo que la mayoría de los críticos también pasan por alto es que las mujeres y las minorías frecuentemente hacen contribuciones que son inadecuadamente reflejadas en los criterios convencionales. Para tomar un ejemplo obvio, las académicas pueden ofrecer diferentes perspectivas sobre paradigmas intelectuales tradicionales a las de sus colegas varones; las contribuciones de los programas de estudios de género de las dos últimas décadas subrayan este punto. La participación de aquellas/os con diferente experiencia histórica puede enriquecer los standards por los cuales el rendimiento es medido. Más aún, las mujeres que tienen records objetivos similares a sus colegas varones, pero a los que llegan bajo contextos menos protector, a menudo tienen habilidades mayores a aquellas que son reconocidas por los procesos de evaluación tradicionales. Tal como lo han notado Martha Minow y Mary Becker, aun caracterizar estos casos como acciones positivas lleva un malentendido. Lo que los críticos a menudo presentan como una desaprobación respecto de la escala de individuos “menos calificados” puede en realidad reflejar sólo ajustes necesarios en la forma en que la escala es calibrada.²⁴¹

Así, pensando en términos de representación, estamos frente a un carácter dual dado que se expresa tanto como mandato como en relación a la responsabilidad. Se ha dicho que son dos caras de la misma moneda, puesto que sólo tiene sentido autorizar a alguien a actuar en su nombre si se lo puede hacer responsable por lo que hace. Por otra parte, nos encontramos con la noción “especular” de la representación como reproducción de un original que el/la representante sustituye.²⁴²

La primera noción de representación consiste en que un grupo de ciudadanos/as autorice a un/a mandatario/a para que defienda sus ideas e intereses, debiendo responsabilizarse ante ellos/as por una gestión contraria a tales intereses. Bajo la segunda noción, la representación está dada por sustituir al conjunto social representado por un cuerpo semejante en los aspectos relevantes para la toma de decisiones políticas.

Tal como lo afirma Nino:

Difícilmente se de una representación adecuada sin absorber, en parte, a alguna de estas nociones: la autorización y la responsabilidad en la defensa de ideas e intereses nunca es del todo definida, y necesita de la reproducción del grupo con tales ideas e intereses en el cuerpo que tomará la decisión para asegurar la convergencia de la incidencia de ese grupo en la decisión con las preferencias de sus integrantes. Por otra parte, no hay garantía de que la reproducción sea adecuada si los sectores a ser reflejados en el cuerpo que

²⁴¹Ver Rhode, op. cit., pág. 187.

²⁴²Ver Sartori, Giovanni. Representation: Representational Systems, en International Encyclopedia of Social Sciences, págs. 465 y sgts.; Pitkin, Hanna. El Concepto de Representación; Nino, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional, págs. 596 y sgts.

tomará la decisión no eligen a quienes reflejarán sus preferencias, las que necesitan ser explicadas en el proceso de autorización mediante la elección; la fidelidad de la reproducción se garantiza con la responsabilidad del representante cuando el representado no se siente reflejado en sus posiciones²⁴³.

Nino agrega que sin un acto compromisorio entre quienes detentan los intereses e ideologías originarios y quienes deben exponerlos en el cuerpo representante, no queda garantizado el carácter genuino de tales intereses e ideologías ni la fidelidad de su reproducción.

Siguiendo la premisa de que nadie es mejor juez/a de sus propios intereses que uno/a mismo/a, en la medida en que sea otro/a e/la encargado/a de evaluar los principios propuestos para solucionar una cuestión política a la luz de los intereses de una persona o de un grupo de personas, inevitablemente se producirá una distorsión en la apreciación de esos intereses. Tal distorsión se produce por la falta de explicación clara de sus intereses por parte del mandante, por falta de conocimiento cierto de tales intereses por el mandatario, por la interposición de los intereses del propio mandatario, etc. Es por ello que la incorporación de mujeres en la toma de decisiones mediante mecanismos de acciones positivas como el sistema de cuotas en los partidos políticos contribuye a una representación más genuina de la diversidad de la sociedad y de la mayor cantidad de intereses.

Por otra parte, las mujeres incorporan una valiosa perspectiva al proceso político. A través de la interacción personal es posible, directa o indirectamente, aprender de las diferencias y alentar la revisión de las premisas más profundamente asumidas y que han oscurecido las perspectivas e intereses de las mujeres. Vivir la vida como una mujer en una sociedad discriminatoria hace que una sea más consciente de la jerarquía por géneros, y permite que las mujeres en el Congreso traten temas especialmente relacionados a cuestiones de género o aporten su perspectiva en relación con otros que los varones muchas veces no ven o tienen dificultades para entender. Sin la exposición a estas perspectivas, el proceso de toma de decisiones fallaría en apreciar por completo muchas de las complejidades de la sociedad.

Las mujeres en el Congreso no sólo tienen altas posibilidades de contribuir a los intereses de las mujeres sino que también contribuyen a una imagen más valorada de las mujeres a causa de los procesos de identificación. Asimismo, el avance en las posiciones de las mujeres contribuye a los beneficios de la sociedad en su conjunto. Las acciones positivas, al redistribuir las oportunidades de acceso a posiciones de poder, reducirán también las desigualdades subyacentes y disminuirán las tensiones sociales. El bienestar general estaría claramente aventajado con la incorporación de las voces de las mujeres en el debate público dado que ubicarlas solamente en lugares alejados de la toma de decisiones conduce a despreciar sus potenciales y cortar sus propios avances.

Uno de los principales daños que resultan de una discriminación sistemática es una grave baja de la autoestima colectiva. Un sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos que les permita acceder a posiciones de poder y prestigio produciría un notable cambio en la autoimagen colectiva del grupo. Este sistema beneficiará a algunas mujeres en una forma directa, pero también va a aventajar a las mujeres como grupo.

De acuerdo con las palabras de Nagel:

²⁴³Ver Nino, op. cit., págs. 598-99.

Una consecuencia psicológica de una conexión sistemática de desventajas sociales con una característica particular, es que tanto los/as poseedores de esta característica como los otros han empezado a descartarla como una característica esencial e importante, con la consiguiente reducción de la estima de este/a poseedor/a. Concomitantemente, aquellos/as sin la característica ganan libre estima por comparación, y el arreglo así sacrifica los intereses personales más básicos de algunos/as otros/as que están en los niveles mas bajos.²⁴⁴

Una de las principales ventajas de un mecanismo de acciones positivas tal como el sistema de cuotas es que es capaz de confrontar el sentido de reducido valor de las mujeres que han sido las víctimas de discriminación sistemática. Esto contribuye a la creación de nuevos roles valiosos para mujeres que representan los símbolos del logro o el éxito para las mujeres. Ellos indican que existen posibilidades de éxito al alcance de las mujeres. En efecto, las mujeres que alcancen altas posiciones en las esferas de toma de decisiones ofrecerán modelos de roles que son valiosos para la sociedad en su conjunto. La gente joven y particularmente las mujeres que las miren en televisión, las escuchen en la radio, lean sobre ellas en los periódicos, las escuchen hablar, o tengan la oportunidad de visitarlas en sus oficinas, crecerán con la percepción de que la actividad política y las posiciones de poder no están reservadas sólo a los varones. Ellas tendrán también la sensación de que ocupar aquellas posiciones no significa venderse o ser "poco femeninas".

La presencia de mujeres en estas posiciones prominentes en la sociedad ejercerá una influencia constructiva en otros miembros del grupo. Por el contrario, la falta de tales modelos de roles transmite el mensaje inverso de que las mujeres son repelidas de las posiciones poderosas y relegadas a los peores niveles. Para concluir, la presencia de mujeres en tales posiciones podrá contribuir a quebrar las imágenes de los estereotipos negativos tradicionales de mujeres y alentará a las mujeres a desarrollar plenamente sus potencialidades.

En palabras de Rhode:

Para lograr un orden social en el cual la riqueza, el poder y el status no son distribuidos a lo largo de líneas raciales, étnicas o sexuales, debemos primero disipar los estereotipos que contribuyen a esta distribución desigualitaria. Las acciones positivas pueden ser cruciales en este esfuerzo por ubicar una masa crítica de mujeres en puestos no tradicionales. Solo asegurando su presencia más allá de niveles de muestra podemos esperar contrarrestar los prejuicios latentes y los procesos de socialización que han perpetuado las desigualdades ocupacionales. Aunque los efectos positivos son difíciles de cuantificar, las investigaciones de las ciencias sociales sugieren que los modelos de roles han ayudado a expandir las aspiraciones de las mujeres. La experiencia con colegas mujeres más allá de los niveles de muestra pueden también reducir los estereotipos adversos entre los varones que toman decisiones.²⁴⁵

III. Argumentos a favor y en contra para la implementación de acciones positivas

²⁴⁴Ver Nagel, op. cit.

²⁴⁵Ver Rhode, op. cit., pág. 188.

En esta sección, trataré de confrontar algunos de los argumentos que los oponentes de las acciones positivas y en particular del sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos, han dirigido en contra de este mecanismo de acuerdo con los diversos modos de justificarlas.

En primer lugar, se ha argumentado que el principio de justicia compensatoria como base de programas de acciones positivas enfrentaría un obstáculo inicial, debido a que la razón para su implementación está dada por injurias que han sido sufridas por algunas personas que no son exactamente las mismas que van a ser beneficiadas por estos programas. Esto haría surgir la pregunta de si la compensación es debida por tales injurias a estas personas.

Sin embargo, las injurias históricas tales como la subordinación y la degradación sufridas por siglos no pueden ser separadas de los resultados actuales de aquella historia. Esto significa que las injurias pasadas y presentes son inseparables. La discriminación actual, aún cuando haya sido atemperada, es un resultado de nuestra historia anterior. Las injurias sufridas por las mujeres no pueden aislarse de los hechos de subordinación histórica y los impedimentos para participar en el proceso político. Por esta razón, está fuera de la cuestión preguntarse si un mecanismo de acciones positivas compensatorias tal como el sistema de cuotas, está concebido como un sistema para reparar las violaciones a la igualdad perpetradas en tiempos pasadas, o como una forma de compensar a causa de los resultados perjudiciales presentes de tales violaciones.

Otra cuestión que está implicada en este tema es que, a los efectos de justificar la implementación de un mecanismo de acciones positivas compensatorio, es necesario demostrar que ha existido una injusticia o perjuicio anterior, realmente padecido por aquellos/as que van a recibir los beneficios del mecanismo. Esto hace surgir la pregunta de si todas las miembros del grupo que está beneficiado por este sistema han sido perjudicadas para concluir que las reparaciones pueden ser acordadas sobre las bases de la pertenencia al grupo. En el contexto de la discriminación de género, la desigualdad fue y es sufrida por las mujeres meramente a causa de su pertenencia al grupo de las mujeres, y, por lo tanto, la pertenencia a este grupo brinda justificación suficiente para estar habilitadas a la compensación. La discriminación de género ha sido y todavía es, una cuestión no de individuos sino de las mujeres como grupo.

En el orden político y social, el género nunca ha sido una característica irrelevante. Sugerir lo contrario implica negar una realidad social histórica de jerarquía y subordinación. Dado que la pertenencia al grupo de las mujeres ha sido un motivo relevante a los efectos de la discriminación, entonces debe ser una causa relevante a los efectos de su reparación. Negar los daños colectivos de esta discriminación significa ignorar que la discriminación de género ha sido desplegada sistemáticamente y dirigida al grupo de las mujeres por entero. Debido a que la discriminación ha sido focalizada en las mujeres como grupo y no como individuos, la justicia compensatoria es debida a las mujeres como grupo.

La percepción social de la inferioridad de las mujeres ha sido sufrida por todas y cada una de las mujeres, independientemente de cuán prestigiosa ella pueda ser. De este modo, las mujeres han sufrido una estigmatización directa e injurias a su propia imagen. Las palabras del Justice Marshall acerca de los negros en su opinión separada en *Bakke*, podría aplicarse también a las mujeres:

Es innecesario en el siglo XX en América hacer que los negros individualmente demuestren que ellos han sido víctimas de la discriminación racial; el racismo de

nuestra sociedad ha sido tan extendido que ninguno, independientemente de su riqueza o posición, ha podido escapar a su impacto.²⁴⁶

Todas las miembros del grupo han sufrido discriminación porque la discriminación nos envuelve a todas y, por lo tanto, la compensación requerida para repararla también debe aplicarse a todas y a cada una de las mujeres.

El hecho de que algunas mujeres hayan recibido una educación adecuada y no hayan sufrido directamente los obstáculos legales no significa necesariamente que ellas no han sufrido discriminación. La mera posibilidad de recibir una educación adecuada y quizás buenos trabajos y no haber sufrido impedimentos legales no elimina sus derechos a justicia distributiva. En segundo lugar, la correlación entre género y la desigualdad relativa de oportunidades es lo suficientemente alta como para justificar la adopción de programas de acciones positivas en términos de grupo. Kupperman critica la noción de que la justicia está fundamentalmente relacionada con decisiones entre individuos. Este autor considera que quienes mantienen esta presunción están equivocados en su comprensión de la justicia dado que no es posible que una persona sea tratada igualitariamente sin considerar el tratamiento que la sociedad depara al grupo al que aquella persona pertenece.

Si la segregación obstaculiza las chances de alguien, entonces existe causas para decir que un tratamiento justo demanda no solo una justa consideración para el individuo sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para mayores éxitos, y esto puede a su vez demandar una consideración especial para un grupo (tal como el de mujeres o negros).²⁴⁷

Thomson también trata el argumento de que muchos/as de los/as que tiene derecho al beneficio de las acciones positivas no han sufrido directamente discriminación. Ella contesta que:

Aún aquellos/as [que] no fueron ellos/as mismos/as denigrados/as por ser negros o mujeres han sufrido las consecuencias de la denigración de otros negros y mujeres: la falta de autoconfianza y la falta de autorespeto. Allí donde la comunidad ha aceptado que el hecho de que una persona sea negra o mujer son motivos adecuados para negar a tal persona una pertenencia plena a tal comunidad, apenas podría suponerse que nadie salvo los mas extraordinarios negros o mujeres han escapado la autodesconfianza.²⁴⁸

En realidad, la cuestión no es que este mecanismo de acción positiva niega a los varones la igualdad de oportunidades sino que dado que el principio de identificación refuerza las desigualdades pasadas, las mujeres serán privadas de iguales oportunidades en ausencia de acciones positivas. La pregunta acerca de la justicia y legitimidad de una medida relativa a la de protección de la igualdad tal como el sistema de cuotas no puede ser enfocada en términos de una mujer como individuo sobre bases independientes sino que debe enfocarse primero en términos de su pertenencia a un grupo y al diseño total de una sociedad más justa. Bajo las presentes circunstancias, este sistema de acciones positivas se torna indispensable para la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

²⁴⁶Ver Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

²⁴⁷Ver Kupperman, op. cit.

²⁴⁸Ver Thomson, Judith Jarvis. Preferential Hiring, en Equality and Preferential Treatment. Cohen, Nagel y Scalón, editores. Princeton University Press, Princeton.

Una de las principales objeciones a los programas de acciones positivas que ha sido dirigida al sistema de cuotas se centra en la pretendida discriminación inversa que ella implicaría para los varones basada únicamente en razones de sexo. Los oponentes de las acciones positivas, basándose en términos de individuos, alegan que los varones podrían argumentar que este sistema de cuotas tiene efectos discriminatorios para ellos. Ellos alegan que se trata de discriminación inversa dado que la implementación de preferencias basadas en el género en el proceso de selección de candidatos ocasiona que los varones individualmente sean tratados menos favorablemente que las mujeres individualmente. Ellos observan que en lugar de contribuir a la lucha contra la discriminación, las acciones positivas la perpetúan.

Sin embargo, se puede replicar que los efectos que un sistema de cuotas produce contra los varones individualmente son absolutamente diferentes que la discriminación tradicional que han padecido las mujeres. Estas diferencias van más allá del status legal y conciernen principalmente a la motivación y el impacto social de esta medida. La motivación que existe detrás de las dos formas de tratamiento es inequívocamente diferente. Tradicionalmente la sistemática discriminación contra las mujeres se ha basado en un animo discriminatorio, el cual no está presente en este mecanismo de acciones positivas. Más aún, esta legislación es sancionada por un Congreso conformado por una mayoría absoluta de varones. En efecto, las personas que tienen el poder político y el control de las instituciones sociales y políticas y son responsables de la creación de este tipo de programas de acción positiva son en su abrumadora mayoría varones. Es inconcebible que los varones sufran alguna vez una estigmatización semejante a aquella que las mujeres han sufrido. A diferencia de la discriminación contra las mujeres, el uso de preferencias genéricas no afecta a los varones individualmente en los términos de colocarlos en una situación en la cual son tratados como una clase de ciudadanos de segunda simplemente por razones de sexo.

Los efectos de los programas de acciones positivas tales como el sistema de cuotas no son tan extendidos o sistemáticos como la discriminación tradicional contra las mujeres lo ha sido. En realidad, la incorporación de un treinta por ciento de mujeres en las listas de los partidos políticos no puede ser considerada siquiera como una modificación real en la estructura de poder político y social. Los varones como grupo continúan teniendo el control de todos los resortes de las instituciones políticas, el poder económico y el acceso a los privilegios sociales.

La subordinación de género ha sido centrada en la pertenencia a un grupo mientras que los efectos del sistema de cuotas para los varones se dirige a los individuos. Considerando los resultados de los programas de acciones positivas en el nivel grupal en lugar que en el individual, el argumento de la discriminación inversa puede ser descartado. El sistema de cuotas no es discriminatorio hacia los varones porque, desde una perspectiva de grupo, las acciones positivas son simplemente un mecanismo corrector.

A los efectos de fundamentar su reclamo respecto de que los sistemas de acciones positivas los están privando de determinadas posiciones, los varones deberían probar primero que estas posiciones les pertenecen. Cuando los oponentes del sistema de cuotas alegan que éste priva a los varones de lo que en derecho les corresponde, hay una presunción subyacente que se basa en el argumento tradicional del mérito y la competencia. La queja de que los varones están siendo privados de posiciones presume que existe un patrón tradicional implícito en la asignación de bienes sociales, recursos y posiciones. Sobre esta base los oponentes del sistema de cuota observan que este programa injustamente discrimina contra los individuos más calificados. Thomson²⁴⁹ responde que un varón blanco solo tiene un derecho de igualdad de oportunidades

²⁴⁹Ver idem.

por las posiciones por las cuales compete. La comunidad es responsable por la distribución de trabajos y posiciones y podría limitar el derecho de los varones a la igualdad de oportunidades a los efectos de lograr mejores beneficios. Esta autora considera que compensar a aquellos que han sufrido daños pasados es imperativo y garantiza mayores beneficios. Dado que la comunidad ha discriminado a las mujeres en el pasado, les debe compensación y los programas de acciones positivas son los instrumentos adecuados para lograr tal compensación.

Es inconcebible que se argumente que el sistema de cuotas viola la igualdad de oportunidades de los varones cuando este tratamiento igualitario ha sido negado históricamente a las mujeres. Si, como resultado de una discriminación sistemática y de desventajas de muy variada índole, las mujeres han sido privadas del mismo potencial para el éxito que los varones y, por lo tanto, no han logrado esas mismas posiciones, la igualdad inicial no ha existido. Algunas mujeres individualmente podrán ser capaces de superar tales barreras, pero el grupo de mujeres en su conjunto no. Basar la distribución en términos abstractos de mérito es justo sólo si quienes compiten han tenido igualdad de oportunidades para desarrollar sus potencialidades. Un sistema social que está construido sobre la base de la ilusión de la igualdad de oportunidades sólo refuerza la desigualdad vigente. Si la desigualdad de oportunidades ha sido la norma social, es imposible justificar el principio del mérito independientemente del contexto social.

Otro argumento en contra de los programas de acciones positivas relacionado con los examinados previamente es aquel que sostiene que estos programas pueden hacer recaer cargas en personas inocentes. Es legítimo imponer deberes personales de compensación a cualquiera que haya sido culpable de discriminación. Pero podría ser cuestionable el hecho de que todos los varones se hayan visto personalmente involucrados en la discriminación. La pregunta entonces es quién debe "pagar" por las injusticias presentes y pasadas.

Una forma de justificar la imposición de un deber de compensación en tales individuos inocentes podría recaer en la teoría de responsabilidad de grupo o culpa colectiva. Goldman²⁵⁰ observa que la discriminación no justifica la imposición de responsabilidad colectiva. Este autor sostiene que los varones blancos pueden ser culpables de racismo y sexismo pero que no existe una cohesión suficiente en el grupo como para legitimar la imposición de responsabilidad colectiva dado que la conducta discriminatoria ha sido realizada por varios pero no todos los del grupo. Goldman considera que la compensación es tanto debida como imputable a individuos. Más aún, algunos oponentes de las acciones positivas argumentan que si estos individuos que no han realizado discriminación son "penalizados" por daños que ellos no han causado, ésto implicaría establecer un círculo de discriminación por el cual ellos también merecerían a su vez compensación.

Sin embargo, se podría replicar que aún cuando puede admitirse que no todos estos individuos han sido directamente culpables de actos de discriminación, ellos han aceptado y aprovechado los beneficios de una sociedad que sí ha discriminado. Ellos han tenido las ventajas de contar con una mejor educación, no han tenido que superar impedimentos sociales y económicos por razones de sexo y han pertenecido al grupo privilegiado en cuanto a los modelos de roles en las mejores posiciones. Si los varones no se hubieran beneficiado con estos hechos, las mujeres podrían haber desarrollado sus potencialidades en iguales o superiores niveles. Los candidatos varones pueden no haber cometido discriminación en forma directa pero seguramente se han beneficiado con las consecuencias de tal discriminación como puede ser la eliminación de mujeres como competidoras en el pasado y la poca experiencia que las mujeres tienen ahora como resultado de la discriminación pasada. Los varones han recibido una educación y un

²⁵⁰Ver Goldman, op. cit.

entrenamiento que ha inspirado en ellos actitudes y cualidades así como conocimientos y habilidades que los proveen de mejores herramientas para superar a las mujeres en aquellas actividades que por haber sido ejercidas casi exclusivamente por varones privilegian la posesión de estas características. Particularmente, los varones han crecido con la confianza de que ellos son plenamente aceptados como miembros respetados de la sociedad, cuyos derechos están plenamente reconocidos. La ventaja de recibir tales privilegios es inevitable e irreversible.

Los varones disfrutan de una mayor porción de poder y prestigio y un acceso más fácil a las posiciones más deseables porque el extendido sexismo en la sociedad ha privado sistemáticamente a las mujeres de oportunidades de éxito. Por lo tanto, los varones cuentan con mayores probabilidades de éxito en la competencia política de lo que hubieran contado en ausencia de discriminación contra las mujeres. La única razón por la cual los varones se quejan de que ellos resultan perjudicados por los programas de acción positiva tales como el sistema de cuotas es porque ellos se han beneficiado tanto por los efectos de la discriminación pasada. En realidad, si ellos han sido privados de algo es sólo de la expectativa de una posición que todavía no les pertenece. En otras palabras, si los varones son los beneficiarios de la discriminación, el sistema de cuotas no disminuye sus posibilidades de alcanzar estas posiciones más allá de las probabilidades que ellos hubieran tenido de no haber existido discriminación. En realidad, la discriminación ha dañado a las mujeres, disminuyendo sus posibilidades de éxito en la competencia política o aún desalentando directamente su participación en tal competencia. Como resultado, las chances de éxito de los varones se han visto incrementadas. Sin embargo, éste no es un derecho a ser protegido por el principio de igualdad. En realidad, si el sistema de cuotas disminuye las posibilidades de éxito de un varón de alcanzar una posición de la misma manera que tales posibilidades de éxito se vieron aumentadas como resultado de la discriminación, no puede alegarse entonces que el sistema ha violado el derecho a la igualdad de oportunidades de los varones.

Otro argumento en contra de los programas de acciones positivas es el pretendido refuerzo de los estereotipos negativos. En este sentido, los oponentes de estos mecanismos afirman que quienes reciben los beneficios de los sistemas de acción positiva tendrán que enfrentar la sospecha respecto a no ser realmente capaces de adquirir tales posiciones por sus propios méritos y a sus habilidades para manejar sus responsabilidades adecuadamente. Ellos también afirman que, de este modo, el estereotipo de inferioridad de las mujeres va a ser reforzado.

Sin embargo, podría alegarse que en lugar de estigmatizar a las mujeres, este sistema de cuotas les otorga la oportunidad de demostrar su competencia y que a través de ellas las otras miembros del grupo pueden aumentar su confianza en sí mismas y su autoestima. En realidad, más que reforzar estereotipos negativos, los programas de acciones positivas confrontan daños tales como la pérdida de ambición y de confianza que son las consecuencias de la discriminación sistemática y que son las que perpetúan los estereotipos negativos. Aún cuando admitiéramos que algunas miembros del grupo no han sufrido directamente daños por discriminación, ellas experimentan daños vicarios por la negación de oportunidades a otras miembros del mismo grupo. Al implementarse el mecanismo de acciones positivas es posible recuperar el respeto propio de todas las miembros del grupo. Un mecanismo tal como el sistema de cuotas crearía imágenes positivas de mujeres que han tenido éxito al superar desventajas históricas. Al ubicar a algunas mujeres en posiciones de autoridad, este sistema promueve la inclusión de género y rompe modelos históricos de segregación y jerarquía entre los sexos.

Otro argumento que ha sido desarrollado contra las acciones positivas es que aquellas personas miembros del grupo que no reciben los beneficios del programa podrían sentir que ellos son privados de posiciones que les pertenecen. Como resultado, se generaría un resentimiento

social que produciría una renovada discriminación contra el grupo que recibe los beneficios de las acciones positivas. Sin embargo, de acuerdo con el *test* de costos y beneficios es necesario demostrar que esta hostilidad contra los/as beneficiarios/as de las acciones positivas supera las ventajas de incrementar las oportunidades de acceso al proceso político y alcanzar posiciones de poder. Dado el hecho de que la discriminación de género es el patrón social, y que el sistema de cuotas provee de oportunidades a las mujeres que de otra forma sería extremadamente difícil, si no imposible, obtener para superar esta discriminación, podríamos concluir que esta clase de programas genera mayores ventajas que las desventajas que las consecuencias hostiles que podría producir.

IV. Teorías de justificación de la democracia y el sistema de cuotas mínimas de participación política

Suele decirse que después de atravesar un siglo de reformas legales y del reconocimiento del sufragio universal, las mujeres ahora son iguales civil y políticamente a los varones, por lo que las mujeres hoy tienen poco o nada que contribuir a la teoría y práctica democrática. Pateman²⁵¹ responde que esta objeción ignora mucho de lo que es crucial para una comprensión del carácter real de las sociedades democráticas. La objeción está basada en el argumento liberal de que las desigualdades sociales son irrelevantes para la igualdad política e ignora la existencia de extendidas y profundas convicciones, y de prácticas sociales que les dan expresión, que contradicen la (más o menos) igualdad civil formal de las mujeres.

Tal como lo ha expresado Sartori²⁵², lo que la democracia es no puede ser separado de lo que la democracia debe ser. La democracia es un concepto normativo y las instituciones a través de las cuales se expresa no pueden ser analizadas sino bajo los principios valorativos que la justifican.

Carlos Nino²⁵³ afirma, siguiendo a Dworkin, que la democracia es una práctica social y como tal ella consiste en una regularidad de conductas y actitudes que están orientadas hacia cierto objetivo o valor. Nino afirma que:

no podemos participar concienzudamente en la práctica, ni la podemos entender como observadores inteligentes si no adoptamos hacia ella una actitud interpretativa, que consiste en ver a las conductas y actitudes a la luz de objetivos y valores. La práctica puede ser compatibilizada con objetivos y valores diferentes -aunque no con cualquiera que se nos ocurra- y así debemos elegir aquellos que supongamos más justificados. Una vez que hacemos esto, la interpretación de la práctica en relación al nuevo valor puede revertir a la conformación de la práctica misma, ya que veremos algunos de sus aspectos como contingentes y por lo tanto prescindibles, mientras que concebiremos a otros como centrales y entonces como necesitados de que se les expanda.

En este sentido, si analizamos las diversas teorías que justifican la adopción de un sistema democrático de acuerdo con los propios valores que las fundamentan, veremos que estos propios valores brindan criterios que permiten afirmar que, a los fines de ser consistentes con su

²⁵¹Ver Pateman, op. cit., págs. 210-11.

²⁵²Ver Sartori, Giovanni. *Democratic Theory*. Vol. 1. Detroit, 1962, pág. 8.

²⁵³Ver Nino, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea, Bs. As., 1992, pág. 572.

fundamentación, deben pronunciarse a favor de la implementación de un sistema de cuotas de participación política de mujeres²⁵⁴.

1) Concepción liberal

Dentro de la concepción liberal, un régimen democrático se justifica como aquel sistema en el cual los gobernados consienten a través del sufragio a la formación del gobierno y por su intermedio a la sanción de normas y, de esta manera, la democracia se convierte en el gobierno del pueblo.

Esta justificación parte de la premisa que las únicas limitaciones a la autonomía de las personas admisibles bajo este enfoque, sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona, son las que son consentidas por las personas. Teniendo en cuenta que el gobierno puede producir restricciones a la autonomía personal, la única manera en que el gobierno puede adquirir legitimidad moral es adquiriendo el consentimiento de los potenciales afectados.

El valor de las decisiones adoptadas por la mayoría se apoya en la idea de autonomía, ya que brinda la posibilidad de regirse por normas que uno/a ha elegido. De esta manera, se considera que el gobierno democrático está justificado porque es aquel que permite que haya mayor cantidad de personas autónomas, es decir, que sea mayor la cantidad de personas que consienten las normas que han de regir sus actos.

Locke ha sido de los primeros en exponer esta teoría por la cual afirmaba que sólo un estado liberal, constitucional y representativo podría proteger la propiedad de los individuos y la argumentación en torno del contrato social le proveía la justificación necesaria para la autoridad de tal estado. Así, el contrato social en Locke es una respuesta al problema de la autoridad política y de las obligaciones políticas. Locke pensaba en un consentimiento tácito por el cual durante el contrato los individuos cambiaban su libertad e igualdad “natural” por la libertad civil y la igualdad legal de los sujetos políticos. El fin del gobierno es la protección de la propiedad de todos los ciudadanos. Posteriormente, “el status del sujeto político ha sido transformado e institucionalizado como el status formalmente igualitario de la ciudadanía liberal democrática, que incluye las libertades civiles y el derecho de ejercer los derechos políticos”²⁵⁵.

Una de las cuestiones a analizar es cuáles son los requisitos para un sentido genuino o significativo de “consentimiento”²⁵⁶. Según Carol Pateman:

cuando una persona hace una promesa, ella sabe a que se está comprometiendo y puede romper o alterar la obligación si fuera necesario. Un sentido aceptable de “consentimiento” también implica que quienes consienten puede tener un conocimiento razonable de las consecuencias de sus acciones, o puede negarse o retirar su consentimiento. Hay algunas características familiares de las elecciones liberal democráticas que ilustran cuan difícil es satisfacer este requisito...la cruda ecuación de votar y consentir ignora el argumento de que el voto liberal democrático no es más que un ritual o, por lo menos contiene grandes elementos rituales. Ciertamente, muchos ciudadanos/as ven su voto como un “deber”

²⁵⁴El análisis que se desarrolla es simplemente una ilustración de esta consistencia. No se pretende más que un análisis intrasistemático y, por lo tanto, no desarrollaremos las críticas que desde una perspectiva feminista u otras concepciones podrían hacerse a cada una de estas justificaciones de la democracia.

²⁵⁵Pateman Carol. *The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory*. Stanford University Press, California, 1989, pág. 64.

²⁵⁶Para mayor discusión sobre mujeres y consentimiento, ver *idem.*, págs. 71 y sgts.

asociado con la ciudadanía y, nuevamente, la pregunta importante es cuanto, si alguno, espacio deja para algo que pueda razonablemente ser llamado un consentimiento libre y deliberado²⁵⁷.

En efecto, el consentimiento es crucial para la teoría liberal de la democracia a los fines de garantizar la igualdad y libertad individual, pero también constituye un problema para la democracia liberal porque la igualdad y libertad individual es un prerequisite para la práctica del consentimiento. Tal como señala Pateman “la identificación de la sumisión forzada con el consentimiento en el caso de violación es un cabal ejemplo de la amplia falla de la teoría liberal democrática y su práctica de distinguir el compromiso libre y el acuerdo entre iguales de la dominación, la subordinación y la desigualdad.”²⁵⁸

Una de las críticas que se le ha dirigido a esta teoría liberal de justificación de la democracia es que sólo en aquellas situaciones en las cuales existen diversas alternativas por las cuales optar se puede hablar realmente de consentimiento. En efecto, no tendría sentido argumentar que se trata de un proceso que permite expresar la voluntad y autonomías individuales cuando sólo se puede seguir un curso de acción.

De acuerdo con Pateman, “El consentimiento como ideología no puede ser distinguido de la habitual aquiescencia, asentimiento, disenso silencioso, sumisión o incluso sumisión forzada. A menos que la negación del consentimiento o el retiro del consentimiento sean posibilidades reales, no podemos hablar de “consentimiento” en ningún sentido genuino”.²⁵⁹

Asimismo, “el consentimiento a regirse por una norma o autoridad o a estar bajo una carga o obligación no sólo requiere alternativas, sino que exige que si se hubiera elegido alguna de esas alternativas no se estaría bajo la norma, autoridad, carga u obligación. Si haga lo que haga una está bajo cierta obligación, no es posible sostener que uno se encuentra en esa situación porque la ha consentido.”²⁶⁰

Ahora bien, con respecto a las mujeres los sistemas democráticos presentan una serie de deficits en términos de la justificación propuesta. En primer lugar, las mujeres no son “sujetos libres e iguales” a la hora de considerar su consentimiento. Por otra parte, si el contrato social está dirigido a la protección de la seguridad personal y la propiedad de los contratantes, lo cierto es que el sistema no ha funcionado a los fines de proteger ni la seguridad personal ni la propiedad de las mujeres. Finalmente, el sistema no ha podido brindar opciones alternativas para vehiculizar la voluntad de los/las gobernados/as en términos de elección de representantes y del consentimiento de las leyes y decisiones emanadas del gobierno.

En primer lugar, las mujeres no hemos podido expresar nuestra voluntad con respecto a la formación del gobierno y, por lo tanto, para gran parte de nuestro sistema jurídico hasta la mitad de este siglo, pues se nos había negado el derecho al voto. Posteriormente tampoco podría considerarse que existe un pleno consentimiento tanto en lo atinente a la conformación de los poderes del estado como a las normas y políticas de gobierno. No existen alternativas reales y efectivamente viables para que el consentimiento inherente en el sufragio popular se exprese en otro sentido. No existe posibilidad de votar a mujeres representantes en lugar de

²⁵⁷ Idem., pág. 66.

²⁵⁸ Ver idem., pág. 83.

²⁵⁹ Idem., pág. 72.

²⁶⁰ Ver Nino, Fundamentos de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 198.

varones porque las reglas del juego político les niegan a las mujeres el acceso a los cargos electivos, salvo en escasas ocasiones y por lo general bajo la digitación de varones y con el fin de legitimar sus listas de candidatos. La falta de representantes mujeres en los órganos legislativos y, por consiguiente, en el proceso de deliberación y sanción de normas torna cuestionable la afirmación de que dichas normas han sido realmente consentidas por las mujeres.

En definitiva, aquellos que sostienen que la democracia es valiosa porque expresa el consentimiento de los gobernados deberán admitir que para que esta premisa realmente se cumpla, es necesario garantizar la expresión del libre y pleno consentimiento de las mujeres y para ello es imprescindible asegurar que la representación de las mujeres sea una alternativa real. Si bien un sistema de acción positiva como las cuotas no es una condición suficiente para garantizar el consentimiento pleno y libre de las mujeres, resulta sí una condición necesaria su adopción para que exista una verdadera alternativa para que ese consentimiento sea válido y para la participación real en la toma de decisiones.

2) Concepción economista

Una concepción economista de la democracia concibe a este régimen como el sistema que ofrece mayores posibilidades para manifestar y satisfacer las preferencias individuales. En este sentido se considera a la democracia como un sucedáneo político de lo que representa el mercado en el ámbito económico. Así, la democracia se constituye en el espacio en el cual los distintos políticos ofrecen diversos programas políticos y los gobernados expresan sus preferencias y demandas a través del sufragio. Para esta concepción se trataría de un espacio libre en el cual los políticos pueden competir por el voto.

Esta concepción parte de la premisa (al igual que su análoga en lo económico) que el mercado tiene leyes propias que garantizan una competencia libre en igualdad de condiciones para todos los competidores. Asimismo afirma que el mecanismo democrático, así como el mercado de bienes, debería llegar a un equilibrio de eficiencia en los términos de optimalidad paretiana, ya que se debería arribar a situaciones en las que nadie pueda estar mejor sin que algún otro esté peor.

Sin embargo estas premisas no se cumplen en el ámbito económico ni tampoco en la esfera política. En lo que concierne a las mujeres como participantes de la competencia política resulta evidente que no existen las precondiciones sociales necesarias para garantizar una competencia perfecta. En realidad, podríamos concluir que nos encontramos frente a un caso de "monopolio" u "oligopolio" por parte de los varones que detentan el control absoluto de la decisión respecto de los integrantes a las listas de candidatos a cargos electivos. Asimismo, tampoco se observa que se cumpla el principio de optimalidad paretiana, dado que el sistema conduce que las mujeres como grupo siempre estén peor que los varones como grupo y sin embargo el sistema no opera logrando un equilibrio de ningún tipo.

Solamente se podrá hablar del valor de la democracia como sistema que permite una interacción de preferencias y ofertas políticas cuando se permita el acceso sin restricciones de las mujeres a los espacios de poder donde puedan realizar sus ofertas políticas y donde sus demandas puedan satisfacerse. El mecanismo de acciones positivas es un instrumento para garantizar un correctivo a estas tendencias monopólicas u oligopólicas del "mercado político".

3) Concepción perfeccionista

Este tipo de justificación del sistema democrático ha sido sostenido por autores como John Stuart Mill²⁶¹ y consiste en basar el valor de la democracia en su capacidad de promover ciertos ideales de excelencia humana y modelos de virtud personal a través de la dinámica propia a este sistema. Así, se ha sostenido que la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos favorece virtudes cívicas tales como la solidaridad, el respeto por la autonomía y la dignidad de la persona, promueve actitudes más igualitarias y tolerantes, etc.

Mill considera que la oportunidad y responsabilidad que implica la participación en los procesos políticos alentará a los ciudadanos a pensar más allá de sus preocupaciones personales más limitadas y a ampliar sus horizontes morales al tener en consideración el bienestar general, involucrarse y conocer los hechos relevantes para la adopción de políticas públicas y desarrollar y ejercer sus potencialidades en el análisis de las consecuencias probables ante diferentes alternativas que se les propongan y promover el interés ciudadano por la cosa pública.

En este mismo sentido, John Dewey expresa:

La plena educación se realiza sólo cuando hay una participación responsable por parte de cada persona, en proporción con sus capacidades, en la formación de los objetivos y políticas de los grupos sociales a los que pertenece. Este hecho fija la significancia de la democracia...Es sólo un nombre al hecho de que la naturaleza humana se desarrolla sólo cuando sus elementos toman parte en la dirección de cosas que son comunes, cosas por virtud de las cuales varones y mujeres forman grupos.²⁶²

Ahora bien, el hecho de que sólo los varones tengan real acceso a la representación política y, por consiguiente a la posibilidad de participar en un proceso de desarrollo de las virtudes cívicas, puede implicar que las mujeres no necesitamos de este proceso para desarrollar estas virtudes o que para la sociedad no reviste importancia el perfeccionamiento de las mujeres o bien que ni siquiera tenemos una capacidad que nos permita atravesar este proceso con algún éxito.

Aparentemente, ninguno de los defensores de esta posición perfeccionista estaría dispuesto a sostener alguna de estas presunciones. Por consiguiente, si se considera que la democracia es valiosa toda vez que permite el desarrollo de modelos de excelencia humana, debe admitirse que las mujeres deben tener posibilidades reales de acceder a este tipo de perfeccionamiento y que negar la posibilidad de recurrir a mecanismos como el de cuotas es condenarlas a mantener un status de ciudadanas de segunda clase. La adopción de un sistema de cuotas promueve la internalización de este tipo de pautas intersubjetivas en el colectivo de mujeres.

4) Concepción pluralista

Para esta concepción, desarrollada principalmente por Madison en “El Federalista”, se justifica la adopción de un régimen democrático porque asegura una circulación de los grupos que detentan el poder. El gobierno es la maquinaria que contiene, equilibra y ajusta el tratamiento de

²⁶¹Ver Mill, John. S. Considerations on Representative Government.

²⁶²Dewey, John. Reconstruction in Philosophy. Beacon Press, Boston, 1966, pág. 209.

intereses. En efecto, el sistema democrático cuenta con elementos como la renovación periódica de autoridades a través del voto, la separación de poderes, tanto horizontal como vertical, la representación en lugar de la democracia directa, los mecanismos de pesos y contrapesos entre los poderes, formas de control intra e inter órganos que garantizarían que ningún grupo de poder pueda mantener el control de todos los lugares de poder durante demasiado tiempo. De esta forma se compensa el poder de los diversos factores y grupos de interés y se evita que alguno de ellos asuma un dominio permanente de los distintos resortes del poder público²⁶³.

De acuerdo con estas teorías, el poder de las distintas corporaciones se equilibra en la medida en que ellas pueden dominar temporariamente algunos resortes del poder, pero no todos todo el tiempo. De esta manera, se evita la tiranización por medio de elites que son reemplazadas permanentemente en el ejercicio del poder. Así, las teorías denominadas pluralistas o elitistas justifican al sistema democrático con sus elementos característicos, porque impide que un grupo de intereses se apropie de todo el poder y, en cambio, permite que ese poder se distribuye, tanto sincrónica como diacrónicamente, entre una pluralidad de elites; impidiendo la tiranía de personas, produciendo un equilibrio y una neutralización.

Resulta evidente que este equilibrio no se ha cumplido si realizamos un análisis en términos de género. En efecto, si pensamos en razón de grupos formados por varones y mujeres, podemos concluir que los varones como grupo han detentado el control de todos los resortes del poder durante todo el tiempo. Los mecanismos por los cuales, según estas teorías, se evita la tiranía de las elites y se garantiza su circulación no han funcionado para evitar un control permanente de todos los dispositivos del poder en manos de los varones.

Si para esta concepción los principios que justifican la democracia afirman que resulta valiosa la circulación de las elites gobernantes para que ninguna pueda asumir una función tiránica respecto de las otras, esos mismos principios justifican la adopción del sistema de cuotas mínimas de participación de las mujeres en los espacios de poder como una forma de materializar estos principios desconocidos hasta ahora por la práctica política y garantizar una circulación real de los grupos que detentan el poder.

5) Concepciones dialógicas

Dentro de las más modernas teorías de justificación de la democracia encontramos concepciones dialógicas de diversa índole. Todas ellas tienen en común justificar el sistema democrático sobre las bases del valor de la discusión pública que caracteriza a este sistema y los procedimientos que la reglamentan.

Esta concepción tiene al menos dos variantes. Una que podemos denominar ontológica para la cual las pautas morales intersubjetivas se constituyen a través del consenso efectivo que se alcanza en un diálogo real una vez que se observan ciertas restricciones procedimentales. La segunda variante está dada por un constructivismo epistemológico²⁶⁴ que afirma que la validez de los principios morales intersubjetivos se configura por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y substantivos de esa discusión, y el consenso tiene un valor epistémico como forma privilegiada de acceso a tal validez de los principios morales.

²⁶³Para mayor desarrollo de esta teoría ver también a Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*; Dahl, Robert. *A Preface to Democratic Theory*, págs. 131 y sgts.

²⁶⁴Ver Nino, Carlos. *Ética y Derechos Humanos*. Astrea, Bs. As., 1990.

Esta teoría concibe a la democracia como la institucionalización de la práctica de discusión moral por la cual su ejercicio resulta en cierto acuerdo mayoritario que tiene cierto valor epistémico. Según Nino:

la validez de los principios morales intersubjetivos está dada no por el consenso que es resultado de la discusión moral sino por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión, no obstante lo cual ese consenso tiene un valor epistémico como forma privilegiada de acceso a tal validez de los principios morales... El fundamento de su valor epistémico es el siguiente: la participación en la discusión de todos los afectados por las soluciones que se proponen maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. Si asumimos como generalización empírica que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, la aceptación por parte de todos los afectados de un cierto principio es un indicio muy firme de que responde a exigencias de imparcialidad. Por otra parte, también el diálogo maximiza la racionalidad y el conocimiento de los hechos, dada su virtualidad para que, en el curso de él, se pongan de manifiesto errores de razonamiento y deficiencias de información²⁶⁵.

Ahora bien, si la participación en la discusión de todos los afectados por las soluciones que se proponen maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes, la participación de las mujeres es fundamental de acuerdo con los principios justificatorios de la democracia.

Dado que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, es muy improbable que los varones estén capacitados para representar los intereses de las mujeres. Sin la participación de mujeres en el debate y el proceso de toma de decisiones inevitablemente se producirá una distorsión en la apreciación de sus intereses, debilitando las posibilidades del mecanismo democrático como espacio de acción colectiva tendiente a la imparcialidad. Esta distorsión se produce por la falta de explicitación clara de tales intereses, por la falta de conocimiento cierto de tales intereses por los representantes varones o por la interposición de los intereses propios de estos. En este sentido, el propio Nino expresa que “no sólo se produce una distorsión natural por presión de los propios intereses, sino que hay barreras aparentemente insuperables para representarse las experiencias y el contexto de otros individuos a los efectos de representarse con debido peso sus intereses”²⁶⁶. Además, la propia discusión se torna insuficiente pues es en el proceso de convencer a los demás donde se genera la tendencia a la imparcialidad a la que esta teoría alude.

Por ello, este tipo de teorías dialógicas de justificación de la democracia deben aceptar que mecanismos de acción positiva que garanticen la participación real de las mujeres en la discusión pública y en la toma de decisiones políticas son un instrumento indispensable para garantizar que esta práctica se acerque a las condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes, que le otorgan validez a la discusión moral y su sucedáneo institucionalizado, el sistema democrático.

²⁶⁵Ver Nino. Fundamentos de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 203-04.

²⁶⁶Ver idem., pág. 204.

Conclusión

El sistema de cuotas en los partidos políticos es un mecanismo por el cual la sociedad puede cumplir su obligación de proveer los medios adecuados para que las mujeres puedan acceder al proceso político en una real condición de igualdad.

La representación de las voces de las mujeres en la toma de decisiones es una condición necesaria para la efectiva vigencia de sus derechos y la representación de sus intereses. Tal como lo expresa Carl J. Friedrich:

La representación, y más especialmente la representación política, está asociada con los ordenamientos institucionales que pretenden asegurar que el "representante" participa en cualquiera que sea la autoridad que esta empuñando en nombre de aquellos que representa de tal forma que uno pueda decir que actuaba "en lugar de ellos" o "como ellos habrían actuado si hubiesen podido participar por si mismos"²⁶⁷.

La presencia de todas las voces en el proceso político produce no una representación más verdadera sino una democracia más verdadera. Los/as teóricos/as políticos que tomen en serio la cuestión de los fundamentos conceptuales y morales de la democracia y las condiciones necesarias para su plena vigencia no pueden dejar de considerar la necesidad de una participación real de las mujeres en la toma de decisiones en condiciones de igualdad. La exclusión de las mujeres plantea así uno de los desafíos y críticas más cruciales para los sistemas democráticos.

En palabras de Pateman:

el error más grave de la teoría democrática contemporánea y del discurso de libertad, igualdad y consenso, así como del individuo, es la facilidad e indiferencia con la cual se excluye a las mujeres cuando se hace referencia al "individuo". Así, "la lección que debemos aprender del pasado es que una teoría y una práctica "democráticas" que no sean al mismo tiempo feministas, servirán solamente para mantener las formas de dominación y, por consiguiente, serán solamente una burla de los ideales y valores que presuntamente encarna la democracia."²⁶⁸

²⁶⁷Ver Friedrich, Carl J. Representation and Constitutional Reform. *Western Political Quarterly* I (junio, 1948), pág. 127.

²⁶⁸Ver Pateman, Carol. Feminismo y Democracia, en *Debate Feminista*. Año 1, vol. 1, (marzo, 1990), págs. 18, 25-26.

DISEÑO INSTITUCIONAL, PRESIDENCIALISMO Y PARLAMENTARISMO, HAY ALGUNA DIFERENCIA...PARA LAS MUJERES?

Marcela V. Rodriguez

Introducción

El feminismo nos ha provisto de una importante descripción de los componentes y las variables del sistema de jerarquías sociales, políticas, económicas y culturales entre los géneros. También ha estudiado sus causas y consecuencias y varias explicaciones posibles para ellas. Más aún, ha desarrollado una fecunda y explosiva práctica en la cual la teoría ha florecido. En este sentido, Catherine MacKinnon expresa: "El feminismo comenzó a aparecer como una acusación épica en búsqueda de una teoría, como una teoría épica en la necesidad de ser escrita".²⁶⁹

Sin embargo, tal como lo señala MacKinnon, el feminismo no ha profundizado el desarrollo de una teoría integral del Estado. MacKinnon afirma que el feminismo tiene una teoría del género y una teoría del poder pero carece de una teoría específica de su formación en el Estado. El Estado como tal no ha sido visto como sirviendo a intereses particulares a través de su forma. Esta teoría no tanto hunde al Estado en la sociedad como concibe al Estado como determinado por la totalidad de las relaciones sociales de las cuales el Estado es una determinada y determinante²⁷⁰.

Considerar al género como una categoría analítica en la teoría política y, particularmente, en la teoría del Estado, permite deconstruir, reconceptualizar y ampliar el ámbito y el alcance de la política, sus instituciones y prácticas, conceptos y paradigmas.

El feminismo ha descrito, en parte, el tratamiento estatal de las diferencias de género, pero no ha analizado profundamente la relevancia del diseño del Estado en las jerarquías de género. Sólo recientemente se está empezando a explorar la relación entre Estado y sociedad desde una perspectiva feminista. Es necesario adelantarse en el análisis de los efectos del género en las relaciones sociales e institucionales y de estas relaciones en el mantenimiento y perpetuación de las desigualdades entre los géneros. Dado que "el género es un campo fundamental dentro del cual o por medio del cual el poder es articulado"²⁷¹, es importante estudiar como el género está implicado en la concepción y construcción del poder mismo a través del diseño de las instituciones políticas.

Como resultado de la falta de un desarrollo profundo de una teoría del Estado y su relación con la sociedad desde una perspectiva feminista, no existen diseños de las instituciones políticas que hayan tenido en consideración la forma en que el poder estatal es articulado en un contexto social donde el poder es genérico.

Se han considerado muchos factores sociales, culturales, económicos y políticos que juegan un rol fundamental en la perpetuación de la opresión de las mujeres. Sin embargo, no podemos encontrar un análisis similar con respecto al rol de los factores institucionales. La

²⁶⁹Ver MacKinnon, Catherine. *Towards a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press, 1990, pág. ix.

²⁷⁰Ver idem., págs. 157 y sgts.

²⁷¹Ver idem.

relación entre la condición de subordinación de las mujeres y el tipo de instituciones y procesos políticos merece más atención de la que ha recibido hasta el momento.

En este sentido, Sonia Alvarez afirma:

La literatura existente acerca de las mujeres y la política se ha centrado predominantemente bien en las características micropolíticas que afectan la participación política femenina (tales como educación, empleo, reproducción) o bien en las dimensiones macroanalíticas de la subordinación de las mujeres (tales como la interdependencia del capitalismo y el patriarcado, la relativa autonomía de la dominación de clase de la dominación masculina, la relación entre lo público y lo privado, etc.). Sin embargo, tenemos pocos análisis de nivel intermedio que examinen como las variables macrosistemáticas influyen el comportamiento político o como la participación de las mujeres impacta en el sistema político. Esto es, tenemos poca comprensión de como los contextos institucionales y organizacionales dentro de los cuales tiene lugar la participación política de las mujeres limita o facilita la "representación" de los "intereses de las mujeres" y menos estudios aún respecto de como esos contextos ayudan a determinar resultados específicos de género.²⁷²

La amplia variedad de sistemas políticos constituye diversas posibilidades de expresión de la representación política. Sin embargo, estas instituciones han sido tratadas como epifenómenos de estructuras sociales y económicas, subestimando su importancia como componentes relevantes en el proceso de construcción del sistema de jerarquías sociales.

El principal objeto de este trabajo es analizar como las reglas de juego de dos tipos diferentes de regímenes políticos -el presidencialismo y el parlamentarismo- afectan los intereses de las mujeres²⁷³, su protección y promoción y, particularmente, las ventajas y desventajas que estos sistemas presentan respecto de la participación de las mujeres en los procesos políticos y en la toma de decisiones. A estos fines, intentaré desarrollar cuestiones relacionadas tanto con el diseño institucional como con la teoría feminista. Es posible que algunas personas estén familiarizadas con uno u otro de los tópicos, pero no necesariamente con los conceptos de ambos. Por esta razón, algunas secciones de este trabajo están dedicadas a explicar algunos conceptos básicos tanto dentro de las teorías feministas como del debate entre presidencialismo y parlamentarismo.

En primer lugar, deseo referirme a la cuestión de por qué es necesario desarrollar un enfoque feminista en la consideración del diseño de instituciones políticas; esto es, trataré de demostrar la necesidad de reformular la metodología empleada para diseñar instituciones

²⁷²Ver Alvarez, Sonia. *Engendering Democracy in Brazil: Women's Movements in Transition Politics*. Princeton University Press, 1990, pág 270.

²⁷³Obviamente, el concepto de "intereses de las mujeres" no es monolítico, y por lo tanto el uso de este concepto o su contenido es objeto de un gran debate, aún dentro de las teorías feministas, que excede el objeto de este trabajo. Ver, por ejemplo, Rhode, Deborah. *Justice and Gender*. Harvard University Press, 1989, págs. 318 y sgts.; Minow, Martha. *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*. Cornell University Press, 1994, págs. 230 y sgts. En este trabajo, emplearé este concepto, aún admitiendo las críticas que merece, como un concepto amplio y vago que permita abarcar los diferentes intereses de diversidad de mujeres, para un mejor desarrollo de los fines de este artículo, sin desconocer la necesidad de dicho debate. La premisa que subyace a este trabajo es que aún recogiendo la diversidad de experiencias, clases, razas, edades, situaciones económicas y sociales, religiones, etc., existe un mínimo común denominador en lo que podemos llamar "intereses de las mujeres", entre los que pueden incluirse la lucha contra la subordinación de género, la erradicación de la violencia de género, la promoción y protección de los derechos humanos fundamentales de las mujeres, sin perjuicio de que ellos requieran diferentes estrategias, abordajes, políticas públicas, de conformidad con las diversas experiencias y situaciones de las mujeres.

políticas de modo de tomar en consideración categorías básicas del pensamiento político que permitan que la perspectiva de género inspire los modos en los que conceptualizamos los sistemas políticos. Esto implica un enfoque distinto al mero análisis de la "cuestión de la mujer" o del rol de las mujeres como actrices políticas. Esto significa "conceptualizar la arena política en términos de género".²⁷⁴

En la segunda parte, trataré de describir algunas contribuciones desde la perspectiva feminista, particularmente de las teorías de Nancy Chodorow²⁷⁵ y Carol Gilligan²⁷⁶, que son útiles para el propósito de este trabajo. No estoy tratando de sostener que estas teorías son las más adecuadas para explicar las diferencias de género. Más aún, ellas han sido criticadas, entre otras razones, por revalorizar las diferencias de género que son el resultado de la dominación masculina.²⁷⁷ Sin embargo, una interpretación de estas teorías nos puede proveer un ejemplo respecto de la importancia de tomar en cuenta perspectivas de género (éstas, como otras) a fin de diseñar estructuras institucionales. Así, esta aplicación de las teorías de Chodorow y Gilligan en este debate sobre presidencialismo y parlamentarismo pretende servir básicamente a los fines de ilustrar los efectos de la inclusión de categorías de género en el análisis de las instituciones políticas.

Finalmente, me concentraré en el análisis de los sistemas parlamentario y presidencialista, teniendo en consideración las herramientas que nos proveen las teorías feministas descritas. Sin embargo, considero que la idea de la conveniencia prevaleciente de los sistemas parlamentarios sobre los sistemas presidencialistas desde una perspectiva de género tiene sostén independientemente de la aplicabilidad de alguna de las conclusiones de Gilligan y Chodorow. Fundamentalmente, me voy a concentrar en el tipo de dinámica política - más o menos cooperativa o competitiva- desarrollada por cada uno de los sistemas y su relación con la promoción de los intereses de las mujeres .

A estos fines, voy a considerar alguna de las opiniones de algunos científicos políticos que trabajan sobre la funcionalidad de los sistemas políticos. Probablemente, muchas de las conclusiones a las que arribaré son derivaciones de estos análisis y el único objetivo de este trabajo es analizar estos trabajos previos en términos de las perspectivas de las mujeres, y la incorporación de nuestros puntos de vista en el proceso político y nuestras propias interpretaciones de los fenómenos sociales y políticos.

I. Acerca de la "neutralidad" de las instituciones.

El género es un sistema social que encarna una distribución desigualitaria de poder y control sobre recursos simbólicos y materiales. Es intrínsecamente un sistema político. Joan Scott indica que "el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basado en las diferencias percibidas entre los sexos y el género es una forma primaria de significar las relaciones de poder".²⁷⁸ El género provee un modo tanto de construir como de decodificar el significado y el discurso social. En este sentido, legitima y construye relaciones sociales.

²⁷⁴Jones, Kathleen. Gender as an analytical category.

²⁷⁵Ver Chodorow, Nancy. *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender*. University of California Press, Berkeley, 1978; Chodorow, Nancy. *Feminism and Psychoanalytic Theory*. Yale University Press, 1989.

²⁷⁶Ver Gilligan, Carol. In *a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press, Cambridge, 1982.

²⁷⁷Ver MacKinnon, op. cit., págs. 51-52. Para mayores referencias de críticas y comentarios sobre estas teorías ver notas 16 y 25.

²⁷⁸Scott, Joan,. *Towards a Method for Understanding Gender*.

La definición de conceptos centrales de las teorías políticas, la metodología de trabajo, y el diseño de las instituciones políticas son el resultado de complejos procesos históricos y políticos. A través de estos procesos algunas dimensiones simbólicas y significados de los discursos y actividades humanas son privilegiadas y empoderadas y otras son ocultadas y devaluadas. El feminismo ha desafiado la presunción de que los conceptos centrales de las ideas políticas son neutrales en términos de valores, en particular en términos de género. De igual modo, el diseño de las instituciones políticas no es neutral en términos de género. No es un problema de algunos teóricos individuales que pervierten el uso de ciertas técnicas que de otro modo serían objetivas a causa de sus prejuicios, sino de la propia conceptualización de la misma teorización política.

Varones y mujeres desempeñan diferentes roles en nuestra sociedad, y sus intereses y su poder no son iguales. Si la desigualdad sexual es la realidad social, y la perspectiva es parte de la posición tanto en término de sus causas como de sus consecuencias, no existe una realidad o una perspectiva que no sea genérica, y ambas cuestiones están íntimamente relacionadas. En este sentido, el punto de vista "no-situado", universal, que se proclama como la objetividad, constituye la negación de esta realidad existente. La objetividad participa en la construcción de esta realidad desde el punto de vista dominante. En palabras de MacKinnon, "la objetividad, como una instancia epistemológica, crea la realidad que aprehende al definir como conocimiento la realidad que crea a través de su forma de aprehenderla".²⁷⁹

En este mismo sentido, Harding ha indicado que:

los estudios recientes en cada una de las áreas de los estudios sociales de las ciencias, fuerza a reconocer que todo/a científico/a está siempre, en cada aspecto, situado/a socialmente. Ni quienes conocen ni el conocimiento que ellos/as producen son o pueden ser imparciales, desinteresados/as, neutrales en términos de valores. En sociedades donde el poder está organizado jerárquicamente, no hay posibilidades de una perspectiva arquimedea, una que sea desinteresada, imparcial, neutral en términos de valores, o desconectada de relaciones históricas sociales particulares en las cuales todos/as participan.²⁸⁰

Se presume que los varones, como miembros de un grupo, actúan en el campo científico en representación de intereses universales, ellos intentan desarrollar una "buena" ciencia, esto es, neutral en términos de valores. Por el contrario, se sospecha que las mujeres actúan mucho más guiadas por el propio interés, están más involucradas en actividades extremadamente moldeadas por la política, en lugar de estar guiadas por la búsqueda de pura información.

Jones observa que "si la forma en que la política es definida limita la visión de la política de algunos teóricos específicos, tal como Wolin sostuvo tiempo atrás, se sigue que los instrumentos y los métodos para representar y explicar esta visión no son desinteresados".²⁸¹ En el mismo sentido, Habermas observa que el conocimiento humano, tanto en los procesos por los cuales es generado como en la exposición del mundo social que éste presenta y, así, construye, está siempre originado y motivado por intereses humanos. No existe tal cosa como un conjunto de meros instrumentos usados en la producción de conocimiento, abstraídos del contexto social.

²⁷⁹Ver MacKinnon, op. cit., pág. 114.

²⁸⁰Harding, Sandra. *Whose Science? Whose Knowledge?* Cornell University Press, 1991, pág. 11.

²⁸¹Ver Jones, op. cit.

El marco conceptual de los científicos varones se corresponde con los conceptos dominantes; su "conocimiento" contribuye a la construcción de las formas conceptuales de gobernar en los sistemas sociales. Han existido importantes estudios demostrando que principios del pensamiento político extraordinariamente abstractos, adquirieron legitimidad porque ellos tanto reflejaban como reforzaban ciertos aspectos históricos de la experiencia de los varones en los grupos dominantes.

Los científicos políticos están inmersos en lo que O'Brien llama el "*male-stream*": sus temas de estudio reflejan preocupaciones masculinas y tratan con actividades y ambiciones masculinas y se alejan de cuestiones que involucran o preocupan a las mujeres. Como resultado de ello, las mujeres permanecen invisibles para el pensamiento social y político. Las calidades de la acción política y el dominio de investigación política han sido construidas de modo tal que, en particular, excluyen a las mujeres como tales de la política. Estas teorías adoptaron un marco conceptual por el cual la acción política y la masculinidad eran congruentes, mientras que la acción política y la femineidad eran antitéticas. Este marco ha persistido en la configuración de los patrones de investigación y los preceptos metodológicos de la ciencia política contemporánea.

El uso del género, como categoría de análisis, ha sido aplicado mayormente en aquellas áreas relativas a las relaciones primarias entre los sexos. Aunque este uso del género afirma que las relaciones entre los sexos son sociales, ha avanzado menos en el análisis de cómo estas relaciones están construidas como tales en el contexto del Estado. En este uso descriptivo, entonces, el género es un concepto asociado con el estudio de cuestiones relacionadas de un modo directo a las mujeres, en especial en términos de su esfera personal.

En efecto, aunque el género es un sistema político en tanto configura un campo primario de distribución del poder, este concepto raramente ha sido aplicado al análisis del Estado y sus instituciones políticas, en los términos de su diseño. La amplia variedad de los sistemas políticos constituye las diferentes formas de expresión de la representación política y la dinámica del poder. Las características y el desarrollo de estos sistemas han sido concebidos como meros epifenómenos de las estructuras sociales y económicas. Los enfoques a través de los cuales han sido estudiadas han omitido tener en cuenta su importancia en la construcción de un sistema social de jerarquías de género.

La interpretación del sistema de géneros como construido y reforzado por el Estado provee una apertura conceptual fundamental para atender el análisis de las instituciones políticas. En la determinación del sistema de género, las relaciones entre los sexos operan de acuerdo con y a través de estas estructuras institucionales. El marco normativo, los conceptos y doctrinas políticas, así como el marco institucional dependen del rechazo o represión de posibilidades alternativas. La posición masculina que emerge como dominante, sin embargo, es presentada como objetiva y establecida como la única posible. Usualmente, esta posición es presentada como el producto del consenso social y no como resultado del conflicto y la opresión.

Es necesario redefinir a las instituciones para satisfacer las necesidades de las mujeres tal como ellas las conciben. Existen particularidades en relación a los intereses de las mujeres y de las actividades que ellas representan. Al reconocer estos intereses, algunas feministas también afirman que lo que caracteriza a los "intereses de las mujeres" no se trata sólo de las cuestiones que ellos representan sino también el modo de representación.

Esto nos conduce a lo que se ha llamado el "punto de vista feminista". Un punto de vista es la perspectiva desde la cual una/o percibe al mundo y a las relaciones sociales. Está marcado o implicado por una diversidad de factores tales como la raza, la clase social, el género, y la

clase de trabajo que uno/a desarrolla, así como por una serie de características psicológicas. El enfoque del punto de vista cree que las distintas personas generan distintos marcos de conocimiento de acuerdo con sus antecedentes y sus situaciones. Estas experiencias moldean un marco fundamental para la percepción, interpretación y entendimiento, al activar muchas de estas facetas inconscientes de la experiencia en el dominio de la conciencia. Hasta el punto en que un grupo definido de personas comparte características sociales y políticas significativas, ellas compartirán cierto punto de vista. Dado que la "epistemología crece en una forma compleja y contradictoria a partir de la vida material", el punto de vista "estructura la epistemología de una forma particular" que refleja la experiencia.²⁸²

La teoría política puede contribuir a traducir la experiencia en significación política o a articular el significado político de las experiencias de las mujeres. El punto de vista epistemológico se opone a la concepción de que la epistemología es objetiva o universal. Considera que la epistemología es el resultado de relaciones sociales particulares. Tal como afirma Hirschmann:

No sólo el conocimiento (lo que conocemos) es moldeado por la experiencia particular y las relaciones que tenemos con los/as otros/as, sino también como conocemos o como concebimos el conocimiento. Así, si las experiencias difieren entre grupos de personas, sus orientaciones epistemológicas diferirán también.²⁸³

Obviamente, también la cuestión de puntos de vista y de las experiencias de las mujeres ha generado numerosos debates dentro del feminismo²⁸⁴, dado que las experiencias son sensibles no sólo al género sino también a una diversidad de cuestiones tales como culturas, clases, razas, edades, orientaciones sexuales, etc. En este sentido, Martha Minow observa que:

como muchas teóricas feministas han comenzado a reconocer, nuestras críticas corren el gran riesgo de crear un nuevo punto de vista que está igualmente en riesgo de proyectar la experiencia de algunas como si fuera universal. Al urgir por el correctivo de la perspectiva de las mujeres o aun del punto de vista feminista, las feministas pueden exponer nuestro desafío a la simplificación, esencialismo y estereotipos... Cualquier clamor de hablar desde el punto de vista de las mujeres, o usar a las mujeres como un punto de referencia, amenaza con oscurecer esta multiplicidad al representar una visión particular como una visión de todas.²⁸⁵

Deborah Rhode²⁸⁶ describe distintos intentos dentro de las teorías feministas de dar cuenta o considerar las experiencias de las mujeres. Uno de estos intentos es invocar la experiencia de exclusión o subordinación como una fuente especial de comprensión o

²⁸²Hartsock, Nancy. *Money, Sex and Power: Toward a Feminist Historical Materialism*. Longman, New York, 1983.

²⁸³Hirschmann, Nancy. *Freedom, Recognition and Obligation: a Feminist Approach to Political Theory*.

²⁸⁴Ver, entre otros, Minow, Martha. *Feminist Reason, Getting It and Losing It*, en *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*. Westview Press, 1991, págs. 357 y sgts.; Lorde, Audre. *Age, Race, Class and Sex: Women Redefining Difference*, en *Sister Outsider*. Trumansburg, New York, 1984; hooks, bell. *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*. Boston, 1981; Harding, Sandra. *The Science in Question*. Ithaca, New York, 1986; Omolade, Barbara. *Black Women and Feminism*, en *The Future of Difference*. New York, 1980; Fraser, Nancy y Nicholsen, Linda. *Social Criticism Without Philosophy: An Encounter Between Feminism and Postmodernism*, en *The Institution of Philosophy: A Discipline in Crisis?* Towota, 1989; Rhode, Deborah. *Feminist Critical Theories*, en *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*. Westview Press, 1991, págs. 333 y sgts.; MacKinnon, op. cit.; Bartlett, Katherine. *Feminist Legal Methods*. 103 *Harvard Law Review* 829 (1990); West, Robin. *Feminism, Critical Social Theory and Law*. *U.Chicago Legal F.* 59 (1989); Harding, Sandra. *The Instability of the Analytical Categories of Feminist Theory*. 11 *Signs* 645 (1986); ver también nota 25.

²⁸⁵Minow, Martha. *Feminist Reason*, op. cit., págs. 358-59.

²⁸⁶Ver Rhode, Deborah. *Feminist Critical Theories*, op. cit., págs. 335-37.

percepción (“*insight*”). Las críticas que se le han dirigido a este enfoque son que el género no es la única forma de opresión, y que no todas las mujeres comparten la misma percepción de sus condiciones de dominación o de sus consecuencias. El segundo abordaje se centra en que los atributos distintivos de las mujeres promueven una forma distinta de comprensión, una voz diferente, una forma de razonamiento diferente, como veremos en la descripción de las teorías de Gilligan y Chodorow. Estas posiciones enfrentan la dificultad de teorizar desde la experiencia sin esencializarla u homogeneizarla. Finalmente, Rhode afirma que una respuesta más prometedora es desafiar el propio contexto en el cual esta discusión tiene lugar. Así,

la cuestión crucial resulta no la diferencia, sino la diferencia que hace la diferencia. En contextos legales, la legitimidad del tratamiento basado en el sexo no debe depender de si los sexos están diferentemente situados. Más bien, el análisis debe dirigirse a si el reconocimiento legal de las distinciones de género tiene probabilidades de reducir o reforzar las disparidades de género en relación de poder, status y seguridad económica. Dado que tales cuestiones no pueden ser resueltas en abstracto, esta estrategia requiere juicios contextuales, no elecciones categóricas.²⁸⁷

Según Rhode, esto requiere que las feministas reconozcan tanto las distinciones como las cuestiones comunes entre los sexos y la unidad y la diversidad entre sus miembros/as. Esta estrategia enfrenta problemas similares a los descriptos, a la hora de identificar diferencias y similitudes relevantes.

Estos tres intentos tienen asideros significativos y también son pasibles de críticas. Más aún, no son contradictorios. La subordinación es una experiencia común de las mujeres por su mera pertenencia al sexo femenino, sin perjuicio de la conjunción con otras experiencias de subordinación como la raza, clase, edad, etc. Sin embargo, estas otras experiencias de subordinación también son diferentes en relación al sexo de quien las sufre. Por otra parte, la “voz diferente” también puede ser relacionada con contextos de subordinación, reparto inequitativo de responsabilidades domésticas, roles estereotipados, etc, sin perjuicio, nuevamente de algunas consecuencias que puedan ser valoradas positivamente en relación a esta voz diferente. Finalmente, obviamente el tratamiento de estas diferencias hace la diferencia.

Sin embargo, tal como afirma Martha Minow “cognocitivamente necesitamos simplificar categorías, y la categoría unificadora de ‘mujeres’ ayuda a organizar experiencias, aún al costo de negar algo de ella”.²⁸⁸ En la sección siguiente, y teniendo presente las críticas y recaudos mencionados, me concentraré en algunos de estos enfoques, particularmente en una interpretación de las teorías de Chodorow y Gilligan.

II. ¿Una voz diferente?

Uno de los enfoques que será utilizado en este trabajo a fin de indagar acerca de las posibles implicancias de las teorías feministas en la teoría política y en la teoría del Estado en el nivel de diseño institucional, es provisto por un desarrollo de las teorías de las relaciones objetales (“*object relations theory*”), y sus posteriores producciones, fundamentalmente en los estudios de Nancy Chodorow y Carol Gilligan.

²⁸⁷Ver Rhode, op. cit., pág. 336.

²⁸⁸Minow, Martha. *Feminist Reason, Feminist Reason, Getting It and Losing It*, 38 J. Legal Educ. 47 (1988).

Las teorías objetales en la teoría psicoanalítica consideran a la temprana infancia como un momento crucial en la constitución del yo y subrayan la importancia de los procesos inconscientes. Sin embargo, rechazan la visión freudiana basada en la interacción de los instintos y la cultura en el desarrollo psicológico, y consideran la constitución del yo en términos de sus relaciones sociales. Partiendo de la premisa que las personas necesitan de otras personas y que los/as niños/as necesitan especialmente de otros/as, estas teorías se centran en las relaciones entre las personas y aquellos/as con quienes tienen lazos primarios. Ciertos aspectos de estas relaciones se internalizan, se tornan "objetos internos" para la personalidad ayudando a la constitución del yo. El yo, así, es una construcción que depende de y emerge de relaciones con otros/as. Por ello, la construcción social de la realidad y las variedades de construcciones sociales son críticas para entender el desarrollo de niños/as.

De acuerdo con una de las visiones de esta escuela de teoría psicoanalítica, el hecho de que las mujeres y no los varones sean "madres", en el sentido de tener el rol principal en el cuidado y la crianza de los/as hijos/as, deriva en la adquisición de percepciones diferentes de sí mismos/as en cuanto a sujetos genéricos por parte de niños y niñas. También provoca comprensiones distintas en cuanto a su relación con el mundo externo. Esta teoría presenta una importante contribución a la ciencia política debido a sus connotaciones epistemológicas. En este sentido, las teorías de las relaciones de objeto implican dos modos diferentes de concebir y "conocer" el mundo.

De acuerdo con la teoría de Chodorow²⁸⁹, antes que niños y niñas adquieran una percepción de sí mismos/as, su identidad primaria está ligada a la persona que satisface sus necesidades básicas. Generalmente, esta persona es mujer. Dado que al nacer, las personas no son plenamente capaces de distinguirse a sí mismas y a otros/as o aún al mundo físico exterior, todavía no establece límites claros entre una y el mundo y los/as otros/as. El proceso de constitución del yo se refiere justamente al diseño de esos límites, a procesos de individualización y separación. Estos procesos se basan obviamente en el desarrollo de capacidades motrices pero, fundamentalmente a través de sus relaciones con otras personas, particularmente aquellas que son responsables de los cuidados primarios de la infancia. Chodorow se centró en la diferenciación de género y analizó como la teoría psicoanalítica de las relaciones objetales podría aplicarse, con las correspondientes modificaciones, a la explicación de las diferencias psicológicas en el desarrollo de mujeres y varones.

Teniendo en consideración un sistema social donde las madres son quienes proveen casi exclusivamente de los cuidados más tempranos a niños y niñas, estos/as mantienen una relación primaria con la madre y es en relación con ella que comienza a desarrollarse el sentido del yo. A partir de un sentido inicial de unidad con la madre comienzan los procesos de individualización y separación. Por esta razón, tanto niños como niñas son psicológicamente femeninas en el comienzo. Dado que el género es presentado como una categoría exclusiva, el niño tiene que transferir su identificación primaria a una figura masculina a fin de adquirir una identidad masculina. Adquirir una identidad como varón es ser diferente a la madre, la persona que ha tenido una presencia crucial en su vida más temprana de quien depende primariamente. En este proceso de convertirse en varón, el niño tiene que basarse en "una negación de lazos o relaciones, particularmente, de las que el niño considera de dependencia o necesidad de otro/a y diferenciación del otro/a".²⁹⁰ El ve una diferencia básica entre él y su madre. El niño tiene que definirse en oposición a la vida cotidiana, reprimiendo la experiencia de una relación cuasi-simbiótica con una mujer.

²⁸⁹Chodorow, *The Reproduction of Mothering*, op. cit.

²⁹⁰Idem.

Para las niñas, el proceso es muy diferente. La niña no necesita reprimir tan drásticamente su experiencia infantil en términos de sus capacidades relacionales, aún cuando deba escapar del sentimiento inicial de unidad. Dado que la relación primaria de las niñas es con una persona del mismo sexo, ellas sentirán que son "lo mismo" o "iguales". El niño tiene que trasladar su identificación primaria hacia el padre o a otro símbolo masculino. Dado que la cuidadora más temprana encarna la totalidad del mundo-objeto para todos los/as niños/as, la niña se mira así misma como conectada con el mundo. El yo y los otros componen un continuo para ella. Por el contrario, el niño tiene un sentido de sí mismo como esencialmente aislado y diferente del mundo-objeto. En el proceso de convertirse en varón, él debe renunciar a su identificación más temprana, haciendo una fractura drástica de su femineidad primaria, representada por la madre. Esto resulta en un excesivo acento en la separación; un niño se designa a sí mismo como opuesto a su madre.

Esta forma defensiva de concebirse a sí mismo genera lo que Chodorow llama "autonomía reactiva", lo que significa reaccionar contra los otros a fin de asegurarse separación e independencia. Esto origina una comprensión de agencia que extrae la voluntad individual de la situación de relaciones sociales dentro de las cuales se desarrolla y dentro de las cuales opera. El niño comienza a considerar a las relaciones como una amenaza potencial. Como consecuencia del proceso por el cual el niño adquiere su identidad en relación con los roles que el patriarcado prescribe para los varones, su reacción no está dirigida a la madre en términos personales, sino a la femineidad primaria que ella representa. La niña crece en la vecindad con su madre, criando una identidad de género más particular, apoyada en una relación cotidiana y concreta con su madre. Ella no necesita rechazar su lazo más temprano y primario con ella. Por lo tanto, su percepción de sí misma resulta más profundamente moldeada en términos de sus relaciones afectivas y la experiencia de una continuidad con su madre inobtenible para los niños. Como resultado, los niños están más inclinados a reforzar personalidades con límites más estrictos y a concebirse a sí mismos como aislados de los otros. De acuerdo con Chodorow: "el sentido básico femenino de sí misma está conectado al mundo, el sentido básico masculino de sí mismo está separado".²⁹¹

Esta desigualdad en la concepción de sí mismos/as y el corolario de distintas visiones del mundo se traduce en diferentes perspectivas y en posiciones morales. Chodorow considera que el hecho de que las niñas tienen una percepción más prominente de la conexidad con la madre y el mundo indica que ellas tienen "una base para la empatía construida en su definición primaria de sí mismas de un modo tal que los varones no tienen".

De acuerdo con esta posición, Gilligan²⁹² ha desarrollado trabajos empíricos por los cuales afirma que la concepción de sí mismas de las mujeres es diferente a la concepción de sí mismos que tienen los varones. Las mujeres experimentan una sensación de conexión con los otros y que los varones, por el contrario, están más inclinados a percibirse a sí mismos como seres separados, autónomos, independientes. Como consecuencia de la diversidad de sentidos de sí mismos/as y su relación con el mundo, varones y mujeres tienen diferentes formas de tomar decisiones morales.

Gilligan indica las siguientes diferencias: en primer lugar las mujeres tienden a enfatizar su relación, su conexión y responsabilidad en relación con los/as otros/as en tanto los varones tienden a razonar en términos de derechos abstractos, formales; en segundo lugar las mujeres al

²⁹¹Idem.

²⁹²Gilligan, op. cit.

tomar decisiones morales tienden a pensar en las consecuencias que ellas producirán en la vida de las personas afectadas por tales decisiones, mientras que los varones suelen tener un razonamiento centrado en los principios y no una visión consecuencialista, así los varones se focalizan en el contexto de derechos individuales en competencia mientras que las mujeres entienden la moralidad como una compleja red de relaciones y responsabilidades extendidas. Gilligan sostiene que este punto de vista de las mujeres basado en la conexidad conduce a una moralidad del cuidado. Las mujeres así adoptan decisiones morales dentro del contexto histórico de las circunstancias que lo producen, mientras que los varones generalmente abstraen las opciones de las particularidades y las analizan como si fueran opciones morales universales.

Gilligan describe dos imágenes distintas: para mujeres, una red de conexiones y para varones una escalera de jerarquías. Las mujeres, concibiendo la propia idea de sí mismas como más continua con los otros, están inclinadas a considerar a las interacciones personales como una porción de conexiones en una red de relaciones. Los varones están inclinados a percibir a las interacciones humanas como arreglos contractuales hechos por personas buscando posiciones dentro de la jerarquía. El punto de vista de la red intenta considerar a los individuos en conexión con los otros mientras que ver el mundo desde la concepción de la escalera supone una jerarquía abstracta de reglas que regulan una competencia altamente individualista.

En síntesis, la teoría de las relaciones de objeto afirma que a causa de las diferencias relativas a los géneros en el sentido de sí mismos/as de varones y mujeres y de su relación con el mundo, la exclusividad de mujeres cuidadoras de niños/as, provee las bases materiales para una perspectiva feminista. Al identificar el desarrollo individual como basado en el producto de instituciones creadas tales como las relaciones sociales de crianza de niños/as, la teoría de las relaciones de objeto traspasa la experiencia individual en un fenómeno social. Una vez que los procesos de desarrollo físico generan una percepción de sí como fundamentalmente separado o fundamentalmente conectada, el punto de vista del mundo, el cual a su vez construirá nuestra percepción de la realidad, es el resultado. Y si estas percepciones están basadas en el género, la concepción resultante del mundo diferirá también según el género.

Esta teoría sugiere que la epistemología dominante que define los conceptos políticos, los paradigmas y las instituciones, así como la metodología de los discursos teórico políticos dominantes, refleja estos diferentes puntos de vista, dando voz y poder a la perspectiva de la separación y silenciando y oprimiendo la moralidad del cuidado. Gilligan sostiene que los standards "universales" desarrollados reflejan el modelo masculino y fundamentalmente no reflejan y excluyen las importantes diferencias del estilo de razonamiento práctico de las mujeres.

Las conclusiones de Gilligan han sido objeto de un importante debate dentro de las teorías feministas.²⁹³ Una de las críticas que se le ha formulado es de carácter intrasistemático,

²⁹³Ver, entre otras posiciones a favor y críticas, Dubois, Ellen Carol; Dunlap, Mary C.; Gilligan, Carol; MacKinnon, Catherine; Menkel-Meadow, Carrie J.; Marcus, Isabel; y Spiegelman, Paul J. *Feminist Discourse, Moral Values and the Law - A Conversation*. 34 *Buffalo Law Review* (1985); MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, op. cit.; Scales, Ann. *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*. 95 *Yale Law Journal* 1373 (1986); Olsen, Frances. *Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective*. 18 *Int'l J. Soc. L.* 199 (1990); Epstein; Menkel-Meadow, Carrie. *Portia in a Different Voice: Speculation on a Women's Lawyering Process*. 1 *Berkeley Women's L.J.* 39 (1985); Williams, Joan. *Deconstructing Gender*. 87 *Michigan Law Review* 797 (1989); Mossman, Mary Jane. *Feminism and Legal Method: The Difference it Makes*. 3 *Austl. J. L. & Soc.* 30 (1986); Walker, Lawrence. *Sex Differences in the Development of Moral Reasoning: A Critical Review*, en *Child Development* 55, 1984; Greeno, Catherine y Maccoby, Eleanor. *How Different is the "Different Voice"?* *Signs* 11, 1986, pág. 310; Benhabib, Seyla. *The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory*, en *Feminism as a Critique: Essays on the Politics of Gender in Late-Capitalist Societies*. Polity, London, 1987; Colby,

apuntando a la metodología empleada para su trabajo empírico, en el sentido que desatendía las diferencias entre las mujeres en relación con las experiencias atravesadas por la cultura, clase, raza, etnicidad. Otra crítica conectada a ésta ha sido la falta de atención a las fuerzas económicas, sociales, e históricas que atravesaban estas experiencias. Así, se le ha criticado que su trabajo universaliza consecuencias extraídas de una muestra pequeña y no representativa, que no provee suficiente justificación para las consecuencias que se derivan de ella. Sin embargo, no es posible asegurar que no existan indicios suficientes de características psicológicas diferentes en varones y mujeres, y que muchas mujeres se sienten reflejadas en la voz descripta por Gilligan.

Por otra parte, más allá de las críticas metodológicas, se ha indicado la dificultad de teorizar sobre la voz diferente sin homogeneizar la experiencia o caer en concepciones esencialistas, o desconocer otras variables que moldean las experiencias de las mujeres. Una de las estrategias propuestas por Minow es prestar atención a perspectivas que compiten en torno a un problema determinado y desafiar los puntos de vista no expresados que ocultan sus presunciones de la competencia abierta con otros. Definitivamente, tal como Gilligan lo ha expresado, ella describe “una voz diferente”, que no es única ni excluyente para las mujeres.

Tal como se ha expresado anteriormente, otras voces críticas se refieren al hecho de que el pensamiento en términos relacionales y la ética del cuidado son posibles consecuencias de lo que a las mujeres se les ha permitido ser y pensar. No es sino otra consecuencia del sistema jerárquico entre los géneros, y la opresión y subordinación de las mujeres, que la resonancia de esta voz no es otra cosa que el producto de la internalización de los estereotipos de género y los límites socialmente impuestos a las mujeres y que refuerza la dicotomía entre los sexos y los estereotipos rígidos.

Sin embargo, creo que es necesario distinguir entre un aspecto descriptivo del trabajo de Gilligan de un análisis valorativo de estas conclusiones descriptivas y de la celebración que muchas feministas han hecho de la “voz diferente”. En otras palabras, Gilligan puede estar en lo cierto acerca del hecho de que las mujeres piensen en términos relacionales y valoren el cuidado. También puede ser cierto que el hecho de que las mujeres piensen en términos relacionales y valoren el cuidado sea una consecuencia indeseable de la supremacía masculina (más aún, puede ser una consecuencia indeseable que demanda un cambio). Sin embargo, si las mujeres realmente piensan en estos términos -independientemente de como evaluemos este hecho- considero que es un factor que es necesario tener en cuenta a los efectos de diseñar el marco institucional más conveniente a fin de promover el empoderamiento de las mujeres y su participación en el proceso político.

Joan Williams²⁹⁴ nos provee de otra interpretación posible de la teoría de Gilligan, indicada por la propia Gilligan. Williams considera que mucho de lo que Gilligan y sus seguidoras/es citan como evidencia de la ética del cuidado es una evidencia de que las mujeres justifican sus decisiones en normas sociales diferentes a aquellas que aplican los varones. Williams afirma que “lo que Gilligan describió, como ella misma reconoce, fue la ‘voz convencionalmente femenina’”. Lo que su estudio muestra es que la femineidad convencional continúa estructurándose alrededor de la domesticidad.” Williams afirma que si bien la voz diferente puede ser leída como una celebración de la domesticidad, también contiene una crítica a ésta.

Ann y Damon, William. Listening to a Different Voice: A Review of Gilligan's In A Different Voice, en The Psychology of Women: Ongoing Debates. Yale University Press, 1987; Gilligan, Carol. Reply. Signs 11, 1986, pág. 324; ver también nota 16.

²⁹⁴Ver Williams, op. cit.

Williams agrega que “la desafortunada dicotomía entre las teorías de la diferencia cultural y las de la dominación desaparecen si vemos a las feministas de la diferencia describiendo no la voz de las mujeres sino las convenciones de la femineidad. En ese contexto, las feministas de la diferencia se tornan en ciudadanas seguidoras de la pista de cómo los modos por omisión del comportamiento convencional sistemáticamente aventajan a los varones. Así, en las manos de feministas de la diferencia como Robin West y Leslie Bender, el feminismo de la diferencia cultural se torna una forma de crítica a las diferencias sistemáticas de poder y distorsiones de valores que resultan de las nociones convencionales de masculinidad y femineidad”.

III. ¿Parlamentarismo o presidencialismo: hay alguna diferencia para las mujeres?

En esta sección, intentaré uno de los diversos análisis en relación con el diseño institucional en términos de su contribución a una participación más amplia de las mujeres en el proceso político. El argumento central de este trabajo es que los sistemas parlamentarios son más convenientes para las mujeres que los sistemas presidencialistas. Considero que esto es cierto, independientemente de la validez de la teoría Chodorow-Gilligan; sin embargo, esta hipótesis puede tener un desarrollo aún más interesante aplicando esta teoría al análisis.

Democracias mayoritarias y democracias consociales

Existe consenso entre los/as autores/as que estudian los modelos parlamentarios y presidencialistas acerca del hecho de que en un sistema presidencialista el comportamiento de los/as líderes políticos/as y las reglas del juego político son necesariamente mayoritarias y competitivas.²⁹⁵ Por el contrario, los sistemas parlamentarios tienen características particulares de lo que Lijphart ha llamado "democracias consociales".

El citado autor sostiene que los modelos consensual y mayoritario pueden ser vistos como dos respuestas a un dilema básico dentro del sistema democrático.

Si partimos de la base de definir la democracia como el "gobierno del pueblo para el pueblo", cabe definir qué significa "pueblo"; quién cumplirá con la tarea de gobernar y a qué intereses debe responder el gobierno cuando el pueblo está en desacuerdo y tiene diversas preferencias. Una posible respuesta es: la mayoría del pueblo. El gran mérito que podría atribuírsele es que el gobierno de la mayoría está más cerca del ideal democrático que el gobierno de la minoría, y que cualquier otra respuesta, tal como la exigencia de unanimidad o mayoría calificada, implicaría algún grado de gobierno de la minoría. Por otro lado, la respuesta alternativa es: tanta gente como sea posible. Esta es la esencia del modelo consensual, pues sus normas e instituciones aspiran a una amplia participación en el gobierno y un amplio acuerdo sobre las políticas que el gobierno proponga.²⁹⁶

²⁹⁵Ver Lijphart, Arend. *Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations*. 1989; Linz, Juan. *Democracy, Presidential or Parliamentary: Does it make a Difference?* 1989; Valenzuela, Arturo. *Party Politics and the Failure of Presidentialism in Chile*. 1989; Riggs, Fred. *Presidentialism in the U.S.: A Comparative Perspective*. 1989 (Papers for Georgetown University Symposium); Sartori, Giovanni. *Neither Presidentialism nor Parliamentarism*. 1989 (Paper for Stable Democracy in the Third World); Nino, Carlos. *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*. Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988.

²⁹⁶Cf. Lijphart, Arend. *Democratización y modelos Democráticos Alternativos*, en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, pág. 12.

Lijphart²⁹⁷ ha distinguido ocho características de la democracia “mayoritaria”, que tienen su contraparte en la democracia “consociacional” o de “consenso”:

- 1) en las democracias mayoritarias prevalecen los gabinetes de un partido, mientras que en las de consenso generalmente la composición del Ejecutivo refleja coaliciones amplias;
- 2) en las democracias mayoritarias predomina el Poder Ejecutivo, mientras que en las de consenso hay un mayor equilibrio entre éste y el Poder Legislativo;
- 3) los regímenes mayoritarios son generalmente bipartidistas, en tanto que los de consenso son multipartidistas, con una gran proliferación de partidos;
- 4) en las democracias mayoritarias los partidos suelen ser unidimensionales, y difieren fundamentalmente en cuanto a la política socio-económica, mientras que en las de consenso suelen ser multidimensionales y difieren no sólo en base a esta clase de política sino también en función de cuestiones tales como la religión, intereses culturales y étnicos, diferencias entre intereses urbanos y rurales, política exterior, etc;
- 5) en los sistemas mayoritarios, el régimen electoral suele ser por pluralidad de distritos uninominales, en tanto que en los de consenso se da el sistema proporcional de representación;
- 6) en las democracias mayoritarias se suele dar una organización unitaria, y centralizada, mientras que en las de consenso hay una organización federal y descentralizada;
- 7) en las democracias mayoritarias prevalece el unicameralismo, mientras que en las de consenso predomina un bicameralismo fuerte, donde ambas cámaras son aproximadamente iguales en poder pero electas por diferentes métodos; y
- 8) las democracias del primer tipo tienen muchas veces una Constitución no escrita, en tanto que en las del segundo tipo predominan las Constituciones escritas, protegida por medio del control judicial y difíciles de enmendar.

Según Lijphart los gobiernos democráticos consociales o consensuales son mucho más adecuados que los mayoritarios para sociedades que exhiben importantes divisiones religiosas, sociales, ideológicas, etc. Ello así, toda vez que tienen mayores posibilidades de evitar que la mayoría monopolice los resortes del poder y de garantizar un cierto poder de veto a las minorías, consolidando así su integración y la paz social.

Por su parte, los sistemas mayoritarios con concentración de poderes en el Ejecutivo presentan algunos problemas de dispersión de soberanía, de deficiente procesamiento del consenso colectivo, de apatía política, de mediación imperfecta, de empobrecimiento del debate público, que lo alejan notablemente del ideal de democracia deliberativa.

De acuerdo con Lijphart existen cuatro prácticas esenciales que caracterizan a los sistemas consociales: grandes coaliciones, autonomía segmentada, proporcionalidad y veto de las minorías. En primer lugar, la capacidad de formar grandes coaliciones presume un poder ejecutivo compartido por líderes políticos/as pertenecientes a todos los diferentes partidos políticos significativos. Este modo de distribuir el poder puede adoptar diversas versiones institucionales. La más directa toma la forma de un gabinete de coalición en un sistema parlamentario. El sistema presidencialista, por el contrario, implica la concentración del poder en una sola persona y, por lo tanto, no es compatible con una amplia coalición de gobierno y una mejor distribución del poder. Dada la dificultad de que las mujeres puedan acceder a la

²⁹⁷Ver idem., págs. 12 y sgts; Lijphart, Arend. *Democracy in Plural Societies*. 1977.

presidencia, la posibilidad de ocupar cargos en una amplia coalición de gobierno encarnada en un gabinete, resulta más factible y permitiría una participación en un gabinete que detenta más poder que aquellos de los sistemas presidencialistas.

El segundo principio consociacional explicado por Lijphart es el que se refiere a la autonomía segmentada. Este alude a la delegación de la capacidad de tomar decisiones políticas a tantos segmentos como sea posible. La gran coalición y la autonomía segmentada se complementan la una a la otra: en todas las materias de interés común las decisiones son tomadas por todos los segmentos juntos y, con respecto a las otras cuestiones cada segmento toma su propia decisión por sí mismo. La segmentación contribuye a que mayor número de mujeres tengan posibilidad de ocupar cargos con posibilidad de influir significativamente en distintos niveles de la toma de decisiones.

En tercer lugar, la proporcionalidad es el patrón consociacional de la representación política, la obtención de fondos públicos y de posiciones. La gran ventaja de la proporcionalidad es que permite la representación de grupos y partidos integrados por minorías. En caso de implementar mecanismos tales como el sistema de cuotas para mujeres en las listas de candidatos/as de los partidos políticos, el sistema proporcional es un instrumento conveniente, y en muchos casos indispensable, para su vigencia.

La proporcionalidad es complementada con el veto de las minorías que constituye la última arma que las minorías requieren para proteger sus intereses fundamentales. En términos de la representación política en las esferas donde se toman las decisiones, las mujeres se asemejan a los grupos de minorías. Los regímenes presidencialistas usualmente están gobernados por la regla mayoritaria y las voces de las minorías muchas veces son silenciadas. El Presidente requiere una mayoría electoral o, por lo menos, un alto porcentaje de votantes: la representación proporcional no puede ser usada para elegir un solo candidato. El presidencialismo requiere un sistema electoral mayoritario.

Una democracia consensual es más adecuada que una mayoritaria en países donde este tipo de democracia, de naturaleza más defensiva, proveería más seguridad a las mujeres y las minorías que podrían sentirse más amenazadas en el contexto de una democracia mayoritaria, de una naturaleza más agresiva. Así cabe destacar que cuanto más pluralista y dividida sea una sociedad —es decir, cuanto menos consensual sea— más necesitará un tipo consensual de gobierno para que no haya una verdadera exclusión de ciertos grupos minoritarios o subrepresentados.

Teniendo en cuenta los cuatro principios de Lijphart podemos concluir que una democracia consensual es más conveniente para los intereses de las mujeres que una democracia mayoritaria.

Dinámicas de cooperación o de conflicto

La clase de modelo (de cooperación o conflicto) desarrollado en un proceso político depende de la naturaleza de las preferencias o funciones de utilidad de los/as actores/as, y la conservación o transformación de estas preferencias o funciones se relacionan con las experiencias que están dando forma a este proceso. Sin embargo, la sustancia y las consecuencias de un proceso político están también determinadas por las instituciones que lo integran. Preferencias, experiencias y reglas de juego interactúan y el juego recíproco entre ellas indican las líneas futuras del proceso político.

Dado que el tipo de instituciones no es neutral respecto al carácter más o menos conflictivo o cooperativo de la dinámica política, ellas no son irrelevantes con respecto a la participación de las mujeres en el proceso político. La teoría de Chodorow-Gilligan demuestra que las mujeres son más capaces de desarrollar prácticas cooperativas que de participar en batallas conflictivas. En este sentido, parece claro que un modelo político que promueve una interacción cooperativa en lugar de una dinámica de confrontación es mejor para la participación de las mujeres en el proceso político.

De acuerdo con Linz²⁹⁸, son dos las características que sobresalen en los sistemas presidencialistas. La primera se relaciona con la clara legitimidad democrática del Presidente, en muchos casos con un fuerte componente plebiscitario aunque a veces basado en menos votos que muchos primeros ministros de sistemas parlamentarios con gabinete en minoría. Pero en estos sistemas presidencialistas sucede que los legisladores, particularmente cuando representan a partidos políticos bien organizados y disciplinados, que constituyen opciones ideológicas y políticas para los votantes, también tienen legitimidad democrática; y es posible que haya casos en los que la mayoría de los legisladores representen opciones políticas distintas a las del Presidente. Bajo este panorama tiene sentido cuestionarnos quien de ellos tiene más derecho a hablar en nombre del pueblo: el Presidente o la mayoría parlamentaria opositora. Para responder a este interrogante no hay ningún principio democrático que nos oriente en su resolución y los mecanismos previstos para ello son de dudosa legitimidad democrática para el electorado.

La segunda característica institucional de los sistemas presidencialistas se vincula al tiempo por el que el Presidente es electo, período de tiempo que en circunstancias normales no puede ser modificado. De esta manera, el tiempo se convierte en un factor político esencial de todos los actores en los procesos políticos. El proceso político entonces se divide en períodos discontinuos y rígidamente determinados sin posibilidad de reajustes periódicos en la medida que acontecimientos políticos, sociales y económicos lo demanden. Cabe resaltar que paradójicamente las constituciones presidencialistas incorporan principios y premisas opuestas; por un lado, intentan instituir un Poder Ejecutivo poderoso y estable, con legitimidad popular y con capacidad para oponerse a los intereses particulares representados en el Congreso a partir de los partidos, regiones, intereses locales, etc.; por otro lado, ellas mismas muestran una profunda desconfianza hacia la personalización del poder, en consecuencia, introducen muchos mecanismos para limitar ese poder que en ocasiones podrían llegar a ser arbitrarios.

La consecuencia política más importante del sistema presidencialista es que éste introduce un fuerte elemento de "juego de suma-cero" en la política, a través de reglas que producen resultados electorales en los cuales "el ganador se lleva todo". No es necesario decir que las mujeres nunca han sido las ganadoras en un proceso político sino más bien todo lo contrario. El sistema presidencialista genera así una dinámica de confrontación debido a este carácter de "juego de suma-cero" del sistema que también es difícil para las mujeres de acuerdo con la teoría Chodorow-Gilligan. Un "juego de suma-cero" es una estructura de interacción en la cual todo lo que un/a participante gana es perdido por las/os otras/os participantes. Por el contrario, en los juegos de suma positiva, cada una/o y todas/os las/os participantes puede ganar.

Los elementos de las situaciones en las cuales el/la ganador/a se lleva todo son:

²⁹⁸Cf. Linz, Juan. Democracia Presidencialista o Parlamentarista, ¿hay alguna diferencia?, en Presidencialismo vs. Parlamentarismo, Consejo para la Consolidación de la Democracia, pág. 22 y sgts.

- 1) indivisibilidad: los/as participantes son entidades discretas que no pueden asociarse;
- 2) los/as participantes están en un contexto en el cual los pagos o premios están determinados por un orden de prevalencias en lugar de por la calidad absoluta;
- 3) los pagos o premios están ampliamente concentrados en las primeras posiciones.

El sistema presidencial implica una estructura de interacción que es un juego de suma-cero porque la mayoría de los premios políticos están asignados a una posición unipersonal que es imposible dividir entre los distintos partidos y esta posición es ejercida en exclusividad por un período largo y fijo. Los premios políticos son las diferentes ventajas provistas por el poder tal como la capacidad de designar personas para los cargos públicos. Esto hace que un partido político puede ocupar el cargo presidencial para muchos períodos y entonces puede convertirse en un partido hegemónico a causa de la acumulación de recursos políticos. También es posible que un partido político importante permanezca fuera de la esfera del poder por muchos períodos y por lo tanto se debilite y desaparezca.

Es posible afirmar que en los sistemas parlamentarios es posible que una mayoría absoluta perteneciente a un partido singular gane las elecciones, pero más frecuentemente los resultados dan representación a muchos partidos. Quizás uno de estos partidos obtiene una mayor proporción de votos que los otros pero de todos modos es necesario negociar con ellos y distribuir el poder para mantener al Primer/a Ministro/a o tolerar un gobierno de la minoría. Esto significa que el/a Jefe/a de Gobierno estará más abierto a los diversos grupos y estará más interesado en mantener su apoyo. Como consecuencia, los otros partidos políticos no pierden las expectativas de ganar algún poder, ejercer el control y obtener beneficios importantes. Esta dinámica se aplica tanto a los intereses de otros partidos como podría aplicarse a las demandas de las mujeres canalizadas por sus representantes.

En un sistema parlamentario, los partidos políticos pueden obtener poder político aún cuando ellos no obtengan la mayoría popular. Esto significa que cada voto cuenta para obtener los escaños parlamentarios y que estos escaños cuentan para construir el apoyo para formar el gobierno. Esto significa que las mujeres como grupo pueden obtener más poder dado que aún cuando pocas mujeres tienen acceso a los escaños parlamentarios, por lo menos algunas tienen éxito. Además, tomando en consideración la generalización de "leyes de cuotas", la posibilidad de tener un porcentaje de los escaños parlamentarios bajo el control de las mujeres incrementa el poder relativo en las negociaciones concernientes a la formación del gobierno.

Por otra parte, en las elecciones presidenciales, los/as votantes de las/os candidatas/os perdidosas/os pueden sentir que no han ganado nada y han malgastado su esfuerzo. Existen pocos incentivos que puedan hacerlos mantener su lealtad hacia el partido perdedor y pueden sentir que sus voluntades no están siendo tenidas en cuenta. En el sistema presidencialista, las mujeres que obtienen sus puestos en el Congreso tienen menos poder político dado que ellas usualmente no tienen modo de influenciar las políticas del Ejecutivo y los/as votantes tienen así menos incentivos para votarlas teniendo en cuenta las ventajas que pueden producir para el adelanto de la situación de las mujeres. Tiende a primar la consideración de quien será candidato/a a presidenta/a más que la posibilidad de posicionar a mujeres en situaciones de poder.

El carácter de suma-cero del juego político en los regímenes presidenciales está reforzado por el hecho que ganadores/as y perdedores/as están determinadas/os por todo el período presidencial. Este es un período durante el cual no hay expectativas de nuevas alianzas o de incrementar las bases de apoyo para la formación de una gran coalición o la disolución del

Parlamento y nuevas elecciones. Las/os perdedoras/es tienen que esperar por cuatro o seis años sin posibilidades de acceso al Ejecutivo o la formación del gabinete.

Linz indica que una de las consecuencias más importantes de la relación directa entre el Presidente y la gente, y la falta de dependencia de otros/as políticos/as para renovar su poder amenazado tras una elección por un voto de censura, es el sentido de haber sido electa/o como representante de toda la comunidad. Esto hace que el Presidente identifique a todos/as como sus electores/as, ignorando a aquellas/os que han votado a favor de la oposición. Más aún, esta sensación de tener un poder independiente, derivado de la gente, durante todo el período presidencial, sin el riesgo de perder apoyo, incluso en el caso de haber llegado a su cargo a causa del apoyo de una coalición, le da al Presidente un sentido de una misión a cumplir y una percepción de tener más poder que el real peso político que el que el/ella tiene realmente, de acuerdo con la cantidad de votos que ha recibido. El componente implícitamente plebiscitario de la autoridad presidencial puede tornarse muy frustrante para la oposición y para los propios límites de la autoridad presidencial. En este contexto, es muy probable que el Presidente muestre a sus políticas como apoyadas por todas/os y a sus oponentes como representando intereses particulares, rechazados por la gente.

Este sentido de identidad entre el/la líder y la gente puede estimular una suerte de populismo como fuente de poder pero también puede conducir a ignorar que una mayoría tiene un mandato limitado para implementar un determinado programa de gobierno. Esto motiva una falta de cooperación y respeto y muchas veces promueve relaciones hostiles con la oposición. Este marco refuerza la dinámica conflictiva del sistema.

El rol de la o el Presidente no es similar al de la o el Primer Ministro quien, como un/a miembro/a del Parlamento (aún cuando ocupe un cargo más alto), todavía pertenece a un cuerpo colegiado donde él/ella tiene que pelear en condiciones semejantes con las/os otras/os políticas/os y líderes de partidos políticos, especialmente si su gobierno depende de coaliciones o de minorías. La o el Presidente, por el contrario, dado su rol de Jefa/e de Estado, no tiene que desarrollar estas relaciones porque tiene la libertad de recibir o no a sus oponentes y siempre dentro del contexto del protocolo presidencial. El/la Primer/a Ministro/a está consciente desde el principio de la dependencia del apoyo de sus oponentes y de otros partidos y otras/os líderes políticas/os, así como del Parlamento en su totalidad. Excepto en el caso en el cual el/la Primer/a Ministro/a tiene poder absoluto, el sistema inevitablemente incluye a algunos de los elementos que están institucionalizados en lo que se ha llamado "democracia asociativa".

El análisis de Linz muestra que el fenómeno de suma-cero del juego político en el sistema presidencialista incrementa la importancia de la elección presidencial tanto para ganadoras/es como perdedores/as e, inevitablemente, incrementa la tensión y la polarización en estas elecciones. La rigidez del período impuesto por la duración del mandato presidencial, combinada con el carácter de suma-cero de la elección presidencial que niega a los/as perdedores/as el acceso al Ejecutivo y al control de la administración, incluyendo la distribución de cargos y beneficios, hace que las opciones en la elección presidencial sean más dramáticas y polarizadas que en el sistema parlamentario. La nueva acomodación de las fuerzas políticas, que en los sistemas parlamentarios puede tener lugar entre las elecciones para el parlamento, en una elección presidencial tiene que ser hecha públicamente antes y en el momento de una elección para garantizar una coalición ganadora cuando la gente enfrenta una elección. De hecho, los tratos y acuerdos que pueden resultar de mucha utilidad, pueden concebirse como productos del oportunismo, sin principios y aún como la negación de la ideología y de los principios. Es mucho más difícil hacer estos acuerdos cuando están sujetos al análisis de la

gente antes de una elección. Por eso, el régimen presidencialista deja menos espacio para construir consensos tácitos, coaliciones y acuerdos.

Este proceso electoral extremadamente competitivo y el sistema político no son independientes del modo en el que se comportarán los/as candidatos/as después de haber sido electos/as. Algunas de las consecuencias del régimen presidencial, con respecto al estilo de actividad política, emerge de acuerdo con la naturaleza del cargo, los poderes asociados a él y los límites impuestos. La dinámica de confrontación entre los partidos políticos produce en primer lugar campañas electorales extremadamente agresivas. Pero lo peor de esta dinámica de confrontación tiene lugar durante el gobierno de alguno de los partidos antes de las elecciones. (Naturalmente, los efectos de esta dinámica de confrontación depende del número de partidos, del sistema electoral, del número de representantes de cada partido en el Parlamento, etc.)

Uno de los efectos más perjudiciales de esta dinámica de confrontación generado por las reglas de juego del régimen presidencialista es la obstrucción que provoca entre los poderes políticos del Estado, cuando la o el Presidente es apoyada/o por una mayoría diferente de aquella que prevalece en el Congreso. Este efecto es más significativo si los partidos han desarrollado una disciplina interna importante. En esos casos, las o los miembros del partido al que pertenece el Presidente, obedecen sus órdenes y los partidos en la oposición responden a las indicaciones de sus líderes quienes son las/os más interesadas/os en el deterioro político del o la Presidenta, dado que ellos/as son los/as posibles candidatos/as a la presidencia en las futuras elecciones.

Existen muchas razones que explican por qué es conveniente para la oposición bloquear la acción del Ejecutivo en el sistema presidencialista. En primer lugar, las consecuencias más perjudiciales de esta dinámica de confrontación y obstrucción son sufridas por el Presidente y su partido mucho más que por los otros partidos que tienen la mayoría en el Congreso. Aún cuando comportarse de un modo tal que se obstruye la labor del Presidente produce un descrédito para esos partidos, ellos generalmente tratan de demostrar que la obstrucción es el resultado del descrédito popular del Presidente. Ellos presumen que la obstrucción conducirá a la falla de las políticas del Presidente y así socavarán su figura. De todos modos, ellos tienen más expectativas de sacar ventajas de esta distorsión de la figura presidencial e incrementar las posibilidades de ocupar su lugar que de recibir cualesquiera de los beneficios que resultaran de un comportamiento cooperativo. En realidad, esto es lo que ocurre generalmente a causa de la estructura de juego de suma-cero de la batalla política en el sistema presidencialista.

Otro hecho que contribuye a esta actitud obstruccionista es que, aún cuando los partidos en la oposición pueden tener prevalencia en el Congreso, ellos no tienen poder de iniciativa para impulsar políticas diferentes de aquellas del Ejecutivo, lo que podría ser útil para tratar de incrementar sus chances electorales. Las herramientas necesarias para desarrollar un comportamiento político positivo y para implementar diversas medidas están concentradas en el Ejecutivo. El Ejecutivo maneja los medios técnicos, la información relevante, el control de la administración y el poder de ejecutar las normas, así que es imposible para el Congreso en un régimen presidencialista establecer y desarrollar exitosamente políticas alternativas a aquellas del Ejecutivo. Lo único que la oposición en el Congreso puede hacer es obstruir la implementación de las políticas del Ejecutivo, no aprobando los instrumentos legales necesarios para ellas.

La dinámica de confrontación no solo produce este comportamiento obstruccionista sino que también genera la actitud opuesta de subordinación. En aquellas situaciones de fuerte confrontación entre los partidos políticos, es importante para el partido en el gobierno que tiene

una mayoría en el Congreso, presentar una imagen tan fuerte como sea posible. Esta mayoría está generalmente subordinada a las órdenes del Ejecutivo y no ejerce sus deberes de control, a fin de evitar presentar un frente dividido ante la oposición. En este contexto podemos pensar que sería mucho más difícil para las mujeres que pertenecen al partido del Presidente desarrollar estrategias y presionar al gobierno de acuerdo con los intereses de las mujeres cuando la imagen del gobierno puede resultar dañada. En este sentido, las mujeres se sentirían más constreñidas por su disciplina partidaria y por las consecuencias de su accionar en el sentido del debilitamiento del líder partidario.

La dinámica política es diferente en los sistemas parlamentarios. En primer lugar, la competencia política no es más un juego de suma-cero. Existe un traslado del poder hacia los cuerpos colegiados como el gabinete o el Parlamento. Los partidos que han perdido las elecciones pueden ejercer una influencia decisiva en la formación del gobierno y sus futuras medidas y ellos pueden ocupar cargos en el Parlamento y en el gabinete. Por lo tanto, ellos no tienen que esperar a las futuras elecciones para recibir beneficios políticos. Las armas políticas del gobierno son también más débiles a causa de su propia fragilidad dado que están sujetos a voto de censura del Parlamento. Del mismo modo, la pérdida de las elecciones no es una derrota definitiva para el segundo partido dado que en cualquier momento puede haber elecciones parlamentarias donde los resultados de la anterior pueden cambiar. Finalmente, es mucho más difícil justificar la obstrucción cuando tanto el gobierno como la oposición participan en un diálogo continuo y las políticas son formuladas de acuerdo con las objeciones expuestas por la oposición.

De acuerdo con De Vergotini²⁹⁹, en las democracias pluralistas el Parlamento cumple básicamente dos funciones: la de orientación política y la de control. La primera de ellas implica definir el marco más amplio dentro del que se debe realizar la acción de gobierno, determinando el alcance y el equilibrio entre diversos derechos individuales que pueden estar en conflicto, y los medios y mecanismos generales para satisfacer y promover esos derechos de acuerdo al alcance que se les ha fijado y al balance que se ha definido. Dentro de esta función es imprescindible la participación del Parlamento, como órgano deliberativo que permite proseguir la discusión pública indispensable con la participación más amplia de los sectores, partidos e intereses representados. Además, el carácter colegiado de este órgano contribuye a que la orientación general deba ser consensuada entre sectores con ideologías e intereses diferentes. La otra función más importante del Parlamento es la de controlar los actos de gobierno, que cada vez es más amplia en comparación con la de legislar. En este sentido, resulta fundamental la presencia de la oposición. El control comprende tanto la constitucionalidad y legalidad de sus actos (los que puede dar lugar a mecanismo de censura o de juicio político), como el contralor de valoraciones éticas, de eficacia o competencia y de carácter político, cuando están basadas en el respeto de la orientación fijada por el propio Parlamento.

Los sistemas parlamentarios coadyuvan a un mejor desarrollo de estas funciones, ya que el Parlamento se constituye como un órgano fuerte en el diseño de políticas públicas para la promoción y protección de los derechos fundamentales y en un contralor efectivo a la función de gobierno. El fortalecimiento del Congreso, así, implica un protagonismo mayor de las mujeres que detentan bancas parlamentarias en estas funciones, y por lo tanto, al conjunto de mujeres parlamentarias que tienen mayores posibilidades de hacer valer su peso relativo en el Parlamento.

De alianzas y coaliciones

²⁹⁹De Vergotini, Giuseppe. Derecho Constitucional Comparado.

Esto nos conduce al análisis de las oportunidades provistas por los diferentes sistemas a los efectos de la formación de coaliciones. Podemos concluir que las coaliciones son beneficiosas para las mujeres de acuerdo con la habilidad de las mujeres para desarrollar relaciones caracterizadas como una red de conexiones de acuerdo con la teoría de Gilligan o simplemente porque nos provee un marco mejor y más fuerte para vehicular las demandas de las mujeres. Yo me basaré en el trabajo de Angel Flisfich³⁰⁰, en mi análisis sobre los sistemas institucionales, en particular los modelos cooperativos y su capacidad para promover la formación de coaliciones.

Los regímenes parlamentarios contienen incentivos para desarrollar un estilo generalizado de interacción política más cooperativo que competitivo. Esto incrementa las probabilidades para la formación de coaliciones comparado a las que existen bajo las condiciones presidencialistas.

Cuando uno o más partidos que compiten entre ellos en el proceso electoral, decide iniciar el proceso de formación de una coalición, la razón es que ellos tienen la expectativa de obtener ciertos objetivos o beneficios después de la culminación de este proceso, que para ellos hubiera sido imposible obtener por sí solos. La formación de una coalición reside en la expectativa compartida acerca de los resultados de la coordinación y la explotación en común de los recursos provistos por cada miembro. Esto significa que ellos recibirán ciertos beneficios y oportunidades futuras o por lo menos evitarán determinados costos y perjuicios.

La variable crucial en la formación de una coalición es el grado de dependencia de cada partido respecto de los recursos provistos por los otros partidos. La presencia de un grado importante de dependencia implica que algunos partidos están en una situación que los hace demandar los recursos controlados por los otros partidos que son capaces de ofrecer esos recursos o por partidos que están en condición de ofrecer y demandar recursos a la vez. En primer lugar, es claro que si los recursos necesarios para alcanzar ciertos objetivos son de fácil apropiación, el control sobre ellos se torna irrelevante y, por lo tanto, no hay incentivos para formar una coalición. En segundo lugar, la formación de una coalición requiere que los partidos tengan que definir sus objetivos de modo tal que ellos consideren que los recursos controlados por otros partidos sean realmente necesarios. Esto no es muy fácil en un contexto en el cual las preferencias de los partidos los conduce a concebirse a sí mismos como suficientes.

El grado de dependencia entre los partidos es también una variable crucial en la determinación de los modos de distribución de los costos y beneficios dentro de una coalición. El poder de negociación de cada partido en el proceso de formación de la coalición está determinado por su mayor o menor dependencia relativa a los otros miembros potenciales de la coalición. La formación de la coalición está basada en las expectativas de explotar los recursos para el común beneficio de sus miembros. Sin embargo, estos beneficios son divisibles y cada partido tratará de maximizar su parte en los beneficios y minimizar su participación en los costos. En el proceso de hacer un acuerdo acerca de la distribución de costos y beneficios, la herramienta principal de negociación es la amenaza de retirar los recursos y hacer abortar la coalición. Cuanto más dependiente es un partido respecto de sus asociados potenciales, más vulnerable será a las amenazas de los otros de abandonar la coalición y, por lo tanto, estará obligado a hacer mayores concesiones.

³⁰⁰Flisfich, Angel. *Parlamentarismo, Presidencialismo y Coaliciones gubernamentales* (presentado en el Seminario; Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria). Universidad Católica de Chile, 1990.

La cuestión aquí es si estas ofertas y demandas se tornarán efectivas en las negociaciones a los efectos de formar la coalición o si, por el contrario, una estrategia de carácter no cooperativo tendrá prevalencia, y si el tipo de régimen y las reglas de juego son neutrales respecto de tales posibilidades.

Flisfisch explica que el régimen parlamentario conduce a un juego político simple, caracterizado por una conexión directa e inmediata entre el poder electoral relativo de cada partido, su poder relativo en el Parlamento y la probabilidad de alcanzar el gobierno. En primer lugar, existe una sola competencia electoral entre los partidos y sus resultados determinan como serán distribuidos los escaños parlamentarios entre ellos. Segundo, la posesión de los escaños es tanto un recurso cierto, diferente de una expectativa, y un recurso decisivo a los efectos de seleccionar el jefe de gobierno y su gabinete. Finalmente, independientemente de la importancia relativa de la actividad legislativa en el gobierno y del poder relativo de negociación entre el Ejecutivo y el Parlamento, existe una profunda simetría entre ellos, derivada de la dependencia en última instancia del Ejecutivo respecto del Parlamento, encarnada en la posibilidad de sufrir un voto de censura. Esta simetría provee un valor permanente a la posesión de escaños como recursos de poder, lo que es fácilmente aplicable al análisis del parlamentarismo como un diseño institucional que promueve las condiciones de adquisición de poder por parte de las mujeres, obviamente en mayor medida en aquellos países que cuentan con mecanismos de acción positiva para la participación política de las mujeres.

Si existe un sistema electoral proporcional razonable, no hay incentivos para formar coaliciones durante el proceso electoral en un régimen parlamentario. Cada partido que tiene la expectativa de obtener una proporción significativa de votos va a competir con el resto. Así, la actividad de coalición es baja en esta etapa electoral del juego político. Esto puede ser una ventaja en términos de la posterior fertilidad de las oportunidades coalicionales que se abren a los partidos en la etapa post-electoral de la formación del gobierno. Dado que las negociaciones inter-partidarias tienen lugar después de la elección, están menos expuestas al escrutinio público y el destino electoral de quienes están involucrados en la negociación no puede ser afectado. De este modo, los partidos tienen mayor libertad de la que tendrían durante la competencia electoral a causa de su necesidad de asumir posiciones definitivas.

Las reglas de juego del parlamentarismo transforman los recursos electorales -que antes de la elección eran solo expectativas más o menos fundadas- en recursos ciertos, decisivos para la formación de gobierno. En esta etapa, estos recursos están bajo el control concreto e inmediato de cada partido. Existe una notable simplicidad en el juego político bajo condiciones parlamentarias, expresadas a través de la existencia de conexiones directas entre el poder electoral controlado por los partidos, las cuotas de poder que ellos obtienen en el Parlamento y sus oportunidades para integrar el gobierno. La necesidad de formar el gobierno muestra claras dependencias entre los grupos de partidos, moviéndose hacia el desarrollo del proceso de formación de coaliciones. En este contexto, la posesión de escaños por parte de las mujeres adquiere una importancia relevante porque son recursos reales de poder para la formación del gobierno. Las mujeres pueden controlar estos recursos y formar coaliciones con mujeres pertenecientes a otros partidos políticos. Con la ley de cuotas, la posesión de alrededor de treinta por ciento de los escaños provee una oportunidad real para jugar un rol significativo en el proceso de formar un gobierno.

Por el contrario, bajo condiciones presidencialistas, el juego político es mucho más complejo. En primer lugar, hay, por lo menos, dos competencias electorales -la elección presidencial y la elección para diputados y senadores- que usualmente no son simultáneas.

Segundo, el control de los escaños no es un recurso que los partidos puedan aplicar directamente en la formación de gobierno.

En aquellos países donde existe una sola vuelta, gobierna la regla mayoritaria. La posibilidad de alcanzar la presidencia con la obtención de la primera mayoría hace que las reglas de juego del sistema presidencialista no generen por sí solas incentivos para la formación de coaliciones. En todo caso, la formación de coaliciones electorales y el tamaño de éstas dependerá de variables que operan fuera del sistema de reglas.

Los partidos políticos pueden ser capaces de imponer un nivel de disciplina significativa a sus representantes. En este caso, la posesión de escaños constituye un recurso cierto y seguro que las fuerzas políticas pueden proveer o remover a voluntad en el proceso de formación de una coalición. No ocurre lo mismo con los recursos electorales. Ellos solo podrían constituir un recurso equivalente a la posesión de escaños si cada partido pudiera tener un control absoluto de la voluntad de sus votantes. Por lo tanto, existe una importante incertidumbre en cada campaña electoral en un sistema de segunda vuelta, con respecto a la naturaleza de los efectos de las decisiones y posturas de los partidos en el comportamiento electoral masivo. En términos técnicos, el escenario de una segunda vuelta electoral presidencial es un juego de información incompleta. Es imposible estar completamente seguro de un parámetro básico de la situación -el impacto de las campañas en las decisiones electorales. Esto significa que los recursos electorales en términos de la negociación en el proceso de formación de una coalición constituyen meras expectativas. Este hecho hace que las dependencias entre los partidos sea considerablemente débil.

En un régimen presidencial, la posesión de escaños no es un medio que pueda ser usado directamente para ganar una elección presidencial. Puede proveer algunas ventajas en la campaña presidencial pero no afecta directamente la capacidad de los partidos para la elección de presidente/a. En principio, para elegir un/a presidente/a, ningún partido requiere los escaños que los otros partidos tienen. Por lo tanto, en términos de estos recursos, las reglas de juego no crean dependencias entre los partidos.

Debido al carácter de suma-cero del juego político en un sistema presidencialista, aquellos/as que podrían asumir el rol de líderes en la construcción de una coalición de gobierno, tienen incentivos para no hacerlo. En primer lugar, ellos/as tratarán de evitar pagar el costo que implica una coalición de gobierno cuando sus políticas fallan, particularmente teniendo en cuenta que los réditos de su éxito serán adjudicados al Presidente/a y promoverán su reelección. Si ellos/as tienen alguna expectativa de ganar la elección futura, los/as líderes rechazarán tomar parte en cualquier coalición.

Las reglas de juego en un sistema parlamentario no garantizan la existencia de coaliciones pero, debido a su simplicidad y a la relación directa que ellas establecen entre la posesión de escaños y la formación del gobierno, por lo menos contienen un incentivo que incrementa la probabilidad de la formación de coaliciones. Por el contrario, la gran complejidad del juego político bajo condiciones presidencialistas no promueve esta formación. Su existencia dependerá de la concurrencia de múltiples contingencias; esto significa que es un evento que tiene pocas probabilidades de ocurrir.

En los sistemas parlamentarios donde el/la primer/a ministro/a es muchas veces dependiente de las coaliciones parlamentarias o está en frente de una minoría de gobierno con apoyo parlamentario, sus relaciones con el gabinete tienden a ser significativamente diferentes de aquellas de un/a presidente/a con su gabinete. Los/as miembros/as del gabinete son

elegidos/as libremente por el/la Presidente/a quien puede removerlos/as cuando quiera que esté en desacuerdo con sus posiciones. Si los/as colaboradores/as del Presidente/a son removidos/as, no tienen posibilidad de retornar al Parlamento con una fuente independiente de poder como representantes del pueblo. En los regímenes parlamentarios los/as miembros/as del gabinete son designados exclusivamente entre los/as miembros/as del Parlamento.

El gabinete parlamentario es un comité de la asamblea electa. El voto de censura del Parlamento obliga al gobierno a renunciar o a llamar a nuevas elecciones. Esto no sólo obliga a los/as miembros/as del gabinete a extender las políticas de acuerdo con otros/as sino que también hace que el/la primer/a ministro/a adapte sus preferencias personales a aquellas de las/os miembros/os del gabinete. Fallar en este objetivo podría provocar que una/o o más miembros/os del gabinete se alejen con la consiguiente crisis de confianza que podría hacer caer al gabinete. Un gabinete parlamentario puede también reforzar el poder del primer/a ministro/a cuando tiene el apoyo de sus miembros, pero también puede hacer que el/la primer/a ministro/a renuncie a decisiones tomadas. El/la primer/a ministro/a es más que el/la primero/a entre los/as iguales pero su gabinete es un cuerpo colegiado que puede convertirse en una expresión real de una coalición compartiendo el poder.

El gabinete no puede cumplir las mismas funciones en un sistema presidencialista. Aún el nombre gabinete es impropio. El/la Presidente/a puede remover a cada miembro/a y no está obligado/a a seguir sus consejos. Aún cuando el/la Presidente/a puede elegir a las/os miembros/os de su gabinete entre las/os miembros/os de distintos grupos políticos, no se compara a una coalición real porque solo son asesores/as de la o el presidente/a.

Teniendo en consideración estos roles distintos que el gabinete juega en los sistemas parlamentarios y presidencialistas, podemos concluir que ésto constituye otro factor que apoya la idea de que los regímenes parlamentarios son más convenientes para las mujeres. En estos regímenes, los gabinetes constituyen una fuente real de poder donde las mujeres pueden participar. Las mujeres no son designadas generalmente miembros de gabinete, pero en caso de que lo fueran, es mejor ser miembro de un gabinete parlamentario que de uno presidencialista. Un sistema parlamentario empodera esta esfera donde las voces de las mujeres pueden ser oídas y tenidas en cuenta, dado que las/os miembros/os del gabinete son más respetados porque ellas/os controlan más poder político.

Uno de los obstáculos más serios en el funcionamiento de un régimen presidencialista reside en la dificultad de mantener un partido político viable en la oposición. Generalmente, aquellos que se oponen al gobierno se fracturan en muchos pedazos y representan una amplia gama de posiciones y de seguidores personales. Es imposible para ellos formar una coalición capaz de obtener una mayoría. Las dificultades inherentes a la organización de los partidos políticos en la oposición en los sistemas presidencialistas son notorias. Estas dificultades se tornan más obvias cuando ellas se relacionan a la participación de las mujeres en los procesos políticos. Es diferente en la dinámica de partidos en un sistema parlamentario, dado que no es imprescindible obtener una mayoría nacional dado que esa elección sólo se refiere a los/as miembros/as del Parlamento.

De formas y contenidos

A fin de tener éxito en una campaña política en un sistema presidencialista, es necesario obtener una mayoría de votos en el nivel nacional. Esta clase de campaña implica costos sustanciales y una amplia gama de recursos usualmente no disponibles para las mujeres.³⁰¹

Por otra parte, el/la candidata/a exitoso/a está generalmente constreñido/a a causa de los intereses de aquellos/as que apoyaron las campañas. Estos intereses son muchas veces contradictorios con respecto a los intereses de las personas menos favorecidas de la sociedad y las mujeres mayoritariamente pertenecemos a este grupo. Aquellas políticas que son útiles para promover y proteger los derechos e intereses de las mujeres generalmente compiten con aquellas alentadas por los más poderosos.

Los sistemas presidencialistas generan una polarización entre los partidos y la necesidad de que los/as candidatos/as se dirijan a enormes sectores del electorado. Dada la invisibilidad del centro del poder, tal como afirma Linz³⁰², la polarización obliga a los/as candidatos/as presidenciales a presentar programas vagos, con el mínimo contenido ideológico, plagados de promesas vagas e inconsistentes, tratando de hacer compatibles casi todos los intereses e ideologías y que apelen a factores emocionales con los que se intenta unificar, detrás de la o el candidato/a, a grupos con intereses e ideologías contrapuestos.

De acuerdo con Riggs, una razón importante para un desequilibrio en la distribución de los/as votantes puede estar basada en el contenido de las plataformas de los partidos políticos. A fin de garantizar la mayoría de votantes -la mayoría requerida por el carácter de la competencia presidencial del tipo "el/la ganador/a se lo lleva todo"- estas plataformas deben tener una posición ambigua respecto de muchos temas que dividen a la opinión pública. Estos temas tales como el aborto o la igualdad generan posiciones fuertes a favor y en contra, y aún cuando movilizan a una gran cantidad de votantes, ellos también provocan un gran número de enemigos/as.

De esta manera, la ciudadanía, aún en la primera elección, suele resignarse a apoyar el/la segundo/a o tercero/a mejor; de este modo, el/la Presidente/a electo/a, aún con un gran caudal electoral, no es expresivo de un compromiso firme y claro adoptado entre él/ella y la mayoría que lo/a ha votado a favor de cierta orientación de gobierno en relación con una gran cantidad de cuestiones de significativa relevancia para los derechos fundamentales.

Además, la necesidad de dar un mandato por largos años a una sola persona para que resuelva infinidad de cuestiones, hace que la gente deba ordenar sus preferencias sobre distintas políticas, dando prioridad a algunas de ellas y suspendiendo su juicio sobre muchas otras, o aún votando a quien tiene posiciones claramente contrarias sobre estas últimas.

Así, los sistemas presidencialistas contribuyen al empobrecimiento del debate público dada la tendencia a concentrar las campañas electorales y políticas de gobierno en las personas individuales que son candidatos/as para el centro del poder unipersonal en lugar de enfocarlas en ideologías o en propuestas sustantivas.

Esta situación es significativamente diferente en los sistemas parlamentarios o mixtos; allí son más importantes los partidos detrás de los/as líderes que los/as líderes al frente de los partidos. Más aún los partidos en estos sistemas no se ven adversamente afectados por compromisos ideológicos; por el contrario, ello puede ser la única manera de tener una identidad

³⁰¹Cf. Riggs, Fredd W. La supervivencia del Presidencialismo en Estados Unidos, pág. 57 y sgts.

³⁰²Linz, op. cit.

definida y de atraer una porción del electorado, deseosa de que esa ideología esté representada en el Parlamento. La polarización y la confrontación, que está generada por el carácter de juego de suma cero de la competencia política presidencialista, se evita en estos sistemas ya que un partido que adquiere algunas bancas en el Parlamento puede tener un papel decisivo en la formación del gobierno.

Las normas y motivaciones que preservan y promueven los derechos de las mujeres generalmente están dentro de la esfera de estas cuestiones que demandan adoptar posiciones fuertes en lugar de declaraciones abstractas. Aún cuando ellas pueden provocar muchos enemigos en términos de la obtención de una mayoría para una elección presidencial, también pueden conducir a mucha gente a apoyar a un/a candidato/a parlamentario/a que los promueva. Además, como los/as miembros/as de los partidos políticos en un sistema parlamentario pueden adherir a políticas bien definidas en términos de electores/as socialmente articulados/as, ellos/as pueden también tener la ventaja de un apoyo constante de esta gente, independientemente de la posición del partido y votar junto con otras mujeres o varones que apoyen el tema en otros partidos sin un costo terrible para el partido o el/la representante en particular.

Conclusión

El diseño y la transformación de la estructura institucional representa un esfuerzo para luchar contra los problemas estructurales de los procesos políticos. No existen patrones universales aplicables a todas las épocas y culturas. Cada sociedad posee características especiales que requieren diversos sistemas políticos a los efectos de promover reformas de las distintas estructuras sociales y políticas dirigidas a garantizar una distribución más equitativa del poder entre los diversos componentes de una sociedad e impulsar otras instituciones sociales y políticas más igualitarias.

Por lo tanto, el diseño de la estructura institucional no puede seguir una regla fija para cada sociedad y cada época. Es importante tener en consideración la diversidad de las mujeres pertenecientes a las distintas culturas así como aquellas que sufren otros tipos de opresión, además de la de género y también las circunstancias políticas particulares que atraviesa cada sociedad. En todo caso, el diseño institucional debe ser una herramienta para luchar contra las diversas formas de subordinación.

Por esta razón, es importante asignar una función heurística al trabajo desarrollado. Esto significa que debe ser considerado como un medio de generar hipótesis y principios generales de interpretación, útiles para orientar la investigación empírica pero que no pueden ser un sustituto de esa investigación o un análisis posterior y una propuesta específica de reforma.

Nunca ha habido una revisión cuidadosa de la gama completa de alternativas posibles de sistemas institucionales desde una perspectiva feminista. Por ello es necesario analizar las alternativas existentes considerando sus ventajas y desventajas desde una perspectiva feminista y finalmente imaginar y crear nuevas alternativas para la preservación y promoción de los derechos e intereses de las mujeres.

Esta discusión no puede estar desvinculada de otro debate más amplio en relación a si el Estado es monolíticamente masculino³⁰³ o si existen algunas grietas, resquicios, fracturas del sistema que permiten que las mujeres puedan influir, en determinados niveles, en la toma de

³⁰³Ver MacKinnon, Catherine. *Towards a Feminist Theory of the State*, op. cit.

decisiones políticas³⁰⁴. En este sentido, este trabajo ha intentado ser un aporte inicial a los fines de comenzar a identificar si hay brechas posibles dentro del diseño de las instituciones políticas, o en todo caso, si hay posibilidades de crearlas. Sólo la experiencia concreta de un número significativo de mujeres en posiciones de poder dentro de estos sistemas nos permitirá llegar a conclusiones más certeras y avanzadas sobre esta temática.

³⁰⁴Ver Alvarez, op. cit.

EL USO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS ¡Error! Marcador no definido.

**EN LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL
PARA EL ADELANTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES**

Andrew Byrnes*

A. Introducción

Quizá uno de los errores de las personas que superentusiastamente defienden los derechos humanos a nivel internacional, es asumir que obviamente, las cortes nacionales deben, además de estar conscientes de la jurisprudencia internacional de derechos humanos, sentirse constreñidas a seguirla, al mismo tiempo que también consideran que las cortes deben obligar al ejecutivo a que acate sus obligaciones con el tratado internacional, a no ser que exista un impedimento expreso e invencible en la ley interna para hacerlo. Confiada en el supuesto de que las normas internacionales normalmente ofrecen protección más efectiva que las leyes nacionales, esta visión está también basada en un sentido de la prioridad del orden legal internacional y de las doctrinas básicas del derecho internacional de que los Estados deben adaptar sus leyes e instituciones internas de conformidad con sus obligaciones internacionales y que las cortes, como órganos del Estado, tienen el deber de actuar de acuerdo con el derecho internacional y que el no hacerlo puede involucrar la responsabilidad internacional del Estado.

Pero la transformación de las normas internacionales en leyes locales a través de las instituciones nacionales pertinentes no es una simple traslación de normas autorizadas de una fuente que es autoridad en términos del sistema legal nacional. El sistema local podría no compartir el supuesto de que las leyes internacionales tengan prioridad sobre los tratados nacionales e internacionales y podría no aplicar los tratados como parte de la legislación interna automáticamente. Las leyes internacionales bien pueden tener su lugar, pero ese lugar lo determinarán las reglas internas que regulan su situación dentro del sistema legal nacional. Es más, no sólo habrán tenido los guardabarreras nacionales probablemente una exposición limitada a los desarrollos internacionales de derechos humanos (y por lo tanto, no estar familiarizados con importantes conceptos y jurisprudencia), pero podrían considerar - bastante correctamente en muchos casos - que las protecciones de las leyes nacionales son suficientemente adecuadas (y hasta más efectivas que las normas internacionales), y que de todas maneras, las normas internacionales agregan poco o nada a las protecciones desarrolladas por la legislación nacional. Aunque podrían no oponerse a tomar en cuenta doctrina y jurisprudencia internacionales, dichos actores ven pocas ventajas en ello, prefiriendo más bien, encontrar respuestas en la jurisprudencia nacional existente o en el rico cuerpo de jurisprudencia constitucional comparativa que bien podría ofrecer más ayuda que las decisiones de un organismo internacional.

No obstante, en más o menos los últimos veinte años se ha hecho más uso, en muchas jurisdicciones del Commonwealth, de las normas de derechos humanos internacionales para influenciar las tomas de decisiones judiciales internas, aunque ésto involucre interpretación constitucional, el diseño de estatutos o el desarrollo del "common law" o conceptos generales del derecho. Esto se debe en parte al surgimiento de las leyes internacionales de derechos humanos, el creciente dominio del campo por parte de activistas, y sus esfuerzos por poner en práctica las normas internacionales en foros internos y por garantizar que los Estados deban responder a

*Esta es una versión revisada de una ponencia del mismo nombre, presentada en la Conferencia de 50 Aniversario, Facultad de Derecho, Universidad de Colombo, Sri Lanka, 23-26 de julio, 1998. Este artículo fue traducido por Paca Cruz.

procedimientos internacionales cuando se considere que el sistema nacional ha fallado en hacer cumplir las obligaciones internacionales de los Estados de garantizar el goce pleno de los derechos humanos.

El cuerpo internacional de legislación de derechos humanos que existe ahora es un recurso muy valioso, tanto en términos de principios y valores que los sistemas nacionales podrían desear esforzarse por lograr, así como también en la asistencia que ofrecen para la implementación de esas normas en términos concretos. Aún con todo esto, sería peligroso caer en la tentación de pensar que apelar al derecho internacional necesariamente significa referirse a un sistema mejor y más adelantado de normas que ofrecen un más alto nivel de protección en cualquier caso dado, y que es un sistema coherente y bien desarrollado. El derecho internacional tiene muchas joyas, pero también tiene muchas limitaciones - ofrece un recurso que varía en calidad y utilidad.

Una evolución particularmente importante en el desarrollo de la legislación internacional sobre este tema en la última década o más, ha sido la atención que se les presta a asuntos de género y derechos humanos. Los esfuerzos para que se aceptara la demanda de que "los derechos de las mujeres son derechos humanos", y para que se desarrollaran o transformaran los conceptos y prácticas existentes para enfrentar más efectivamente las violaciones de los derechos humanos de las mujeres han sido rasgos centrales de la lucha feminista internacional en tiempos recientes. Aunque muchos de los instrumentos básicos y los principales casos se conocen en cierto grado, estos desarrollos relacionados con los derechos humanos de las mujeres, siendo más recientes y menos visibles, son todavía mucho menos conocidos.

Los propósitos de este trabajo son: (a) examinar porqué es adecuado que las cortes nacionales tomen en cuenta las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación de las constituciones nacionales; (b) ofrecer una ojeada de los principales tipos de fuentes de derechos humanos internacional que pueden ser útiles para influenciar la interpretación de disposiciones constitucionales (y legislativas) para remediar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres; (c) resaltar algunas de las decisiones internacionales importantes en el campo; y (d) describir brevemente el uso que se ha hecho de fuentes internacionales en la litigación nacional, particularmente en años recientes. Las defensoras que buscan el uso de la legislación internacional en derechos humanos para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres encuentran muchas de las mismas dificultades que enfrentan los y las defensoras que tratan de invocar las garantías internacionales en general, y más.

B. La relevancia de la legislación internacional para la interpretación constitucional

El uso que se hace de las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación de las disposiciones constitucionales en cualquier caso dado, es el resultado de una compleja interacción de factores legales y no legales. Ya que las normas internacionales de derechos humanos son un subgrupo de los estándares de la legislación internacional, el punto de partida para el análisis es el lugar que ocupa la legislación internacional en el orden legal nacional. A pesar de que las normas de derechos humanos incluyen tanto las normas consuetudinarias del derecho internacional como las normas de tratados, la discusión en este trabajo se enfocará principalmente en los tratados. Lo anterior se debe a que en muchos casos, la legislación nacional hace la diferencia entre la situación de la ley consuetudinaria y los tratados, y la inclusión de muchas garantías de derechos humanos como ley internacional consuetudinaria es impugnada, y su impacto, aunque hayan sido recibidas como parte de la legislación interna, es más bien confuso.

1. Razones jurídicas, teóricas y otras para acudir a la legislación internacional

¿Que es, entonces, la base formal legal, o la justificación expresada, para tomar en cuenta las normas internacionales de derechos humanos en la interpretación de las disposiciones constitucionales? La pregunta puede parecer ingenua, ya que muchas cortes lo hacen de todas maneras, pero sin embargo, vale la pena hacerla. Hay una pregunta más práctica relacionada con esta: asumiendo que las cortes estén preparadas para acudir a las normas internacionales para influenciar la interpretación constitucional, ¿para qué se molestarían en hacerlo - agrega ésto algo sustancial al proceso en el cual están involucradas?

Existe importante literatura judicial, extra judicial y académica sobre hasta qué grado pueden tomar en cuenta las cortes los tratados internacionales no incorporados al interpretar la legislación nacional, al desarrollar la ley consuetudinaria o los principios generales del derecho, o para limitar el alcance de la discreción administrativa por las personas que toman decisiones nacionales.³⁰⁵ Mucha de esta literatura concierne a los tratados sobre derechos humanos y concierne a países en cuya constitución política no hay un capítulo sobre garantías individuales y/o en los cuales se dice que se aplica una teoría dualista (por ejemplo el Reino Unido y Australia).

También hay literatura importante que trata de los países en los cuales los tratados internacionales forman parte de las leyes internas, que evidencia muchas quejas similares sobre la omisión de las cortes internas de adoptar una posición adecuadamente receptiva y de estar bien informadas sobre la legislación internacional y ser sensibles a sus matices.³⁰⁶

Estas discusiones hacen surgir preguntas fundamentales sobre la relación de los sistemas legales internacionales y nacionales, pero particularmente sobre el asunto de la división de poderes entre el ejecutivo (el cual en estos casos tiene el derecho de entrar en tratados sin aprobación legislativa), el legislativo (con el poder de crear derechos y responsabilidades bajo la legislación nacional), y el judicial (el cual considera que está en la posición de introducir, por la puerta de atrás, disposiciones de un tratado que el debidamente electo legislativo no ha introducido por la puerta del frente.)

Se ha hecho claro que la membrana que separa el sistema legal nacional del tratado no incorporado, no es, de ninguna manera, impermeable, y que se ha dedicado mucho ingenio en identificar maneras en las cuales los tratados no incorporados se pueden tomar en cuenta - como lo son en muchos casos.³⁰⁷ Muchos de los mismos asuntos surgen en relación al uso de las normas internacionales en la interpretación de las constituciones, aunque hay cuestiones adicionales que considerar.

En relación a la interpretación constitucional, a nivel formal, el primer punto es si la constitución en cuestión tiene alguna disposición para la recepción de reglas de derecho consuetudinario internacional o tratados en el orden legal interno. Los variados modelos van desde constituciones que no contienen ninguna disposición explícita³⁰⁸ hasta aquellas que estipulan que

³⁰⁵Ver especialmente el excelente y detallado estudio que trata principalmente de la situación en Inglaterra por Murray Hunt. *Using Human Rights Law In English Courts*. Hart Publishing, Oxford, 1997. Otro valioso recurso es la serie de trabajos presentada en coloquios judiciales organizados por el Commonwealth Secretariat e Interrights desde 1988.

³⁰⁶Ver Conforti, Benedetto y Francioni, Francesco, Eds. *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. Martinus Nijhoff, La Haya, 1997. Para un análisis detallado de un sistema de derecho civil, ver Cancado Trindade, Antonio Augusto, Ed. *A Incorporacao das Normas Internacionais de Protecao dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2ª edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 1996.

³⁰⁷Para estudios recientes, ver la decisión del Juzgado de Relaciones Familiares de Australia (*Full Family Court*), en *Re B y B: Family Law Reform Act 1995, FLC 92-755 (1997)* y Hunt, op. cit. Ver también Maurici, James. *10 Ways to Rely on the Human Rights Convention*. *Judicial Review* 29, 1996.

³⁰⁸Ver, e.g., las constituciones de Australia y Canadá.

las reglas del derecho consuetudinario internacional forman parte del derecho interno (y los tratados no)³⁰⁹ o que los tratados gozan de una posición constitucional o supraconstitucional³¹⁰, o que dan el estatus de normas de nivel menor que constitucional, que pueden o no, privar sobre normas conflictivas.³¹¹

En casos en los cuales la regla de recepción formal da al derecho internacional estatus constitucional, no hay problema metodológico cuando se confía en jurisprudencia y fuentes internacionales para interpretar dichas disposiciones. Entonces la cuestión llega a ser cuáles condiciones facilitarán en la práctica esa referencia, y su utilidad.

En otros casos los términos de la Constitución podrían exigir que se tomen en cuenta las normas internacionales que conciernen a las disposiciones que se están interpretando. Por ejemplo, la Constitución de Papúa Nueva Guinea estipula que al interpretar la constitución, una corte puede tomar en cuenta una amplia gama de fuentes internacionales,³¹² y la Constitución de Africa del Sur estipula que para la interpretación de la Declaración de Derechos en el capítulo 2 de la Constitución, una corte debe tomar en cuenta las leyes internacionales³¹³, disposición que ha sido interpretada como obligación no solo de referirse a las leyes consuetudinarias del derecho internacional, sino también a tratados y decisiones de cortes internacionales y otras entidades internacionales responsables de monitorear su implementación.³¹⁴

En donde la Constitución no contiene dichas disposiciones, ¿cuál es la base sobre la que las cortes pueden (o deben) tener en cuenta las leyes internacionales? Existe una variedad de posibles respuestas. Aparte de las fuentes y la práctica de muchas cortes en lo que a esto respecta, hay al menos tres justificaciones para interpretar las disposiciones constitucionales a la luz de las normas del derecho internacional y en particular a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos:

³⁰⁹Por ejemplo, la República Federal de Alemania

³¹⁰Por ejemplo, los Países Bajos. Algunos países en Europa (como Austria) le han dado estatus constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque no han hecho lo mismo con los otros tratados principales de derechos humanos.

³¹¹Una permutación adicional involucra constituciones, tales como la australiana, en las cuales la constitucionalidad de una ley en particular podría depender de que sea una implementación adecuada de una obligación del Estado derivada de un tratado.

³¹²Ver, en general, Doherty, Tracy. *Litigation Raising Issues Relating to Women's Human Rights : International and Regional Standards - the Papua New Guinea Experience*, en Byrnes, Andrew; Connors, Jane; y Bik, Lum, Eds. *Advancing the Human rights of Women; Using International Instruments in Domestic Litigation: Papers and Statements from the Asia/South Pacific Regional Judicial Colloquium*, Hong Kong, 20-22 de mayo de 1996. Commonwealth Secretariat, London, 1997, págs. 157-58 (en adelante Hong Kong Colloquium).

La sección 39(3) específicamente afirma "con el propósito de determinar si una ley, asunto o cosa está razonablemente justificada en una sociedad democrática que tiene apropiado interés por los derechos y dignidad de la humanidad, una corte puede tener en cuenta-

...

(b) los Estatutos de Naciones Unidas; y

(c) la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cualquier otra declaración, recomendación o decisión de la Asamblea General de Naciones Unidas que atañe a los derechos humanos y las libertades fundamentales; y

(d) la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus Protocolos, y cualesquiera otras convenciones, acuerdos o declaraciones internacionales que atañen a los derechos humanos y las libertades fundamentales; y

(e) juicios, informes y opiniones de la Corte Internacional de Justicia, la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y otras cortes y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

³¹³Constitución de la República de Africa del Sur, sección 39. La sección correspondiente de la Constitución interina, sección 35, estipulaba que una corte "debe tener en cuenta, en donde aplicase, las leyes internacionales públicas aplicables a la protección de los derechos establecidos en este capítulo, y puede tener en cuenta jurisprudencia extranjera".

³¹⁴S v Makwanyane, 1995 (3) SA 391, págs. 413-14 (Corte Constitucional de Africa del Sur). Ver, en general, Dugard, John. *International Law and the South African Constitution*. 1 *European Journal of International Law* 77 (1997).

- ⊙ **El contexto internacional de y los antecedentes de la redacción de la constitución:** muchas constituciones modernas se han derivado directa o indirectamente de declaraciones internacionales de derechos, o han sido redactadas con conciencia del desarrollo de las leyes internacionales y una expectativa o deseo de que la constitución sea compatible con aquellos estándares internacionales.
- ⊙ **Razones políticas para presumir que las leyes internas sean compatibles con las internacionales:** Es un principio básico de la interpretación normativa en muchos sistemas nacionales que las leyes internas sean interpretadas de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado cuando sea posible. Una razón política para ésto es evitar que el Estado contraiga responsabilidades en el plano internacional por acciones de órganos estatales incompatibles con las obligaciones internacionales. Se puede decir que la misma política tiene igual uso cuando se trata de interpretación constitucional. Para ponerlo de manera más positiva, la pertenencia de un Estado a la comunidad global implica que debería tener en cuenta en sus acciones internas, los estándares que ha aceptado externamente.
- ⊙ **Las normas internacionales como puntos de referencia útiles en términos de aspiración y como guía detallada sobre asuntos particulares:** El argumento aquí es que, aunque la jurisprudencia constitucional puede ser variada y rica, las leyes internacionales de derechos humanos pueden dar una guía sobre asuntos que las leyes nacionales no cubren adecuadamente, pueden ir más allá que las protecciones de las leyes nacionales, o pueden dar más luz que la jurisprudencia nacional existente. El tomar esto en cuenta puede contribuir a la revitalización o la continuación dinámica del desarrollo de la jurisprudencia nacional para que responda a las demandas del mundo moderno.

Las cortes en muchos países han apelado a fuentes internacionales y han justificado sus acciones refiriéndose a argumentos parecidos a los anteriores (entre otros). Por ejemplo, muchas cortes han tomado como punto de partida que las constituciones deben ser interpretadas de manera amplia, y han tomado en cuenta las normas internacionales como parte de un acercamiento generoso a la interpretación. En el notable caso del *Privy Council* del Minister of Home Affairs v Fisher³¹⁵, Lord Wilberforce, después de trazar los orígenes del capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución de Bermuda hasta la Convención Europea y la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmó:³¹⁶

Estos antecedentes y la redacción misma del Capítulo 1, exigen una interpretación generosa, que evite lo que se ha llamado "la austeridad del legalismo plano", adecuado para dar a las personas individuales la justa medida de los derechos y medidas fundamentales a los que se hace referencia.

. . .

El segundo acercamiento (a la interpretación de las disposiciones constitucionales) sería más radical: sería tratar un instrumento constitucional como este como *sui generis*, requiriendo principios de interpretación propios, adecuados a su carácter como ya se describió, sin necesariamente aceptar todas las presunciones que atañen a las normas del derecho privado. . .

³¹⁵(1980) AC 319.

³¹⁶(1980) AC, págs. 328-29.

Esto no es de ninguna manera decir que no hay reglas del derecho que deberían de aplicarse a la interpretación de una Constitución. Una Constitución es un instrumento legal que da origen a, entre otras cosas, derechos individuales que se deben respetar en una corte jurisdiccional. Se deben observar el lenguaje que se ha usado y las tradiciones y costumbres que le han dado significado a él. Es muy consistente con ésto, y con el reconocimiento que las reglas de interpretación podrían aplicar, el tomar como punto de partida para el proceso de interpretación el reconocimiento del carácter y origen del instrumento, y ser guiadas por el principio de dar pleno reconocimiento y efecto a aquellos derechos y libertades fundamentales con una afirmación de la cual la Constitución comienza.

Al responder a la pregunta de si "niño/a" en la Constitución incluía a los y las ilegítimas, Lord Wilberforce tomó en cuenta no sólo la Convención Europea y la Declaración Universal, sino también la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("el Pacto").³¹⁷

El caso, interpretado de manera estricta, ciertamente ofrece justificación para referirse a ciertas fuentes internacionales al interpretar las constituciones de muchas naciones cuyo pedigree se puede rastrear hasta la Convención Europea a través de la constitución uniforme de independencia del "Commonwealth". Sin embargo, el caso debería ser, y ha sido, entendido también como incorporando un principio más amplio de interpretación constitucional.

Se podría afirmar que la mayoría de las constituciones posteriores a 1945 se han redactado con los tratados internacionales de derechos humanos existentes y frecuentemente han recurrido a conceptos y lenguaje internacionales existentes para enmarcar sus garantías de derechos. Sin embargo, como asunto de política internacional, no parece haber una buena razón para que la referencia a instrumentos internacionales deba estar limitada a aquellos en existencia en el momento de la adopción de la Constitución³¹⁸, o para que solamente los capítulos de derechos fundamentales de las constituciones deban ser interpretados a la luz de las normas internacionales. La justificación para referirse a las normas internacionales generalmente se debe encontrar en algún principio más amplio de interpretación constitucional que considera el derecho internacional en desarrollo como una fuente importante de valores y leyes fundamentales.

Afortunadamente, muchas cortes nacionales no se han sentido constreñidas de tomar en cuenta normas internacionales pertinentes en el proceso de interpretación constitucional, considerándolas como un punto de referencia importante para una corte nacional en el mundo moderno (y sin limitar su uso solamente a aquellos tratados de los cuales el Estado es Parte). No obstante, esta perspectiva internacionalista no es la única, ni siquiera la más importante influencia en la interpretación que hacen las cortes. Puede haber tensión entre los valores y supuestos subyacentes al convenio constitucional y las tradiciones nacionales, y los valores y metas de los

³¹⁷(1980) AC, pág. 330 (señalando que aunque los dos últimos instrumentos no eran legalmente obligatorios cuando se adoptó la Constitución, "ciertamente no se pueden obviar como influencias sobre la política legislativa").

³¹⁸De hecho, éstos pueden haberse vuelto obsoletos y haber sido reemplazados por instrumentos con diferentes supuestos. Ver, por ejemplo, Re A (Niños: Declaración de Naciones Unidas de 1959), (1998) 1FLR 354, pág. 358 (Corte de Apelaciones de Inglaterra), en el cual la Corte Inglesa de Apelaciones echó abajo una decisión de una corte inferior en la cual el juez había estado muy influenciado por el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la cual disponía que una criatura de corta edad no debería, a no ser por circunstancias excepcionales, ser separada de su madre. La Corte de Apelaciones dudó de la pertinencia de la Declaración de cuarenta años de edad, especialmente en vista de que la subsiguiente adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño no incluía una disposición similar. Sin embargo no se hizo referencia al Artículo 24 del Pacto o a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad en el matrimonio, ni a la Convención de la CEDAW ni a las recomendaciones generales de la CEDAW sobre la igualdad de la vida en familia, los cuales hubieran sido pertinentes.

instrumentos internacionales de derechos humanos.³¹⁹ Sin embargo, las cortes nacionales parecen estar preparadas, con diferentes niveles de interés, a tomar en cuenta las normas de derechos humanos internacionales cuando interpretan las disposiciones constitucionales.

Por ejemplo, al interpretar la Carta Constitucional Canadiense de Derechos y Libertades, la Corte Suprema de Canadá se ha referido a normas internacionales de derechos humanos, incluyendo aquellas a las cuales Canadá no estaba ligada e instrumentos adoptados antes y después de la adopción de la Carta.³²⁰ De manera similar, la Corte Suprema de India ha sostenido en varias ocasiones que, aunque los tratados no se convierten automáticamente en parte de la legislación interna bajo la Constitución de la India, al ser ratificadas, las convenciones internacionales son pertinentes para la interpretación constitucional. En un caso reciente la Corte afirmó que "no hay ninguna razón por la cual estas convenciones y normas internacionales no puedan... ser usadas en la interpretación de los derechos fundamentales que la Constitución de la India expresamente garantiza"³²¹ y ha referido en casos recientes al Pacto, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de la CEDAW y varias declaraciones de las Naciones Unidas. En Vishaka la corte se refirió a la pertinencia de estas fuentes internacionales para la interpretación de las garantías constitucionales de la manera siguiente:³²²

El significado y contenido de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución de India son lo suficientemente amplios para abarcar todas las facetas de igualdad de género, incluida la prevención del hostigamiento o abuso sexual... En ausencia de leyes internas estatuidas, las convenciones y normas internacionales se deben interpretar como propias, y deben ocupar el campo cuando no hay incongruencia entre ellas. Hoy ya es regla aceptada el tener en cuenta las normas y convenciones internacionales para la interpretación de las leyes internas, cuando no hay incongruencia entre ellas y hay un vacío en las leyes internas.

En años recientes, un número de cortes de países del "Commonwealth" (especialmente aquellas en el sur de Africa), han adoptado enérgicamente la jurisprudencia internacional para la interpretación de las garantías constitucionales nacionales, incluyendo tratados de los cuales el Estado interesado no es parte, así como también aquellos bajo los cuales está obligado.³²³ Otras

³¹⁹Ver, por ejemplo, el acercamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Stanley v Georgia*, 492 US 361, pág. 369 (1989) (sosteniendo, en relación a la garantía de la 8va Enmienda contra el castigo cruel o inusual, que eran las concepciones de EEUU más que las internacionales las que eran determinantes).

³²⁰Ver en general, Bayefsky, Anne F. *International Human Rights Law: Use in Canadian Charter of Rights and Freedoms Litigation*. Butterworths, Toronto, 1992.

³²¹*Vishaka v Rajasthan*, AIR 1997 SC 3011, pág. 3015. (1998) 3 BHRC 261. Ver también *Nilabati Behera v State of Orissa* 1993 AIR SC 1960, pág. 1970.

³²²AIR 1997 SC, pág. 3015.

³²³Ver, por ejemplo, *Attorney General of Botswana v Unity Dow* (1991) LRC (Const) 574 (Corte Superior de Botswana); (1992) LRC (Const) 623 (Corte de Apelaciones de Botswana); *State v Ncube*, 1990 (4) SA 151 (Corte Suprema de Zimbabwe); *In re Corporal Punishment*, 1991 (3) SA 76 (Corte Suprema de Namibia); *Rattigan v Chief Immigration Officer of Zimbabwe* (1994) 103 ILR 224, (1994) 1 LRC 343, 1995(2) SA 182 (Corte Suprema de Zimbabwe). Ver en general Dugard, John. *The Role of Treaty-Based Human Rights Standards in Domestic Law: The Southern African Experience*, en Alston, Philip y Crawford, James, Eds. *The Future of the UN Human Rights Treaty System*. Cambridge University Press, Cambridge (por salir en 1998).

cortes, o juezas/es individuales, han expresado opiniones similares,³²⁴ o simplemente han recurrido a fuentes internacionales.³²⁵

Una apertura similar han demostrado juezas/es del "Commonwealth", participantes en varios coloquios judiciales organizados bajo los auspicios de la Secretaría del Commonwealth (en colaboración con otras organizaciones) desde 1988, tanto en relación con el uso general de las normas internacionales de derechos humanos³²⁶, como con su utilización para el adelanto de los derechos humanos de las mujeres.³²⁷

Aparte de los casos en que hay un mandato constitucional de tomar en cuenta o aplicar las leyes internacionales, o en dónde la constitución manda recurrir a ellas, la elección de acudir a esta jurisprudencia queda muy en manos de las cortes. La siguiente sección analiza algunos de los factores que influyen cuando y cómo las y los jueces utilizan las normas internacionales en su trabajo.

2. Factores de influencia en el uso que hacen las y los jueces de las normas internacionales en la interpretación constitucional

Existe una cantidad importante de estudios en el campo de la legislación internacional, que analiza las posiciones que asumen los juzgados nacionales en asuntos de legislación internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos. Los resultados de los estudios, realizados por personas doctas en derecho internacional a través de una gama de países, son muy similares, y exhiben un registro irregular en el uso que hacen las y los jueces de la legislación internacional.³²⁸ También es evidente en los estudiosos la frustración, y una cierta impaciencia, por la resistencia de las cortes nacionales a tomar en cuenta y a aplicar las normas internacionales, los errores que a veces se cometen cuando se trata con esas fuentes de derecho, y quizá lo más desesperanzador de todo, la extendida falta de conciencia de - o indiferencia por - las normas internacionales pertinentes entre muchas personas del poder judicial y de la profesión legal. Este tipo de estudios frecuentemente identifica como principales problemas la falta de capacitación suficiente en derecho internacional en las facultades de derecho y en la posterior capacitación de juezas/es y abogadas/os, una falta de conocimiento de las normas de derechos humanos en particular, y la ausencia de medios para mantenerse al día con los últimos desarrollos en el campo. La medicina recetada para estas carencias normalmente incluye la adopción de medidas que garanticen que juezas/es y abogadas/os sean adecuadamente capacitadas/os en el

³²⁴Ver, por ejemplo, Kirby J. en *Kartinyeri v Commonwealth* (1998) 152 ALR 540, pág. 598 (HCA), quien comenta: "En donde la constitución es ambigua, la corte deberá adoptar aquel significado que se acomoda a los principios de los derechos fundamentales universales, más que a una interpretación que involucraría un alejamiento de tales derechos", citando a Cooke, P. en *Tavita v Minister of Immigration* (1994) 2 NZLR 257, pág. 266 (Corte de Apelaciones de Nueva Zelandia) (quien se refiere al "deber del juzgado de interpretar y aplicar las constituciones nacionales a la luz de la universalidad de los derechos humanos").

³²⁵Ver, por ejemplo, *Athurkorale v Attorney General of Sri Lanka* (1997) 2 BHRC 610 (Corte Suprema de Sri Lanka).

³²⁶Ver, en general, *Commonwealth Secretariat and Interights. Developing Human Rights Jurisprudence: Conclusions of Judicial Colloquia and other meetings on the Domestic Application of International Human Rights Norms and on Government under the Law 1988-92. Commonwealth Secretariat and Interights, London, 1992.* Para el más reciente coloquio, ver *Georgetown Conclusions, del Caribbean Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms, Georgetown, Guyana, 3-5 de septiembre 1996.* 23(1-2) *Commonwealth Law Bulletin* 573 (1997).

³²⁷La Secretaría del Commonwealth ha sostenido tres coloquios judiciales regionales enfocados en el uso de las normas internacionales de derechos humanos en la litigación interna para adelantar los derechos de las mujeres (Victoria Falls, Zimbabue en 1994; Hong Kong en 1996; y Georgetown, Guyana en 1997). Ver la Declaración de Victoria Falls y las Conclusiones de Hong Kong, en *Hong Kong Colloquium*, op. cit., págs. 3, 6. Las Conclusiones de Hong Kong también aparecen en 23 (1-2) *Commonwealth Law Bulletin* 575 (1997). *Georgetown Recommendations and Strategies for Action on the Human Rights of Women and the Girl-Child* aparecerán en las actas del coloquio, que publicará la Secretaría del Commonwealth a finales de 1998.

³²⁸Ver, por ejemplo, los ensayos en *Conforti y Francioni*, op. cit.

área, y la búsqueda de formas que aseguren que la información de actualidad sea asequible en los tribunales y gremios.

Aunque los diagnósticos son bastante acertados, la historia también tiene otra cara, y es que las y los jueces tienen una preocupación, válida, por las implicaciones de una acogida muy entusiasta de tratados no incorporados por la legislatura directamente en el derecho interno. Mucha de la renuencia, vista en muchos países, a un uso más amplio de las normas de derechos humanos yace en la preocupación por esta tradicional separación de poderes. También hay otras preocupaciones, como son: la falta de jurisprudencia internacional útil para la resolución de un asunto bajo las leyes nacionales; el hecho de que la jurisprudencia internacional pueda no reflejar el contexto particular nacional; y la falta de razonamiento persuasivo en algunas resoluciones internacionales.

Hay, por supuesto, validez considerable en ambos lados de la discusión. Sin embargo, el reto, desde una perspectiva internacionalista, es tratar de crear las condiciones que mejor llevarían a un uso sensato de la legislación internacional de derechos humanos por los poderes judiciales nacionales. La meta es que juezas/es y abogadas/os estén en posición de poner en práctica la jurisprudencia en derechos humanos de manera que asegure la más eficaz protección de los derechos humanos, sea como guía general, como precedente detallado, como legislación nacional directamente aplicable, o como ayuda para la interpretación normativa. Al hacerlo, es importante tener en mente que la mayoría de las y los jueces nacionales trabajan desde una base de la legislación interna, y que para ellas/os, las leyes internacionales a lo mejor suplementan, influyen, y ocasionalmente, pueden tener poder sobre las leyes internas. Por lo tanto, es natural que vean las fuentes y argumentos del derecho internacional a través del a veces parroquial lente del sistema legal nacional.

Existe un sinúmero de factores que influyen la apertura de un sistema de cortes nacionales a la legislación internacional, y que estimulan (o desestimulan) el uso de las normas internacionales de derechos humanos en casos internos:

- ⊙ **Perspectiva y posición de las y los jueces:** la voluntad de las y los jueces de acudir a la legislación internacional es crítica, especialmente por el mensaje que la posición de las y los jueces le manda a la profesión legal y a otros. Esto se verá influenciado por su entrenamiento (aunque hayan sido entrenados en legislación internacional, muchos lo fueron antes de la explosión de normas y tratados sobre derechos humanos de los últimos veinte años), las posibilidades de mantenerse al tanto de los desarrollos en el campo (ya sea de manera independiente o a través de los esfuerzos de las directivas de estudios judiciales), y la apertura general de juezas y jueces para tomar en cuenta fuentes de otras jurisdicciones.
- ⊙ **Papel de los y las abogadas:** en el sistema contradictorio que existe en la mayoría de los países bajo el sistema del "*common law*", el papel del/a abogada/o de traer material pertinente a la corte, educar a la corte, y estimular a la corte para que tome en cuenta nuevos acercamientos o fuentes, es crítico (por supuesto que también pasa al revés). Esto significa que es importante para las personas que pertenecen a la profesión ser bien formadas y estar al día en el área de la legislación internacional en derechos humanos - una meta para las facultades de derecho y la capacitación posterior de los y las graduadas.
- ⊙ **El sistema constitucional dentro del cual el trabajo interpretativo se lleva a cabo:** los supuestos y orígenes históricos y políticos de una constitución son, desde el punto de vista nacional, críticos para la interpretación de sus disposiciones por las cortes nacionales. Una constitución puede ser un acuerdo negociado por la comunidad, a la luz de las preocupaciones

y prioridades de esa sociedad en su especificidad histórica - estas perspectivas pueden fundamentalmente orientar la perspectiva de las cortes en su interpretación, y las normas internacionales pueden no ser completamente congruentes con esos antecedentes.

- ⊙ **Conocimiento actualizado y acceso a fuentes:** la proliferación de material sobre derechos humanos ha hecho difícil, aún para aquellas personas especialistas en el área, mantenerse al día.³²⁹ Para las personas no especializadas es aún más difícil. Aunque mucho del material se está publicando para que sea asequible de manera comercial,³³⁰ a menudo es demasiado caro. La barrera se está aliviando un poco por la accesibilidad del material vía INTERNET (esto, por supuesto, supone acceso a la red).
- ⊙ **Percepción de la utilidad de los materiales internacionales:** No hay muchas probabilidades de que juezas/es y abogadas/os en ejercicio consagren una parte importante de su tiempo a familiarizarse con fuentes que ellos consideran que agregan poco a sus principales deliberaciones. Aparte de las normas de naturaleza muy general (que es el caso también con muchas normas constitucionales), y a pesar de la expansión de la jurisprudencia internacional, ésta a menudo ofrece una guía muy general y a veces ni siquiera en el área bajo análisis, en la cual la jurisprudencia nacional puede ser extensa y sofisticada. A veces los fallos internacionales de derechos humanos son medianamente escuetos y esquemáticos en sus razonamiento, lo cual los vuelve poco convincentes para las y los jueces nacionales, acostumbradas/os a argumentos más elaborados para apoyar conclusiones. Es más, la jurisprudencia internacional está mezclada, en algunos casos siendo más liberal y de avanzada que la jurisprudencia nacional en cuestión, y en otros, bastante conservadora; ésto para poner el asunto en términos negativos. Hay gran cantidad de material pertinente asequible, de razonamiento claro y bien desarrollado, que puede influenciar la toma de decisiones. El reto para abogadas/os y juezas/es es identificar aquel material que le puede ser útil.
- ⊙ **Legislación nacional existente:** en muchas áreas, la legislación nacional tendrá una sofisticada y desarrollada jurisprudencia, la cual podría ofrecer igual, o mejor, protección que aquella asequible bajo las normas de la legislación internacional. Por supuesto, lo contrario puede darse también. El reto es evitar la trampa del parroquialismo, al asumir que la legislación nacional invariablemente ofrece una protección más extensa - porque a veces no lo hace.
- ⊙ **La revisión de resoluciones nacionales por un organismo internacional (cuasi-) judicial:** en aquellos casos en los cuales un/a litigante que no ha tenido éxito en el sistema legal nacional lleva su caso ante una corte internacional u organismo adjudicatorio, el cual se pronuncia sobre si el Estado ha violado el derecho pertinente, el poder judicial nacional tiende a verse estimulado a tomar más interés en el contenido de la obligación internacional como lo ha interpretado el organismo. A menudo, ésto lleva al poder judicial nacional a esforzarse, en casos posteriores, por interpretar los estatutos y garantías constitucionales internas de manera congruente con una interpretación hecha por el organismo internacional. El impacto sobre las

³²⁹Por ejemplo, en sus primeros 20 años de existencia (1958-78) la Corte Europea de Derechos Humanos dictó sentencia en cerca de 40 juicios. A mediados de 1998 lo había hecho en unos 650 casos. A finales de 1977 el Comité de Derechos Humanos empezó a publicar sus primeros fallos bajo el Protocolo Opcional al Pacto; para junio de 1998 había registrado alrededor de 818 casos bajo el procedimiento y había dictado fallos en unos 528 casos (244 fueron declarados inadmisibles y opiniones fueron emitidas en 284 casos). La Corte Interamericana de Derechos Humanos no existía en esa época, ni tampoco la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. A nivel nacional, la Declaración de Canadá no había sido adoptada, y sólo tres de los seis principales tratados de derechos humanos de la ONU habían sido adoptados.

³³⁰Por ejemplo, series recientes incluyen: The International Human Rights Reports; Butterworths Human Rights Cases; y el Commonwealth Human Rights Law Digest. Estos se agregan a las ya existentes: European Human Rights Reports; International Law Reports; y las publicaciones oficiales de los organismos interesados.

cortes inglesas de la aceptación del Reino Unido del procedimiento de demandas individuales bajo la Convención Europea de Derechos Humanos parece confirmar ésto. La experiencia en algunos países que han aceptado la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Opcional al Pacto también muestra la influencia de la asequebilidad de una instancia internacional.³³¹ Sin embargo, en la región asiática, pocos países han aceptado la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos u otros procedimientos de denuncia internacionales bajo los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas.³³²

Aún cuando las cortes nacionales tomen en cuenta las normas y jurisprudencia internacionales, es raro que ésto sea determinante para una decisión que éstas alcancen. Excepto en un caso claro en donde la regla internacional es formalmente parte de la legislación nacional y determinante del asunto³³³, o en que un tribunal internacional se ha pronunciado directamente en el punto en cuestión contra el Estado interesado, las normas internacionales brindan apoyo para un argumento que se basa en las leyes internas y el análisis comparativo del derecho.³³⁴ No obstante, el efecto cumulativo de las normas internacionales es importante, y hay un número significativo de casos en los cuales éstas han sido influencia directa e importante sobre la decisión de una corte nacional.

C. La legislación internacional en derechos humanos: Las principales instituciones y tipos de fuentes

1. Materiales y organismos internacionales de derechos humanos

Hoy existe un enorme caudal de instrumentos y jurisprudencia internacionales de derechos humanos (incluyendo instrumentos regionales), y otras formas de práctica bajo ellas, para no mencionar el exceso de casos nacionales que se basan en este material en el proceso de hacer cumplir o de desarrollar la legislación interna. El propósito de esta sección es el de dar un vistazo general a los principales tipos de fuentes que pueden ser de utilidad en la interpretación constitucional o legislativa, y que tienen probabilidades de ser citados en las cortes por

³³¹Ver el punto de vista de Brennan, J. de la Alta Corte (*High Court*) de Australia en *Mabo v Queensland (No 2)* (1995) 175 CLR 1, pág. 42: "La apertura de recursos internacionales a personas individuales, de acuerdo con la adhesión de Australia al Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, imprime al *common law* la poderosa influencia del Pacto y de las normas internacionales que éste impone."

³³²Desde junio de 1998, los únicos países en Asia/Australasia que se habían sometido al procedimiento de demandas individuales bajo el Protocolo Opcional del Pacto eran: República de Korea, Nepal, Filipinas, Sri Lanka, Australia y Nueva Zelanda.

³³³Aún así, la jurisprudencia nacional comparada de un sistema similar en ese asunto puede ser más persuasiva, como frecuentemente ha sido el caso bajo la Declaración de Derechos Humanos de Hong Kong, en que se confía más directamente en casos de la Carta Constitucional Canadiense que en la jurisprudencia internacional.

³³⁴Por ejemplo, en un caso reciente en Nueva Zelanda que involucraba una demanda de discriminación indirecta en base al origen nacional, *Cartwright, J.* tuvo la tarea de interpretar legislación en derechos humanos que expresamente afirmaba la intención de que se hicieran cumplir los tratados internacionales. No obstante, sus comentarios eran igualmente aptos para la pertinencia de los materiales internacionales para la interpretación de instrumentos constitucionales:

Cualquier análisis de políticas que puedan directa o indirectamente discriminar debe ser hecho a la luz de los principios y la experiencia internacionales como se afirma en las convenciones y convenios pertinentes y, en donde sea apropiado, se puede buscar asistencia en casos del extranjero, ya sean dirigidos a asuntos internos o que salen de declaraciones de comités y coloquios internacionales. Cualquiera sea la asistencia que se logra es sólo eso: asistencia. Ninguno de los principios o afirmaciones son obligatorios en las Cortes Neozelandesas. Sin embargo, sí crean un trasfondo sobre el cual se pueden colocar las obligaciones y acatamientos de Nueva Zelanda.

Northern Regional Health Authority v Human Rights Commission (1997) 4 HRNZ 37, págs. 57-58 (Corte Superior de Nueva Zelanda).

abogadas/os. La primera parte de la sección repasa brevemente tratados de aplicación general; la segunda describe en detalle la gama de instrumentos internacionales específicos para mujeres.

Principales fuentes de normas

Se pueden identificar, para los presentes propósitos, dos fuentes institucionales principales de normas:³³⁵ el sistema de Naciones Unidas y los sistemas regionales (el del Consejo de Europa, el Interamericano y el Africano).

Instrumentos de Naciones Unidas

Bajo el sistema de Naciones Unidas existen dos tipos principales de instrumentos adoptados en el campo de los derechos humanos: a) instrumentos que no derivan de tratados, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los cuales en sí no son legalmente vinculantes (aunque pueden contribuir a la formación de reglas de derecho internacional consuetudinario o pueden ser usados como guía para la interpretación de disposiciones de tratados obligatorios); y b) tratados, cuyas disposiciones obligan formalmente a un Estado, como un asunto de legislación internacional, una vez el Estado lo ha ratificado o ha accedido a él.

Existen numerosos tratados de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos. Seis son de particular importancia, porque bajo cada uno de ellos se ha establecido un organismo de monitoreo, el cual revisa informes de los Estados Parte. Esos seis tratados y sus respectivos organismos de monitoreo son:

- ⊙ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 (Comité de Derechos Humanos)
- ⊙ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966 (Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales)
- ⊙ Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación Racial 1965 (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial)
- ⊙ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer 1979 ("CEDAW") (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer)
- ⊙ Convención Contra la Tortura 1984 (Comité contra la Tortura)
- ⊙ Convención sobre los Derechos del Niño 1989 (Comité para los Derechos del Niño)

Bajo cada uno de los tratados, los Estados Parte están obligados a rendir informes regularmente para que el organismo del tratado los analice. Después de la revisión, el comité del tratado adoptará "conclusiones", que resumen sus opiniones sobre los éxitos y deficiencias de la implementación del tratado por el Estado. Además, bajo el Primer Protocolo Opcional del Pacto, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre Discriminación Racial, el comité respectivo tiene competencia de recibir denuncias de personas individuales contra Estados que hayan

³³⁵La lista aquí está restringida a los principales sistemas de derechos humanos. La Organización Internacional de Trabajo debe de mencionarse por sus muchas convenciones y recomendaciones que tratan con asuntos de derechos humanos en el área laboral, incluyendo muchas convenciones específicas de género. Decisiones tomadas bajo los varios procedimientos de demanda de la OIT probablemente podrían ser pertinentes a la litigación interna. De particular importancia son los informes del Comité sobre Libertad de Asociación del Organismo Regulador sobre demandas de violaciones a los derechos laborales fundamentales, así como también los informes temáticos y de países del Comité de Expertas/os en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones sobre los esfuerzos de países individuales para implementar las convenciones.

Otros sistemas internacionales también pueden ofrecer material útil, e.g. la creciente colección de jurisprudencia en derechos humanos bajo la legislación de la Comunidad Europea, y el trabajo de la Organización para Seguridad y Cooperación en Europa. Otros tribunales internacionales también producen material que puede ser pertinente, e.g. la Corte Internacional de Justicia y los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, en la interpretación del derecho internacional humanitario.

aceptado el procedimiento. Estas resultan en la adopción de "opiniones" por el comité sobre los méritos del caso. Finalmente, algunos comités adoptan "recomendaciones o comentarios generales" en las cuales establecen de manera detallada su interpretación sobre disposiciones y artículos concretos de las convenciones.

Los sistemas regionales de derechos humanos

Consejo de Europa:

Dentro del Consejo de Europa existen dos instrumentos generales de derechos humanos principales: la Convención Europea sobre Derechos Humanos (y una cantidad de Protocolos Adicionales) y la Declaración Social Europea (también con un Protocolo Adicional). La primera cubre principalmente los derechos civiles y políticos tradicionales, y la segunda, los económicos y sociales.

La Convención Europea sobre Derechos Humanos estableció un procedimiento para la recepción de denuncias individuales opcional, bajo el cual las denuncias se procesaban a través de la Comisión Europea de Derechos Humanos antes de proceder, en los casos permitidos, al Comité de Ministros para una decisión final, o a la Corte Europea de Derechos Humanos para una sentencia obligatoria (la supervisión de cuya implementación se le encomendaba al Comité de Ministros).³³⁶

Las materias que más probabilidades tienen de llegar ante las cortes internas son fallos e informes de la Comisión Europea de Derechos Humanos y sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Además, éstas son asequibles en Internet, en el website del Consejo de Europa.³³⁷

Bajo la Carta Social Europea, los Estados Parte rinden informes que son analizados por el Comité de Expertas/os Independientes de la Carta. El Comité produce "conclusiones" en informes que publica el Consejo de Europa, las cuales pueden ayudar en la interpretación de garantías de derechos económicos y sociales.³³⁸

Sistema Interamericano (Organización de Estados Americanos):

Dentro de la OEA, los dos principales instrumentos generales son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 (con un Protocolo Adicional de Derechos Económicos y Sociales). Todos los miembros de la OEA pueden ser sujetos de denuncias que alegan violaciones a la Declaración - éstas son analizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la OEA. Además, las partes que ratifican la Convención Americana aceptan la jurisdicción de la Comisión para analizar las denuncias que alegan violaciones a la Convención, las cuales pueden luego ser enviadas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos apropiados. La Comisión también tiene el poder de iniciar investigaciones de la situación de los derechos humanos en cualquier país miembro y de preparar informes.

³³⁶El procedimiento ha sido recientemente reorganizado, con la principal característica siendo la abolición de la Comisión y el establecimiento de una nueva corte cuyos miembros/os serán jueces a tiempo completo.

³³⁷<http://www.coe.fr/>

³³⁸Un sistema de demandas colectivas ha sido adoptado recientemente bajo la Convención; los fallos bajo esto también pueden ser de ayuda.

De esta manera, los tipos de materiales con más probabilidades de llegar hasta una corte interna, serían los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casos individuales bajo la Declaración o la Convención,³³⁹ sentencias u opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o informes de la Comisión sobre situaciones en países. En años recientes éstas han comenzado a ser asequibles en el website de la Organización de Estados Americanos.³⁴⁰

Sistema Africano (Organización de Unidad Africana):

El principal instrumento general de derechos humanos dentro de la OUA es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.³⁴¹ La Carta establece la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,³⁴² la cual tiene la jurisdicción de recibir demandas que alegan violaciones a la Carta, y en los últimos años ha comenzado a investigar y a adoptar informes sobre dichos casos. Serían los informes de la Comisión sobre tales casos los que tendrían más probabilidades de ser citados en la jurisdicción interna.

2. Instrumentos de derechos humanos específicos de género

La preocupación internacional con la situación de las mujeres y el reflejo de ella en tratados que regulan campos particulares de la actividad social, no es un fenómeno nuevo, y en algunos casos data desde finales del siglo 19 (o aún antes).³⁴³ Las siguientes son las principales áreas por tema que han sido tratadas por los instrumentos internacionales específicos sobre las mujeres, adoptados en los últimos cien años:³⁴⁴

- ⊙ **Convenciones sobre tráfico:** esas convenciones originalmente se dirigían hacia el llamado "tráfico de blancas" (aunque se puede señalar que las más tempranas convenciones contra la esclavitud también trataban violaciones a los derechos humanos de los cuales las mujeres eran víctimas). Desde las convenciones del siglo 19 ha habido una regular revalidación de prohibiciones de, o regulación de, varios aspectos del tráfico de mujeres, incluyendo la prostitución y la explotación de otras dentro de las fronteras nacionales, así como también fuera de ellas.
- ⊙ **Convenciones internacionales de trabajo:** estas convenciones, adoptadas dentro del sistema de la Organización Internacional del Trabajo, han buscado regular las condiciones laborales de las mujeres trabajadoras, específicamente como grupo; incluyen las convenciones relacionadas con el trabajo nocturno y subterráneo de las mujeres, protección a la maternidad, igual remuneración y no discriminación en el empleo y en la profesión.
- ⊙ **Convenciones que tratan sobre asuntos específicos de derechos civiles y políticos y estatus legal:** éstas, adoptadas después de la Segunda Guerra Mundial dentro de las

³³⁹O bajo uno de los otros tratados de derechos humanos de la OEA, tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura 1986, 25 ILM 519, o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 1994 (Convención de Belém do Pará), 33 ILM 1534.

³⁴⁰<http://www.oas.org/>

³⁴¹(1982) 21 ILM 58

³⁴²Actualmente existen propuestas para establecer una Corte Africana de Derechos Humanos que están siendo analizadas dentro del sistema de la OUA.

³⁴³Para una discusión más detallada sobre los tipos de convenciones y las posiciones hacia las mujeres que los apoyan, ver Byrnes, Andrew. Human rights instruments relating specifically to women, with particular emphasis on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, en Hong Kong Colloquium, op. cit., págs. 40-41 (y las fuentes citadas allí).

³⁴⁴Ver la lista de convenciones en idem., pág. 55.

Naciones Unidas por la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, versan sobre áreas en las cuales las mujeres podrían enfrentar problemas particulares por causa de leyes nacionales discriminatorias, y necesitan acciones correctivas para poner la situación de la mujer a un nivel similar al de los hombres; éstas incluyen instrumentos relacionados a la nacionalidad de las mujeres casadas y los derechos políticos de las mujeres y las convenciones relacionadas con la edad mínima para el matrimonio e inscripción de matrimonio.

- ⊙ **Instrumentos comprensivos de discriminación sexual:** Estos instrumentos hacen un llamado a los Estados para que eliminen la discriminación contra las mujeres a través de una amplia gama de áreas, incluyendo tanto los derechos políticos y civiles como los económicos, sociales y culturales. Los principales ejemplos de este tipo de instrumento son la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1967, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979.
- ⊙ **Instrumentos que tratan sobre la violencia contra las mujeres:** éstos reflejan la creciente preocupación al nivel internacional con la violencia contra las mujeres; aunque son convenciones específicas para un asunto, representan un cambio importante de perspectiva en varios sentidos. Los instrumentos más importantes son la Declaración de la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres³⁴⁵ y la Convención Interamericana sobre la Violencia Contra las Mujeres.³⁴⁶

Esta sección se enfoca en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ya que este es el convenio internacional más comprensivo entre los que tratan de asuntos de igualdad de género, e incorpora muchas de las normas contenidas en las anteriores convenciones, más específicas.

a. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer fue adoptada en 1979 y entró en vigencia en setiembre de 1981.³⁴⁷ Para setiembre de 1998 habían 162 Estados Partes de la Convención.³⁴⁸

³⁴⁵Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, GA RES 48/104 (1994), 1 IHRR 329.

³⁴⁶Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (1994) 33 ILM 1534.

³⁴⁷Dos recientes comentarios tipo libro sobre la Convención son Rehof, Lars Adam. Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993; Asociación Japonesa de Derechos Internacionales de las Mujeres. Commentary on the Convnetion on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Asociación Japonesa de Derechos Internacionales de las Mujeres, Bunkyo, 1995. Para una bibliografía detallada sobre la Convención y asuntos relacionados, ver Cook, Rebecca J. y Oosterveld, Valerie. A Select Bibliography of Women's Human Rights. 44 American University Law Review 1429 (1995). Esta bibliografía está actualizada y es asequible a través del Internet por Laskin Law Library de la Universidad de Toronto. La dirección es http://www.law.utoronto.ca/pubs/h_rgths.htm.

Además de las obligaciones sustantivas aceptadas por los Estados que se hacen parte de la Convención, los Estados también aceptan la obligación, bajo el Artículo 18 de la Convención, de rendir informes regularmente sobre los pasos tomados para implementarlas. Estos se deben rendir al año de que la Convención entra en vigor para el Estado interesado, y cada cuatro años de ahí en adelante. Estos informes los analiza el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer ("CEDAW"), un órgano establecido de acuerdo con el Artículo 17 de la Convención, formado por 23 expertas independientes elegidas para servir a título personal por los Estados Partes de la Convención. El procedimiento de rendir informes es el único procedimiento de monitoreo o de hacer cumplir la Convención, establecido por ésta, obligatorio para los Estados Partes, aunque en la actualidad se trabaja en un protocolo opcional a la Convención que establecerá un procedimiento de denuncias individuales.³⁴⁹

b. El Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el producto de su trabajo

Para julio de 1998, el Comité había sostenido 19 sesiones desde sus inicios en 1982.³⁵⁰ Durante esas sesiones, el Comité ha analizado docenas de informes rendidos por los Estados Partes de la Convención, sobre las medidas que han tomado para implementar sus obligaciones bajo la Convención. Además, el Comité ha llevado a cabo una considerable cantidad de otros tipos de trabajos, apoyando conferencias internacionales sobre mujeres, y otros temas, y en la elaboración de sugerencias y recomendaciones generales bajo la Convención.

Como con otros órganos creados por convenios, en el trabajo del Comité hay cuatro tipos de documentación que son de particular importancia:³⁵¹

☉ La Convención en sí

³⁴⁸Tratados multilaterales depositados en la Secretaría General. Naciones Unidas, Nueva York (en adelante Tratados multilaterales), como se conseguían al 10 de septiembre 1998 en <http://www.un.org/Depts/Treaty>.

³⁴⁹Para la historia y contenido del borrador del protocolo opcional, ver en general Wörgetter, Aloisia. *The Draft Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. 2 *Austrian Review of International and European Law* 261 (1997); Byrnes, Andrew. *Slow and Steady wins the Race? The Development of An Optional Protocol to the Women's Convention*, en *Proceedings of the 91st Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1997, pág. 383; O'Hare, Ursula. *Ending the 'Ghettoisation': The Right of Individual Petition to the Women's Convention*. 5 *Web Journal of Current Legal Issues* (1997); Byrnes, Andrew y Connors, Jane. *Enforcing the Human Rights of Women: A Complaints Procedure for the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?*. 21(3) *Brooklyn Journal of International Law* 679 (1996); Evatt, Elizabeth. *The Right to Individual Petition: Assessing its Operation before the Human Rights Committee and its Future Application to the Women's Convention on Discrimination*, en *Proceedings of the 89th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 1995, pág. 227.

³⁵⁰Los informes del Comité sobre el trabajo en sus sesiones están incluidos en su informe a la Asamblea General, publicado como suplemento (en general, Supplement No 38) de los Documentos Oficiales de la Asamblea General, y se pueden obtener en los idiomas oficiales de Naciones Unidas en la División para el Adelanto de las Mujeres, Naciones Unidas, Nueva York. Documentos de sesiones anteriores del Comité se encuentran en Naciones Unidas, *The Work of CEDAW: Reports of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)*, volume 1 (1982-1985). United Nations, New York, 1989. UN Sales No. E.89.IV.4; Naciones Unidas, *The Work of CEDAW: Reports of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)*, volume 2 (1986-1987). United Nations, New York, 1990. UN Sales No. E.90.IV.4. Para una revisión del trabajo del Comité hasta la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, ver *Report on the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) on the Progress achieved in the implementation of the Convention*, UN Doc. CEDAW/C/1995/7 (1995), reproducido como Document 115 en *The United Nations and the Advancement of Women 1945-1995*, United Nation Blue Book Series. Vol. 6. United Nations, New York, 1995, pág. 511. Muchos documentos recientes del Comité e información sobre él y sus miembros/os se pueden encontrar en el WWW site de la División para el Adelanto de las Mujeres. La dirección es <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>.

³⁵¹Mientras que la presente discusión está centrada en la Convención de la CEDAW, la experiencia con los principales tratados de derechos humanos de la ONU ha sido similar y se puede aprender mucho analizando las estrategias empleadas bajo esos tratados.

- ⊙ Las recomendaciones generales del Comité
- ⊙ Los comentarios finales de la CEDAW para países individuales
- ⊙ Los informes al Comité de Estados individuales (y el registro de la discusión de esos informes entre el Comité y el gobierno)

Mientras que la Convención en sí puede ser bien conocida por muchas personas, los otros productos del Comité y los Estados Partes de la Convención no lo son. Sin embargo, son estos documentos los que ofrecen contenido en detalle para las estipulaciones de la Convención, redactadas de manera general (en el caso de las recomendaciones generales), muestran la pertinencia de las normas de la Convención a la situación de un país en particular (los comentarios finales adoptados después del informe de un país), y ofrecen una fuente de información comparada sobre cómo otros Estados Partes (y el propio) avanzan en la implementación de la Convención.

Recomendaciones generales

Bajo el Artículo 21 de la Convención, el CEDAW tiene el poder de hacer "sugerencias y recomendaciones generales" a los Estados Partes. El Comité ha usado este poder para elaborar su entendimiento de artículos particulares de la Convención, o de cómo ésta se aplica a asuntos temáticos (como la violencia contra las mujeres). Las más recientes y las futuras recomendaciones generales probablemente serán de gran utilidad para apoyar argumentos basados en la Convención, dentro y fuera de las cortes.

Para julio de 1998, el Comité había adoptado 23 recomendaciones generales.³⁵² Aunque varias de las Recomendaciones generales anteriores son útiles, son breves; en 1992 el Comité empezó a adoptar recomendaciones más detalladas. Las tres más detalladas adoptadas hasta la fecha son Recomendación general 19 (1992) que trata de la violencia contra las mujeres, la 21 (1994) sobre igualdad en el matrimonio y la familia (incluye asuntos de nacionalidad),³⁵³ y la 23 (1997) sobre la igualdad de las mujeres en la vida política y pública. Cada una de estas recomendaciones generales establece en detalle el significado que le da el Comité a los artículos de la Convención y hace recomendaciones detalladas a los Estados Partes sobre los pasos a tomar para cumplir sus obligaciones bajo el tratado.

Aunque, como asunto formal de derecho internacional, estas recomendaciones generales no son vinculantes para los Estados Parte, se consideran interpretaciones muy persuasivas,³⁵⁴ han sido invocadas ante cortes y tribunales, aunque con menor frecuencia que los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos del Pacto, los cuales han sido invocados ante cortes, tanto en jurisdicciones en las cuales el Pacto ha sido incorporado (como Hong Kong³⁵⁵ y Japón³⁵⁶) como en jurisdicciones en las cuales no lo ha sido (como Australia).

³⁵²Contenidas en UN Doc HRI/GEN/1Rev. 3 (1997)

³⁵³El texto de las primeras 22 recomendaciones generales aparece en International Women's Rights Action Watch y Commonwealth Secretariat. Evaluando la situación de las mujeres. 2a ed. 1996, Apéndice E, págs. 72, 76 (en adelante Evaluando la situación de las mujeres).

³⁵⁴Ver Byrnes y Connors, op. cit., págs. 766-67.

³⁵⁵Ver, en general, Byrnes, Andrew. And Some Have Bills of Rights Thrust Upon Them: The Experience of Hong Kong's Bill of Rights, en Alston, Philip, Ed. Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative Perspectives. Clarendon Press, Oxford, 1998, Capítulo 9; Chan, Johanness. Hong Kong's Bill of Rights: Its Reception of and Contribution to International and Comparative Jurisprudence. 47 International Comparative Law Quarterly 928 (1998).

³⁵⁶Ver, en general, Iwasawa, Yuji. The Domestic Impact of Acts of International Organizations Relating to Human Rights (Trabajo presentado en la Conferencia sobre el Futuro del Sistema de Tratados en Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21-23 de marzo de 1997). Research Center for International Law, Universidad de Cambridge, Cambridge, págs. 9-15.

Informes de los Estados Partes

Cada Estado Parte de la Convención acepta la obligación de rendir informes ante el Comité de manera regular. Estos ofrecen una fuente útil de información comparada, sobre qué es lo que los Estados consideran ser la extensión de sus obligaciones bajo la Convención y sobre las varias formas en las cuales la Convención puede ser implementada. En relación al propio país, el informe nacional es un relato oficial (aunque no siempre satisfactorio) de la posición del gobierno en varios asuntos. A menudo contendrán compromisos para emprender acciones particulares, los cuales podrán ser señalados más adelante al gobierno, para garantizar que de hecho, las promesas se cumplan.

El análisis que hace el Comité de los informes y sus comentarios finales

Una de las principales fuentes para dilucidar el significado de la Convención ha sido las preguntas hechas por las miembras del Comité a los Estados Partes y las opiniones que han expresado sobre el modo como el Estado ha implementado sus obligaciones bajo la Convención.³⁵⁷ Recientemente, sin embargo, el Comité ha adoptado la práctica de adoptar comentarios finales, los cuales expresan la opinión colectiva del Comité sobre hasta qué punto se ha implementado la Convención en un dado país, más que las opiniones individuales de los y las miembras. El propósito de éstos es resaltar áreas en las cuales el Comité considera se deben de tomar acciones prioritarias. Algunas veces incluirán la opinión de que hay una violación a la Convención.

D. Derecho sustantivo

En esta sección haré referencia a algunos de los casos sobresalientes de derechos humanos internacionales, los cuales han abordado asuntos de derechos humanos de las mujeres a la luz de normas internacionales. Se refiere, entonces, a un número de casos en los cuales cortes y abogadas/os han utilizado instrumentos internacionales de derechos humanos (en particular la Convención de la CEDAW) en la jurisdicción nacional.

1. Analizando las violaciones de los derechos humanos de las mujeres bajo los términos de los instrumentos internacionales³⁵⁸

En muchos casos es posible caracterizar violaciones a los derechos humanos sufridos por mujeres como violaciones a un derecho en sí bajo un instrumento, sin necesidad de referirse a una garantía contra la discriminación en el gozo de los derechos incluidos en el instrumento. En algunos casos, una violación caerá dentro del tradicionalmente entendido alcance de un derecho; por ejemplo, cuando una mujer activista es detenida como resultado de sus actividades políticas. En lo esencial, esta violación es igual que la sufrida por un hombre que recibe un trato similar. Sin embargo, en otros casos puede ser necesario adoptar una interpretación basada en las mujeres o específica a ellas, para caracterizarlo como una violación del derecho en cuestión; por ejemplo, un aborto forzado, o la negativa de permitir el aborto, puede ser visto como una violación del derecho a la privacidad (así como también una violación al derecho a la integridad física). En muchos casos, tal interpretación causa pocos problemas analíticos, pero en otros, puede estirar los conceptos hasta el límite.

³⁵⁷Para ver el tipo de preguntas hechas, ver Evaluando la situación de las mujeres, op. cit.

³⁵⁸Ver, en general, Connors, op. cit.

Otro acercamiento es analizar la violación en términos de discriminación con base en el sexo o como una negativa a la igualdad. Existen varias razones por las cuales una persona adoptaría esta ruta, y hay dos importantes aspectos legales de los instrumentos internacionales que podrían hacer que éste sea el único ataque que se pueda acometer. La primera razón surge de la norma incluida en varios tratados internacionales que garantiza el disfrute de los derechos contenidos en el tratado sin discriminación con base en el sexo.³⁵⁹ Esta norma ofrece protección en casos en los cuales un Estado trata a los hombres de manera más favorable que a las mujeres, pero su trato a las mujeres no viola independientemente un derecho nombrado en el tratado. Por ejemplo, el derecho al respeto de la vida familiar no da el derecho automáticamente a cónyuges de diferentes nacionalidades de vivir juntos en el mismo país. Si un Estado automáticamente permite a sus ciudadanos varones traer a sus esposas extranjeras a vivir en el país, pero no permite a las ciudadanas hacer lo mismo, entonces el derecho de las ciudadanas de respeto a la vida en familia no está necesariamente siendo violado. Sin embargo, porque allí hay un trato diferente y discriminatorio de ciudadanas y ciudadanos en relación al disfrute del derecho de la vida en familia, el Estado habrá violado su obligación de garantizar el disfrute de los derechos contenidos en el tratado sin discriminación.³⁶⁰

En otros casos puede ser que no haya un derecho contenido en el tratado pertinente que corresponda a la conducta en cuestión. Por ejemplo, bajo el Pacto no está el derecho de poseer o heredar propiedades, o a la seguridad social. De esta manera, la discriminación contra las mujeres en el derecho de tener propiedades o en su elegibilidad para los beneficios de la seguridad social, no caerían dentro de los derechos específicos en la lista del Convenio, por lo tanto, el derecho al disfrute de ese derecho sin discriminación no se puede comprometer. Sin embargo, el Artículo 26 del Pacto ofrece una garantía general de igual protección y de igualdad ante la ley, que es aplicable a todas las distintas formas de discriminación por parte del Estado, se relacionen o no con los derechos nombrados en el Pacto. De esta manera, puede ofrecer fundamentos para objetar la legislación o acciones del ejecutivo que no se podrían objetar ateniéndose a los demás derechos contenidos en el Pacto.

2. Casos que involucran la violación de un derecho

El derecho de acceso a la corte - Airey

Hay muchos ejemplos de casos en que las mujeres, exitosamente, han hecho demandas por violaciones que eran específicas de género, o que tenían un desproporcionado impacto en las mujeres. Uno de los sobresalientes de la Convención Europea, *Airey v Irlanda*,³⁶¹ fue un caso traído por una mujer en Irlanda que deseaba pedir una separación judicial. No tenía medios suficientes para contratar su propio abogado, y no existió la posibilidad de que el Estado proveyera un abogado para procedimientos civiles como éste. La Corte Europea de Derechos Humanos falló a favor de la peticionaria, opinando que el derecho de acceso a la corte que garantiza el Artículo 6 de la Convención debía de ser efectivo, y que por lo tanto, el Estado tenía la obligación de proporcionar la asistencia de un abogado, cuando ésto fuera necesario para garantizar el efectivo acceso a la corte (como en el presente caso) por la complejidad del procedimiento o del caso.

³⁵⁹Por ejemplo, el Artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para una discusión de la jurisprudencia bajo el Artículo 14, ver Van Dijk, P. y Van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3a ed. Kluwer Law International, La Haya, 1998, págs. 710-30; Abr Frowein, Jochen y Peukert, Wolfgang. *Europäische MenschenrechtsKonvention*. 2a ed. N.P. Engel, Kehl am Rhein, 1996, págs. 435-478; Harris, D.J.; O'Boyle, M.; y Warbrick, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. Butterworths, London, 1995, págs. 462-88.

³⁶⁰Ver, por ejemplo, *Abdulaziz, Balkandali y Cabales v Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A, No 94, 81 ILR 139; 7 EHRR 471.

³⁶¹Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A, No 32, 2 EHRR 305.

Libertad de expresión y acceso a información

De manera similar abarcó la Corte el caso de *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre Ltd v Irlanda*.³⁶² El caso involucraba una medida cautelar emitida por las cortes irlandesas contra dos de las solicitantes, prohibiéndoles dar asesoría, sin buscar un resultado dado, a mujeres embarazadas, la cual incluía informarles de la posibilidad de practicarse abortos en el exterior (ya que el aborto era ilegal en Irlanda). Las otras solicitantes eran consejeras, y dos irlandesas en edad de procrear.

El cuestionamiento de las restricciones a impartir información se basó, de parte de los dos centros y las consejeras, en el derecho a la libertad de expresión, incluyendo el derecho a recibir e impartir información, contenido en el Artículo 10 de la Convención Europea. Las dos irlandesas en edad de procrear argumentaron que las restricciones constituían una violación a su derecho a recibir información bajo el Artículo 10, y también que la negativa a tener acceso a información sobre las posibilidades de abortar en el extranjero era una injustificada interferencia con su derecho al respeto a la vida privada. Las solicitantes tuvieron éxito ante la Corte Europea, la cual decidió por mayoría que la interferencia con la libertad de las solicitantes de buscar, impartir y recibir información, aunque pudo haber tenido objetivos legítimos bajo la Convención, no era una medida razonable y proporcionada.³⁶³

Aunque ésta fue una importante victoria para el derecho de las mujeres a tener acceso a información necesaria para sus vidas, las decisiones de los tribunales internacionales en casos que involucran el ejercicio de los derechos reproductivos - en particular el de interrumpir un embarazo - han sido más bien mixtas. En un caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó la demanda de un padre no casado quien alegó que se le había violado el derecho al respeto para la vida privada y familiar al ser negada por las cortes inglesas su solicitud de medidas cautelares que buscaba prohibir a la mujer tener un aborto.³⁶⁴ Sin embargo, en otro caso, la Comisión rechazó una petición cuestionando normas restringiendo el acceso al aborto contenidas en la ley sobre el aborto de Alemania.³⁶⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos rechazó una petición, formulada por organizaciones pro-vida, cuestionando las leyes permitiendo el aborto en uno de los estados de los Estados Unidos.³⁶⁶

Violencia contra las mujeres - derecho a la privacidad, vida libre de tortura y de tratos inhumanos

En años recientes hemos visto algunos casos importantes, en los cuales los organismos internacionales han tomado decisiones que afirman el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

³⁶²Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de octubre de 1992, Serie A, No 246, 15 EHRR 244.

³⁶³La Corte consideró que no era necesario decidir sobre la demanda de que las restricciones involucraban una violación al derecho de la privacidad o al gozo de ese derecho.

³⁶⁴*Paton v United Kingdom*, Comisión Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 8416/78, Decisión sobre admisibilidad de 13 de mayo de 1980, 19 D&R 100, 3 EHRR 244.

³⁶⁵*Bruggeman and Scheuten v Federal Republic of Germany*, Comisión Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 6959/75, Decisión de 12 de julio de 1977, 10 D&R 100, 3 EHRR 244.

³⁶⁶Caso "Baby Boy", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 2141, Resolución No 23/81, 6 de marzo de 1981, 2 HRLJ 110.

En *X y Y v Los Países Bajos*³⁶⁷, la Corte Europea de Derechos Humanos aceptó una denuncia de que la existencia de una laguna en la legislación holandesa, que implicaba que no se podría procesar a un hombre que hubiera asaltado sexualmente a una menor con discapacidad mental, constituía una violación a la obligación del Estado de tomar medidas para garantizar respeto a la vida privada de la muchacha.

En un importante caso reciente, *Aydin v Turquía*,³⁶⁸ la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que una mujer joven, quien había sido violada y maltratada mientras se encontraba detenida, había sido sujeta de tortura. Este caso fue un avance significativo, ya que fue la primera ocasión en la cual la Corte había analizado si la violación constituía tortura; la decisión anterior de la Comisión Europea en *Chipre v Turquía*³⁶⁹ había sido que las violaciones generalizadas por los soldados turcos durante operativos militares en Chipre sumaban "trato inhumano y degradante", una violación menos atroz que la tortura, bajo el Artículo 3 de la Convención.

La caracterización de la violación como tortura, en éste y otros casos,³⁷⁰ representa la creciente tendencia por los organismos internacionales de reconocer y dar más peso a las violaciones severas al derecho a la integridad física que afectan a las mujeres predominantemente o en particular, las cuales no habían sido previamente reconocidas como pertenecientes a la más seria categoría de violaciones. Este desarrollo se ha dado gracias al trabajo de las defensoras de los derechos humanos de las mujeres, quienes han logrado el ímpetu para este reconocimiento por medio de una campaña concertada en varios foros.

En un caso contra Argentina, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,³⁷¹ una mujer y su hija de 13 años, junto con otras mujeres visitantes de una prisión federal, fueron sujetas, por rutina, a inspección vaginal cuando visitaban al esposo de la mujer y padre de la niña en la prisión. El propósito implícito de las inspecciones era prevenir que las mujeres entraran con narcóticos y drogas escondidos en la vagina. La peticionaria argumentó que las inspecciones eran una violación a su derecho a la privacidad y integridad física y a la familia. La Comisión falló, que en las circunstancias del caso, (incluyendo los amplios poderes legales bajo los cuales las inspecciones se hacían y la naturaleza desproporcionada de la medida) se cometía una violación a los derechos de la integridad física, a la privacidad, a la familia y también el de la hija, como menor, a especiales medidas de protección.³⁷²

Otro ejemplo son dos casos contra el Reino Unido, traídos por dos hombres que habían sido condenados por violación de sus esposas después de la decisión de la Cámara de los Lores que cambiaba la ley consuetudinaria de que un esposo no podía violar legalmente a su esposa.³⁷³ La Corte rechazó la objeción de que el cambio en la ley involucraba en efecto una condena penal

³⁶⁷Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 26 de marzo de 1985, Serie A, No 91, 81 ILR 91, 8 EHRR 235.

³⁶⁸*Aydin v Turkey*, Corte Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 2317/94, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, 25 EHRR 251, 3 BHRC 300, párrs. 83-87.

³⁶⁹*Cyprus v Turkey*, Comisión Europea de Derechos Humanos, Aplicaciones No. 6780/74 y 6950/75, 4 EHRR 482, 62 ILR 4, párrs 358-74 (la violación cometida por soldados constituía tratamiento inhumano).

³⁷⁰Ver también *Mejía Egocheaga v Perú*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10,970, Informe No. 5/96, 1 de marzo de 1996, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995. Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 1996, pág. 157, 1 BHRC 229. Ver también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe General sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, OEA/Ser. L/V/II.88 Doc 10 rev. 1995, párr. 134 (la violación y la amenaza de hacerlo constituyen tortura).

³⁷¹*X y Y v Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.506, Informe No. 38/96, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996. Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 1997, pág. 50.

³⁷²*Idem.*, párrs. 86-105.

³⁷³*R v R* (1992) 1AC 599 (HL).

retroactiva, ya que el acto por el cual habían sido condenados no era una ofensa penal en el momento en el cual ellos lo habían cometido. El aparente deseo de la Corte de reconocer la inaceptabilidad de este tipo de violencia y su renuencia a decidir

que un desarrollo loable en la legislación fuera una laguna en la Convención, claramente influyó en su decisión sobre retroactividad que ha sido fuertemente criticada.³⁷⁴

Derechos como miembro de una minoría

Los derechos de una mujer como miembro de una minoría étnica vinieron ante el Comité de Derechos Humanos en *Lovelace v Canadá*.³⁷⁵ Estaban en cuestión normas de la Ley Indígena (*Indian Act*) de Canadá que disponía que las mujeres que tenían estatus de "indias" según esa ley, lo perderían al casarse con hombres no indígenas. Los hombres indios que se casaran con mujeres no indias no lo perdían. Por pérdida de estatus se entiende que una persona pierde el derecho legal de vivir en una reserva, y también otros derechos. Lovelace, quien se había casado con un no indio y cuyo matrimonio se había disuelto, demandó que ese tratamiento violaba los Artículos 2(1), 3, 23(1) y (4), 26 y 27 del Pacto.

La mayoría del Comité decidió el caso basándose en los derechos de personas pertenecientes a una minoría, en comunidad con otras personas miembros del grupo, de disfrutar su cultura o de usar su lengua propia. El Comité falló que en las circunstancias de este caso, no permitir que Lovelace regresara a su comunidad era una negativa injustificada de sus derechos bajo el Artículo 27.³⁷⁶ Un solo miembro del Comité agregó que consideraba que las disposiciones eran inconsistentes con las garantías contra la discriminación contenidas en los Artículos 2(1), 3, 23(1) y (4) y 26 del Pacto.³⁷⁷

Estos son varios de los casos más importantes en los cuales organismos internacionales han analizado demandas bajo garantías que son similares a aquellas contenidas en muchas constituciones y declaraciones de derechos nacionales.

3. Normas de no discriminación y convenciones específicas sobre la mujer

Han habido muchos casos que se han desarrollado fundamentados en las garantías contenidas en todos los principales instrumentos, de que los derechos otorgados deben ser gozados sin discriminación por sexo.³⁷⁸ Muchos de estos casos han tenido éxito, aunque han habido algunos que sorpresivamente han fracasado. Varios de los más importantes ejemplos están brevemente descritos en esta sección.

Discriminación en el área de inmigración y nacionalidad

³⁷⁴Ver, por ejemplo, Ghandhi, P.R. y James, J.A. Marital Rape and Retrospectivity - the human rights dimension at Strasbourg; *CR v UK* y *SW v UK*. 1 *Child and Family Law Quarterly* 17 (1997); Osborne, Craig. Does the End Justify the Means? Retrospectivity, Article 7, and the Marital Rape Exemption. *European Human Rights Law Review* 406 (1996).

³⁷⁵Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 24/1977, opiniones adoptadas el 30 de julio de 1981, Selected Decisions under the Optional Protocol (Second to sixteenth sessions). Vol. 1. United Nations, New York, 1985, pág. 83, 68 ILR. 17, 2 *Human Rights Law Journal* 158. Ver Bayefsky, Anne. The Human Rights Committee and the Case of Sandra Lovelace. 20 *Canadian Yearbook of International Law* 244 (1982).

³⁷⁶Lovelace, pág. 87, párrs 17-18.

³⁷⁷Bouziri, op. cit., pág. 87.

³⁷⁸Una importante contribución a esto es el comentario general 18(37) del Comité de Derechos Humanos, sobre la igualdad y la no discriminación, así como también su comentario general 19(39) en relación a la garantía de iguales derechos para cónyuges.

El caso Aumeeruddy-Cziffra³⁷⁹ involucró cambios a las leyes de inmigración de Mauricio, los cuales tuvieron el efecto de cambiar las reglas que gobernaban el estatus de residencia de los maridos de mujeres mauricias que los ponía en una posición menos ventajosa que aquella de las esposas extranjeras de los hombres mauricios (la situación de esposas y esposos extranjeros había previamente sido igual). Los esposos extranjeros eran ahora obligados a solicitar permiso de residencia y podían ser deportados en el ejercicio de un poder ministerial que no estaba sujeto a revisión judicial. Varias mujeres de Mauricio, algunas de las cuales estaban casadas con extranjeros, interpusieron una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos, argumentando que la legislación violaba su derecho a no ser sujetas de interferencia ilegal o arbitraria con su familia, bajo el Artículo 17(1), su derecho a protección de la familia (Artículo 23(1)), tanto independientemente así como en conjunción con el Artículo 2(1) del Pacto, así como también una violación al Artículo 26.

El Comité de Derechos Humanos falló a favor de las denunciadas casadas, fundamentalmente con base en la discriminación en el disfrute de sus derechos bajo los Artículos 17(1), 23 y 26. Aunque señalaba que "la residencia común de esposa y esposo debe considerarse el comportamiento normal de una familia",³⁸⁰ el Comité evadió el asunto de si la legislación ascendía a una violación arbitraria del Artículo 17(1). Se conformó con fallar que la diferencia en el trato ascendía a discriminación y era, por lo tanto, incongruente con el Pacto. Tomó igual posición con relación al artículo 23(1), concluyendo que la "protección a la familia no puede variar con el sexo de una u otro cónyuge."³⁸¹

En Abdulaziz³⁸², la Corte Europea de Derechos Humanos falló que la diferencia de tratamiento, bajo las leyes del Reino Unido, entre mujeres que deseaban traer a sus maridos a Gran Bretaña, y hombres que querían hacer lo mismo con sus esposas, era discriminatoria; por lo tanto, el Artículo 14 en conjunción con el 8 de la Convención, fue violado. La Corte (y la Comisión) analizaron detenidamente el alegado impacto económico que significaría permitir a maridos y prometidos no nacionales ingresar al país de la misma manera que esposas y prometidas, y consideró que no era una razón lo suficientemente fuerte como para que tuviera poder sobre el principio de trato igual.

En este fallo es importante señalar la respuesta que dan la Comisión y la Corte a la justificación del gobierno de que la ley reflejaba su compromiso político de años con la reunificación familiar. Al objetar el argumento, ambos organismos rechazaron la legitimidad del supuesto de que el lugar de residencia del marido debería ser el presunto hogar común, y que es más importante garantizar que los hombres puedan traer a su esposa y prole a vivir con ellos, que para las mujeres hacer lo mismo. Es más, el caso niega el supuesto de que "los hombres son el sexo económicamente activo" y que "las mujeres, por otro lado, se supone tienen como papel principal la crianza de la prole y la administración del hogar, y dependen económicamente de los hombres".³⁸³

³⁷⁹Aumeeruddy-Cziffra v Mauritius, Comité de Derechos Humanos, Comunicado No35/1978, Selected Decisions under the Optional Protocol (Second to sixteenth sessions). Vol 1. Naciones Unidas, Nueva York, 1985, pág. 67, 67 ILR 285, 2 HRLJ 139 (1985).

³⁸⁰Aumeeruddy-Cziffra v Mauritius, op. cit., párrs. 9.2(b)2(i)2.

³⁸¹Idem., párr. 9.2(b)2(ii)3. Ver también comentario general 4(13), ONU Doc. HRI/GEN/1, 3, en los cuales el Comité alude a la discriminación en el tratamiento de ciudadanas y ciudadanos en relación a las leyes sobre inmigración.

³⁸²Abdulaziz, Balkandali and Cabales v Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A, No 94, 81 ILR. 139, 7 EHRR 471.

³⁸³Mullen, Tom. Nationality and Immigration, en McLean, Sheila y Burrows, Noreen, Eds. The Legal Relevance of Gender. Humanities Press International, Atlantic Highlands, NJ, 1988, pág. 153. Sin embargo, Abdulaziz resultó ser una victoria demasiado costosa, ya que el gobierno del Reino Unido enmendó la ley para garantizar que hubiera igualdad entre hombres y mujeres - reduciendo

El principal caso internacional sobre discriminación en las leyes de nacionalidad³⁸⁴ es una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 1984.³⁸⁵ El caso involucraba propuestas de cambio a las leyes de naturalización de Costa Rica. El gobierno costarricense refirió a la Corte las enmiendas propuestas a la Constitución, las cuales daban a las mujeres que se casaban con hombres costarricenses, estatus preferencial para obtener la nacionalidad costarricense. La Corte falló que las enmiendas propuestas eran incongruentes con la garantía de igualdad de cónyuges en el matrimonio (Artículo 17(4) de la Convención Americana de Derechos Humanos) y el derecho de igual protección de la ley (Artículo 24).

Al hacer esto, la Corte identificó y rechazó dos supuestos subyacentes en el acercamiento tradicional a la nacionalidad de las mujeres:³⁸⁶

Este abordaje o sistema se basaba en el llamado principio de unidad familiar, y es atribuible a dos supuestos. Uno de ellos tiene que ver con la propuesta de que todos los miembros de una familia deberían tener la misma nacionalidad. El otro deriva de nociones de autoridad paterna y el hecho de que la autoridad sobre los menores era, como regla, investida en el padre, y que era al marido a quien la ley otorga un estatus privilegiado de poder, dándole autoridad, por ejemplo, para fijar el domicilio y administrar la propiedad conyugal. Visto en esta luz, el derecho concedido a las mujeres de adquirir la nacionalidad de sus maridos era resultado de la desigualdad conyugal.

Bajo el Pacto, el Comité de Derechos Humanos enfrentó el asunto en su comentario general 19(39) en relación a la garantía de igualdad de derechos entre cónyuges.³⁸⁷

En su recomendación general No 21, el CEDAW consideró el Artículo 9 de la Convención - el cual dispone para las mujeres iguales derechos que para los hombres en relación con la adquisición y pérdida de la propia nacionalidad y la de los hijos de ambos - y comentó:

La nacionalidad es crítica para la participación plena en la sociedad. En general, los Estados otorgan la nacionalidad a aquellas personas que nacen en ese país. La nacionalidad también se puede adquirir por razones de domicilio, u otorgarse por razones humanitarias, como cuando una persona no tiene ciudadanía en ningún Estado. Sin un estatus de ciudadanas o de subditas, las mujeres se ven privadas del derecho al voto, o de presentarse como candidatas para cargos públicos, y se les puede negar el acceso a beneficios públicos y la elección de residencia. La

los derechos de los hombres de traer sus esposas y prometidas a su mínimo nivel. Ver Byrnes, Andrew. 60 *Australian Law Journal* 182, págs. 185-86 (1986).

³⁸⁴Para una excelente revisión de la legislación internacional y los casos pertinentes en relación con las mujeres y la legislación de nacionalidad, ver International Law Association Committee on Feminism and International Law. *Women's Equality and Nationality in International Law*, Preliminary Report. International Law Association, Conferencia en Taipei, mayo de 1998. Para una discusión en el contexto del Pacífico Asiático, ver Goonesekere, Savitri. *Nationality and Women's Human Rights: The Asia/Pacific Experience*, en *Hong Kong Colloquium*, op. cit., pág. 86.

³⁸⁵Enmiendas Propuestas a las Disposiciones sobre Naturalización de la Constitución Política de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No 4, 79 ILR 282, 5 HRLJ 161.

³⁸⁶Idem., párr. 36; 79 ILR, pág. 303.

³⁸⁷"Con respecto a la igualdad en el matrimonio, el Comité desea anotar en particular que ninguna discriminación basada en el sexo debería darse en lo tocante a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por motivo del matrimonio." Comentario general 19(39), párr. 6. Este aporte del comentario general está claramente dirigido contra todas las formas de discriminación mencionadas arriba. Sin embargo, ni bajo esta disposición ni en otros comentarios generales, comenta el Comité sobre el igual derecho de la mujer de transmitir su nacionalidad a su prole, aunque ésto parecería desprenderse de la garantía general de igualdad.

nacionalidad debe ser cambiable por una mujer adulta, y no debe ser retirada arbitrariamente por un matrimonio o disolución de él, o porque su marido o su padre cambien de nacionalidad.

Esto fundamentalmente reitera la posición bajo los instrumentos generales de derechos humanos. Lo sorprendente es que el CEDAW haya omitido aquí una referencia a la garantía en el Artículo 9(2) de que las mujeres deben gozar de iguales derechos que los hombres en relación a la nacionalidad de sus descendientes; esa es una área en la cual muchas leyes nacionales todavía hacen distinciones basadas en el sexo, y es un asunto que ha surgido frecuentemente en el Comité, durante los análisis de los informes de los

Estados Partes. Se hizo referencia al asunto en el borrador de la recomendación general,³⁸⁸ pero fue omitida en la versión revisada, presuntamente porque se pasó por alto.

La discriminación en relación a los beneficios de la seguridad social

Han habido varios casos, traídos ante el Comité de Derechos Humanos bajo el Artículo 26 del Pacto (que garantiza la igualdad ante la ley e igual protección de la ley) que han cuestionado exitosamente el tratamiento diferente a mujeres y hombres bajo las leyes de seguridad social. Los dos principales casos son *Broeks v Países Bajos*³⁸⁹ y *Zwaan de Vries v Países Bajos*.³⁹⁰ La materia de la recusación fueron leyes holandesas que obligaban a una mujer, que de otra manera era elegible para algunos beneficios de seguridad social, a demostrar que ella se ganaba la vida, mientras que éste no era requisito para los hombres. El Comité de Derechos Humanos falló que ésta era una violación al derecho de la peticionaria a igual protección bajo la ley.

Capacidad legal

En *Ato del Avellanal v Perú*,³⁹¹ el Comité de Derechos Humanos falló que una esposa tenía el mismo derecho que el marido a representar propiedades matrimoniales en procedimientos ante las cortes (capacidad que las leyes peruanas le negaban).

4. Conclusión

Los casos antes mencionados son una selección de aquellos fallados bajo los varios instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos de las mujeres. Aunque la mayoría de los descritos han resultado en favor de la igualdad, hay otros en los cuales los organismos interesados parecen no haber dado efecto al espíritu de igualdad contenido en el instrumento.³⁹²

³⁸⁸En el borrador de la recomendación (que el Comité decidió editar considerablemente por su extensión), el Comité señaló el tratamiento discriminatorio de mujeres y hombres en lo que concierne a su capacidad de transmitir su nacionalidad, y recomendó que "los Estados Partes deberían poner en vigencia legislación... para dar a las mujeres el derecho de otorgar su nacionalidad a su descendencia, nacida dentro o fuera del matrimonio, bajo las mismas condiciones que el padre."

³⁸⁹*Broeks v Netherlands*, Comunicación No 172/1984, Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol. Vol. 2. 1990, pág. 196.

³⁹⁰*Zwaan de Vries v Netherlands*, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 182/1984, Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol. Vol. 2. 1990, pág. 209.

³⁹¹Comunicación No. 202/1986, Informe del Comité de Derechos Humanos 1989, ONU Doc A/44/40, Anexo X.C, pág. 196.

³⁹²Para otras discusiones, ver Nowak, Manfred. U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary. N.P. Engel, 1993; Consejo de Europa. Equality between the sexes and the European Convention on Human Rights: A Survey of Strasbourg Case -Law. 1995; The Master's House and the Master's Tools: Feminist Critiques of International Human Rights Law. Tesis doctoral, Columbia University, 1995.

E. Decisiones nacionales: Invocando la Convención en los litigios

En las jurisdicciones nacionales se ha aumentado el uso de las normas internacionales de derechos humanos, aún cuando esas normas no hayan sido directamente incorporadas como parte de la legislación nacional. Esta sección se refiere brevemente a varios casos, predominantemente de jurisdicciones del "Commonwealth", en las cuales la Convención de la CEDAW ha sido invocada en litigios internos. Varios de los casos involucran disposiciones constitucionales, y otros, interpretación de estatutos.

En varios casos se ha usado la Convención, junto con otros instrumentos de derechos humanos, para interpretar garantías constitucionales de igualdad.³⁹³ Un ejemplo bien conocido es el del caso de Botswana, *Dow v Attorney General of Botswana*, en el cual Unity Dow, una ciudadana de Botswana, con éxito cuestionó las disposiciones de la legislación sobre nacionalidad de Botswana, que no permitían a una mujer de Botswana casada con un extranjero, traspasar su ciudadanía a hijas e hijos de su matrimonio.³⁹⁴

En *Ephraim v Pastory*,³⁹⁵ el Tribunal Superior de Tanzania se apoyó en la Convención (así como también en el Pacto y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) para interpretar la declaración de derechos contenida en la Constitución de Tanzania. La Corte falló que la garantía de igualdad contenida en la declaración de derechos tenía más fuerza que las reglas de derecho consuetudinario, las cuales impedían a las mujeres vender tierras del clan, mientras que sí lo permitían a los hombres (sujeto a la condición de que cualquier otro miembro del clan las podía comprar de nuevo al comprador).

En el caso de *Dhungana and another v Government of Nepal*,³⁹⁶ el cual también se relacionaba con derechos de propiedad y de herencia, se cuestionó la legislación Nepalí que disponía que, mientras que un hijo tenía derecho a una parte de la propiedad de su padre al nacer, una hija sólo tenía derecho a obtener una parte cuando alcanzara los 35 años de edad y todavía estuviera soltera. Bajo la legislación Nepalí, los tratados ratificados forman parte de las leyes de Nepal, y se presentó una acción contra esa ley, basándose en que violaba tanto la garantía de igualdad en la Constitución, como el Artículo 15 de la Convención de la CEDAW.³⁹⁷ La Corte Suprema de Nepal parecía considerar que había violación a esas garantías, pero estaba renuente a declarar la ley inconstitucional con efecto inmediato. La corte eventualmente le ordenó al gobierno "introducir una ley adecuada al Parlamento dentro del plazo de un año... haciendo las consultas necesarias sobre este asunto con las organizaciones de mujeres reconocidas, sociólogas/os, las organizaciones sociales interesadas y abogadas/os... y estudiando y

³⁹³Para una discusión de varios de los casos africanos, ver Freeman, Marsha. *Law and Land at the Local Level: Claiming Women's Human Rights in Domestic Legal Systems*. 16 *Human Rights Quarterly* 559 (1994).

³⁹⁴(1992) LRC (Const) 623 (CA), apelación de (1991) LRC (Const) 574 (HCt).

³⁹⁵(1990) LRC (Const) 757 (Tribunal Superior de Tanzania).

³⁹⁶*Dhungana and another v Government of Nepal*, Corte Suprema de Nepal, Decisión No. 3392 de 1993, 2 de agosto, 1995. Agradezco a la Sa. Sapana Pradhan Malla, de Development Law Associates, Katmandu, asesora en el caso, por darme una traducción al inglés de la sentencia e información sobre otros casos.

³⁹⁷El Artículo 15 estipula, en parte:

1. Los Estados Parte reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Parte reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Parte convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

considerando también las disposiciones legales hechas en otros países al respecto.³⁹⁸ Esta es una de varias recusaciones llevadas en Nepal, en la cual la Corte Suprema ha dictado que se introduzcan reformas a la legislación por la legislatura.

En la India se ha hecho un uso aún más imaginativo de la Convención, en un intento por lograr que el gobierno ponga en vigor el espíritu de la Convención en el área de leyes personales. Cuando India ratificó la Convención en 1993, introdujo una declaración en estos términos:

Con respecto a los Artículos 5(a) y 16(1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, el Gobierno de la República de la India declara que obrará de acuerdo con y garantizará estas disposiciones, de conformidad con su política de no interferencia en los asuntos personales de ninguna comunidad sin su iniciativa y consentimiento.

Como mucha de la desigualdad en la India es el resultado directo de sistemas de leyes personales que gobiernan los asuntos de estatus y derechos familiares, esta declaración fue considerada por activistas del país esencialmente como una reserva que minaba la seriedad del compromiso ante los principios de la Convención. El gobierno aparentemente no hizo nada para determinar qué opiniones tenían las comunidades involucradas sobre este asunto o para revocar leyes personales discriminatorias. Por lo tanto, el *Women's Action Research and Legal Action for Women* ("WARLAW") entabló una acción ante la Corte Suprema de la India. En ella, conducida en la jurisdicción de litigación de interés público de la corte, las demandantes solicitaron una orden de la corte, para que el gobierno demostrara qué pasos había dado para determinar las opiniones de la comunidad hindú, sobre si era adecuado derogar las leyes personales discriminatorias con el propósito de garantizar la igualdad para las mujeres.³⁹⁹ Hasta donde yo sé, el caso todavía está pendiente.⁴⁰⁰

La Corte Suprema de la India se ha remitido a la Convención en varios casos de los últimos años.⁴⁰¹ Un caso reciente en el cual aquella se ha apoyado en, y puesto en vigor la Convención de una forma directa, ha sido *Vishaka v State of Rajasthan*.⁴⁰² El caso surgió de una supuesta violación en banda (*gang rape*) y la omisión de los funcionarios de investigar la demanda (las mujeres violadas eran empleadas del Estado). Se introdujo un escrito ante la Corte Suprema, solicitándole exigir al Estado la formación de un Comité para fijar pautas para la prevención del hostigamiento y el abuso sexual de mujeres. Los términos propuestos a la corte por las solicitantes fueron en parte directamente sacados de algunas partes de la recomendación general 19 de la CEDAW, que trata de la violencia contra las mujeres.

³⁹⁸Dhungana and another v Government of Nepal, op. cit., pág. 17.

³⁹⁹Ver Jethmalani, Rani. WARLAW's Petition in the Supreme Court of India at New Delhi (Civil Original Jurisdiction) Writ Petition (Civil) No. 684 de 1994, en Jethmalani, Rani, Ed. Kali's Yug: Empowerment, Law and Dowry Deaths. Har-Anand Publications, Nueva Delhi, 1995, págs. 107-19. Ver, en general, Jethmalani, Rani. Social Action Litigation in India, en idem., págs. 21-35.

⁴⁰⁰Agradezco a la Sa. Rani Jethmalani, de WARLAW, por la información sobre él.

⁴⁰¹Ver, por ejemplo, *Madhu Kishwar v State of Bihar*, AIR 1996 SC 1864. Se cuestionaban en el caso derechos de herencia discriminatorios por sexo, bajo la ley consuetudinaria. La corte citó extensamente la Convención, y señaló que "el Artículo 2(e) de la CEDAW impone a esta Corte dar un soplo de vida al esqueleto seco de la Constitución... para prevenir la discriminación de género y para ejecutar el derecho a la vida, incluyendo el empoderamiento de los derechos económicos, sociales y culturales". Ver también *Gaurav Jain v Union of India*, AIR 1997 SC 3021 (citando, entre otros instrumentos internacionales, la CEDAW y la Convención de los Derechos del Niño).

⁴⁰²AIR 1997 SC 3011, (1998) 3 BHRC 261.

Aunque la decisión de la corte estaba basada en varias garantías de derechos fundamentales bajo la Constitución de la India⁴⁰³ y la jurisdicción de la corte bajo el Artículo 32 de la Constitución, de hacer cumplir los derechos fundamentales, la corte también se refirió al Artículo 11 de la Convención y a la recomendación general 19. Comentó:⁴⁰⁴

En ausencia de leyes internas que cubran el campo, para formular medidas efectivas para poner freno al mal del hostigamiento sexual de las mujeres en sus lugares de trabajo, el contenido y normas de las convenciones internacionales son importantes para propósitos de interpretación de la garantía de igualdad de género, el derecho a trabajar con dignidad humana en los Artículos 14, 15, 19(1)(g) y 21 de la Constitución y los resguardos contra el hostigamiento sexual implícitos ahí. Cualquier convención internacional que no sea incongruente con los derechos fundamentales y esté en armonía con su espíritu, debe leerse dentro de estas disposiciones, para ampliar su significado y contenido, para promover el objeto de la garantía constitucional.

La Corte prosiguió a hacer citas de la Convención y de la recomendación general para sustentar su interpretación de las garantías constitucionales; las pautas y normas dictadas por la Corte también salían directamente de esos instrumentos.⁴⁰⁵

La Convención también ha servido de apoyo, generalmente en conjunción con garantías constitucionales de igualdad, en varios casos de América Latina, en donde en muchos países, los tratados ratificados y debidamente promulgados forman parte de la legislación interna.

La Corte Constitucional de Guatemala también se apoyó en la Convención para el análisis de una petición solicitando la derogación de varias disposiciones del Código Penal, relacionadas con el adulterio y concubinato, las cuales trataban de manera diferente a hombres y mujeres.⁴⁰⁶ Las solicitantes invocaron tanto las garantías de igualdad de la Constitución de Guatemala, como tratados internacionales de los cuales Guatemala es parte (incluyendo la Convención de la CEDAW, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre la Violencia Contra la Mujer). La corte falló que los artículos eran inconstitucionales, razonando que darlos por válidos no sólo volvería ineficaz el mandato constitucional de erradicar la desigualdad, sino que también representaría un fallo de Guatemala en el cumplimiento de sus obligaciones bajo las convenciones mencionadas, las cuales, de acuerdo con el Artículo 46 de la Constitución de Guatemala, prevalecen sobre las disposiciones del Código Penal.⁴⁰⁷

En un caso de particular importancia, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica apoyó una recusación a la omisión del gobierno ejecutivo de incluir mujeres en la lista de candidatos mandada al legislativo para el nombramiento de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, organismo que monitorea el funcionamiento del gobierno en relación a los

⁴⁰³La corte puso el énfasis principal en las garantías de los derechos a la igualdad, a la vida y a la libertad; sin embargo, también señaló la importancia del derecho a practicar cualquier profesión o a ejercer una ocupación, y a condiciones de trabajo justas y humanas.

⁴⁰⁴AIR, págs. 3013-14, 3 BHRC, pág. 264.

⁴⁰⁵AIR, págs. 3015-16, BHRC, págs. 267-68.

⁴⁰⁶Caso No 936-95, Corte Constitucional de Guatemala, Sentencia del 6 de marzo de 1996. Agradezco a la Sa. Elizabeth Abi-Mershed por proporcionarme copia de este fallo.

⁴⁰⁷Idem., pág. 7. Ver también la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual analizó el Artículo 11 de la Convención en relación a una demanda de discriminación laboral ilegal e inconstitucional contra una mujer piloto, quien estaba incapacitada para asumir deberes de vuelo debido a un tratamiento por problemas de salud reproductiva. Caso No T-341/94, julio 27 de 1994. Agradezco a la Sa. Adriana de la Espriella por proporcionarme copia de esta sentencia.

servicios públicos, como transporte, hospitales, escuelas, agua y otros.⁴⁰⁸ La corte opinó que tanto las garantías de igualdad bajo la legislación nacional y la obligación comprendida en el Artículo 7 de la Convención, de tomar las medidas adecuadas para garantizar que las mujeres gocen de igualdad en la vida pública, significaba que el gobierno tenía que tomar medidas activas para alcanzar esta meta - y esto incluía nominar un número parecido de hombres y mujeres en puestos públicos (asumiendo que hubiera suficientes candidatos y candidatas calificadas). La corte ordenó al gobierno garantizar que las futuras nominaciones incluyeran un número representativo de mujeres.

La Convención también ha sido invocada en varios casos Australianos. Por ejemplo, el Comisionado de Discriminación Sexual federal ha intervenido en casos ante cortes industriales para presentar argumentos basados en la Convención de la CEDAW y su normativa sobre implementación.⁴⁰⁹ También ha sido usada la Convención como apoyo para la negativa de revelar documentos de una demanda de hostigamiento sexual, lo cual hubiera permitido al demandado identificar a las personas que la habían interpuesto.⁴¹⁰ En un caso sobre la disputa de un padre y una madre divorciadas sobre el apellido por el cual su niño debería ser conocido⁴¹¹ la corte se refirió a las disposiciones del Artículo 16(1)(g), el cual dispone que los Estados Partes deben tomar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos pertinentes a las relaciones matrimoniales y familiares, y en particular, deberán garantizar, con base en la igualdad entre hombres y mujeres "(g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación." La corte señaló que, hasta dónde esta garantía (tal como fue incorporada a la legislación nacional por la Ley sobre Discriminación Sexual 1984) aplicaba:⁴¹²

La legislación federal ha demostrado un compromiso con la igualdad de derechos entre esposa y esposo en la elección del apellido, al menos para ellos mismos.

No puedo pensar que el Decreto podría chocar con mi proceso de toma de decisiones, el cual debe sopesar aquellos factores que se refieren a los intereses del o la niña, a excepción de hasta donde el Decreto me pueda exigir no dar preferencia a la posición de una parte contra la otra, con base en que una tiene un

⁴⁰⁸ 6 de febrero de 1998, Boletín de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 59, 10 de abril, 1998. Agradezco a la Sa. Alda Facio por proporcionarme la información sobre este caso.

⁴⁰⁹ Ver, por ejemplo, Bryce, Quentin. *The Convention at Work: Submission to the Industrial Relations Commission in Support of the ACTU Test Case on Parental Leave, en Ten Years of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Occasional Paper from the Sex Discrimination Commissioner, No.4. Human Rights and Equal Opportunity Commission, Sydney, 1990.*

⁴¹⁰ *Re Robert Southern and Department of Education, Employment and Training, Australian Administrative Appeals Tribunal, No. A92/87 AAT, No. 8533, 17 de febrero de 1993. El Tribunal sentenció:*

27. No es tan solo asunto de importancia e interés público el mantener un sistema factible de demandas y eliminación de hostigamiento sexual, es un cumplimiento de las responsabilidades legales de cualquier entidad bajo el Decreto. El Decreto en sí es un cumplimiento de las obligaciones de Australia bajo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, como aparece en sección 3(a) del Decreto sobre Discriminación Sexual. Hay importantes consideraciones de interés público. Es importante, en mi opinión, que las demandantes o las potenciales demandantes tengan la confidencialidad asegurada cuando invocan el mecanismo establecido por la entidad en que trabajan para demandar el hostigamiento sexual. Deben sentirse libres de retirar las demandas formales sin proceder a una audiencia formal (en la cual por supuesto, algunos de los asuntos alegados se deben dar a conocer al supuesto ofensor) sin miedo de que su identidad o la esencia de su demanda se hiciera pública. Es de interés público, no sólo que las demandas justificadas se traten con sensibilidad y en confidencialidad, sino que también otras demandas, que pueden o no estar justificadas, se puedan retirar sin miedo a recriminaciones. Facilitar un resultado diferente sería causar un sustancial efecto adverso en el personal administrativo.

⁴¹¹ *In the Marriage of Mahony and McKenzie (1993) FLC 92-408 (Corte de Familia de Australia)*

⁴¹² (1993) FLC 92-408, págs. 80, 185 (Warnick, J.).

derecho paternal/maternal exclusivo o más importante en relación a la elección del apellido del o la niña, que el/la otra/o.

Dos casos australianos contradictorios en el campo de la legislación industrial demuestran claramente la diferencia que puede significar el tomar en cuenta las normas internacionales pertinentes para la resolución de un caso. Ambos trataban de disposiciones en el reglamento sindical, cuyo fin era garantizar que hubiera algunas mujeres en los organismos ejecutivos de los gremios o sus ramas. En *Re Australian Journalists Association*⁴¹³ la Comisión rehusó permitir un cambio de las reglas de dicha asociación, diseñadas para garantizar que hubiera al menos un tercio de representación femenina en el organismo gobernante de ella. Boulton, J. falló que la disposición era discriminatoria y no caía dentro de la sección 33 de la Ley sobre Discriminación Sexual, la cual permitía que se tomaran medidas con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades.⁴¹⁴ Boulton, J. decidió que las mujeres tenían la misma oportunidad de presentarse formalmente a elección y que, por lo tanto, la sección no aplicaba. Si el juez se hubiera fijado en el Artículo 4 de la Convención de la CEDAW (el cual la sección 33 intentaba reflejar), sería difícil ver como podría él haber llegado a ninguna otra conclusión que no sostuviera que la medida era especial temporal permisible y, por lo tanto, no ilegal. El sindicato posteriormente solicitó, y se le concedió, una dispensa bajo la legislación. En su decisión que otorgaba la dispensa, la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades afirmó que no necesariamente estaba de acuerdo con la interpretación de Boulton, J.⁴¹⁵

En una decisión posterior de la Comisión Australiana Industrial, se analizó un asunto similar y, después de tomar en cuenta el Artículo 4 de la Convención y otros casos internacionales que tratan del concepto de discriminación, tomaron la opinión --aunque de manera tentativa-- que una regla sindical que estipula que cada rama del sindicato tiene que tener al menos una vice presidenta, estaba protegida por la sección 33 de la Ley sobre Discriminación Sexual.⁴¹⁶ En *Van Gorkom v Attorney General*⁴¹⁷, Cooke, J. consideró una recusación a la fijación de condiciones que hacía distinción entre el pago de mesadas por mudanza a un docente casado y a una docente casada, bajo la discrecionalidad de fijar dichas condiciones otorgada a el o la ministra pertinente por las Regulaciones de Educación (Salarios y Personal) 1957. Al sostener que la adopción de la distinción entre docentes hombres y mujeres casadas estaba más allá del poder conferido por el reglamento habilitador (y era por lo tanto inválido), la corte se remitió a los Artículos 2 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Artículo 10(1) de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. El juez falló que, aunque estos instrumentos no eran parte de la legislación interna de Nueva Zelanda, representaban metas internacionales deseables y sería peligroso concluir que la regulación habilitadora estaba hecha con la intención de permitir acciones que fueran incoherentes con aquellas normas.⁴¹⁸

La Ley Australiana sobre la Discriminación Sexual 1984 y la protección contra el hostigamiento sexual en el trabajo

⁴¹³(1998) EOC 92-224.

⁴¹⁴La sección 33 estipula:

Nada en la división 1 o 2 hace ilegal el hacer un acto cuyo propósito es garantizar que personas de un sexo o estado civil particular, o personas embarazadas, tengan iguales oportunidades con otras personas en circunstancias estipuladas en esta Ley.

⁴¹⁵Re Application for an Exemption by the Australian Journalists' Association (1998) EOC 92-236, págs. 77, 209.

⁴¹⁶Re Municipal Officer's Association of Australia: Approval of Submission of Amalgamation to Ballot (1991) EOC 92-344, 12 International Labour Law Reports 57.

⁴¹⁷(1977) 1 NZLR, págs. 542-43.

⁴¹⁸Idem.

Bajo la Constitución Federal de Australia, en este respecto modelada al estilo de la de los Estados Unidos, el Parlamento federal tiene poderes legislativos limitados. Estos son menos extensos que los poderes de que goza el Congreso de los Estados Unidos y, cuando Australia ratificó la Convención de la CEDAW en 1984, el gobierno federal enfrentó la necesidad de legislar contra la discriminación en muchas áreas que, como tales, no entraban explícitamente bajo sus poderes legislativos enumerados. Antes de la ratificación de la Convención, el Parlamento no podía, por ejemplo, promulgar una ley a nivel nacional para prohibir el hostigamiento sexual en el empleo.

Sin embargo, con la ratificación de la Convención, el Parlamento entonces pudo utilizar su poder para legislar con respecto a "asuntos externos", poder que se ha mantenido lo suficientemente amplio para permitir que la legislatura federal implemente obligaciones de Australia con el tratado.⁴¹⁹ El Parlamento promulgó la Ley sobre Discriminación Sexual 1984, la cual contenía una estipulación que prohibía explícitamente el hostigamiento sexual en el trabajo; hasta donde incumbía al hostigamiento sexual de mujeres, la disposición era aplicable en toda la nación. La validez constitucional de la sección en este respecto, estaba basada en la perspectiva de que la discriminación sexual contra las mujeres era una forma de discriminación como la define la Convención y, que por lo tanto, la legislación estaba claramente dentro del poder federal legislativo.

En *Adridge v Booth*⁴²⁰ la disposición fue objetada por estar más allá del poder del Commonwealth, con base en que el hostigamiento sexual no era una forma de discriminación contra las mujeres, según la definición de la Convención. La Corte rechazó la recusación, dictando que el Artículo 11 de la Convención imponía una muy clara obligación a Australia de eliminar la discriminación sexual en el trabajo, y que el hostigamiento sexual era una forma de discriminación sexual dentro del significado de la Convención.⁴²¹ Por lo tanto, el ejercicio del poder legislativo estaba basado firmemente en la Convención y la disposición era constitucionalmente válida.⁴²²

Aunque cada invocación a la Convención u otro tratado de derechos humanos en una corte interna no conlleva una victoria,⁴²³ sí parece que la invocación de la Convención, en conjunción con otros instrumentos de derechos humanos y garantías estatutorias o constitucionales de igualdad, puede ayudar a adelantar un caso ante las cortes internas, al menos en los países del sistema del *common law*.

El uso de los instrumentos generales de derechos humanos

Existen muchos casos en los cuales los instrumentos generales de derechos humanos han sido utilizados por las cortes internas para adelantar los derechos humanos de las mujeres - nos

⁴¹⁹*Commonwealth v Tasmania* (el caso *Tasmanian Dams*) (1983) 158 CLR 1 (Alta Corte de Australia) (que dicta que el poder del Parlamento del Commonwealth para legislar con respecto a... "asuntos externos" permitió al Parlamento promulgar legislación para implementar las obligaciones de Australia con el tratado).

⁴²⁰(1998) EOC 92-222, 80 ALR 1.

⁴²¹Que la decisión de la corte era correcta en términos de la Convención, se puede ver por la opinión que expresa la CEDAW en su recomendación general 19 (1992), párrs. 17-18, en los cuales el Comité señala claramente que el hostigamiento sexual es una violación al Artículo 11 de la Convención y es una forma de violencia específica de género.

⁴²²(1988) EOC 92-222, págs. 77, 093-77, 095. La corte también rechazó un argumento de que la legislación que se aplicaba solamente al hostigamiento sexual contra las mujeres era incongruente con el Artículo 15(1) de la Convención, el cual estipula que "los Estados Partes reconocerán a la mujer igualdad con el hombre ante la ley". (1988) EOC 92-222, págs. 77, 095-77, 096.

⁴²³Ver Iwasawa, Yuji. *The Impact of International Human Rights Law on Japanese Law--The Third Reformation for Japanese Women*. *Japanese Annual of International Law* 21, 1991, págs. 56-61, quien describe varios casos en los cuales las cortes japonesas parecen haberse salido de su camino para no aplicar el claro lenguaje de la Convención.

hemos referido a varios de estos anteriormente.⁴²⁴ Se debe hacer mención, sin embargo, del caso *The State v Kule*.⁴²⁵ En este caso, Doherty, J. dictó que la costumbre de dar una hija en compensación y reparación por asesinato a la familia de la víctima, no era ejecutable, ya que ésta era una práctica o institución similar a la esclavitud, y por lo tanto, contraria a la sección 253 de la Constitución de Papua Nueva Guinea, la cual prohíbe "la esclavitud y el tráfico de esclavos en todas sus formas, y todas las instituciones o prácticas similares". Para llegar a esta conclusión, el juez interpretó la palabra "esclavitud" en la Constitución en referencia a la Convención sobre la Esclavitud⁴²⁶ y su Protocolo de enmienda,⁴²⁷ y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos, y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud,⁴²⁸ de las cuales Papúa Nueva Guinea es parte.

F. Conclusión

La discusión anterior ha, espero, demostrado que hay tanto justificación, como necesidad, de que las cortes nacionales hagan mayores esfuerzos por estar conscientes de los desarrollos internacionales en derechos humanos en general, y en particular en los relacionados con los de las mujeres. Aunque los sistemas nacionales frecuentemente ofrecerán protección más extensa y más sofisticada de los derechos fundamentales, ese no es de ninguna manera siempre el caso, y las metas conjuntas de garantizar la mejor protección de los derechos de aquellas personas bajo la jurisdicción de uno y garantizar que el Estado funcione de acuerdo a sus compromisos internacionales, justifica la más extensa referencia a y el uso de las normas internacionales para ayudar "a dar un soplo de vida a los (a veces) esqueletos secos"⁴²⁹ de nuestras constituciones.

⁴²⁴Ver, por ejemplo, los casos citados, supra nota 19

⁴²⁵(1991) PNGLR 404 (Corte Nacional de Justicia de Papua Nueva Guinea)

⁴²⁶60 LNTS 253 (1926).

⁴²⁷182 UNTS 51 (1953).

⁴²⁸266 UNTS 3 (1956).

⁴²⁹*Madhu Kishwar v State of Bihar* AIR 1996 SC 1864, pág. 1871, per K Ramaswamy, J.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS DE LAS MUJERES: DEFENSORIA DEL PUEBLO, HABEAS CORPUS Y AMPARO

Samuel B. Abad Yupanqui

En la actualidad, recuerda Bobbio, el grave problema que enfrentan los derechos humanos es precisamente el de protegerlos; "el problema real que se nos presenta es el de las medidas pensadas y pensables para su efectiva protección".⁴³⁰ Y es que no basta con lograr su reconocimiento normativo, a nivel interno o en el plano internacional, sino que se requiere con urgencia fortalecer los instrumentos e instituciones que brinda cada ordenamiento jurídico para tratar de alcanzar su sincera vigencia.

Asumiendo esta postura, nos parece de especial relevancia examinar el conjunto de herramientas constitucionales, o garantías, que en los últimos años vienen introduciendo los distintos ordenamientos jurídicos en la mira de contribuir a la protección de los derechos humanos. En este sentido, analizaremos en el presente ensayo el funcionamiento del Ombudsman, Procuraduría de los Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo o Defensoría de los Habitantes, y de dos procesos claves para la tutela de los derechos humanos, el hábeas corpus y el amparo. En ambos casos, incidiremos desde una perspectiva comparada, en su posible empleo para la defensa de los derechos humanos de las mujeres, a fin de evaluar en qué medida pueden ser útiles y constituyen avances con posibilidades de ser potenciados.

Como punto de partida, debemos precisar que entendemos por garantías constitucionales a los procesos e instituciones cuyo objetivo principal es proteger los derechos constitucionales y velar por el respeto del principio de supremacía de la Constitución. En palabras de Manuel Aragón, son "los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución".⁴³¹ La precisión efectuada nos sirve, además, para diferenciar las garantías de los derechos, pues no se trata de expresiones sinónimas como algunos ordenamientos jurídicos todavía suelen utilizar -por ejemplo México-, sino marcadamente distintas.

Una interesante clasificación de las garantías diseñadas para la protección de los derechos humanos, es la propuesta por Antonio Pérez Luño. Esta distingue tres bloques diferentes: garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales.

1. Las garantías normativas, sostiene Pérez Luño, se presentan cuando una Constitución contiene expresos dispositivos cuyo objeto es "asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación, así velar por la integridad de su sentido y función".⁴³² Aquí podemos referirnos a la fuerza vinculante de los derechos constitucionales frente a los poderes públicos e incluso los particulares, la rigidez del procedimiento de reforma constitucional que evita la fácil alteración del contenido de estos derechos, la reserva de ley según la cual el legislador es quien debe desarrollar su contenido y no el Ejecutivo, así como la cláusula que exige al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos constitucionales.⁴³³

⁴³⁰Bobbio, Norberto. Presente y provenir de los derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos. Nº 11. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, pág. 20.

⁴³¹Aragón Reyes, Manuel. La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional, en Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 17. Madrid, 1986, pág. 99.

⁴³²Pérez Luño, Antonio E. Los derechos fundamentales. 31 ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 66.

⁴³³Idem., págs. 66-77.

2. Las garantías jurisdiccionales son los procesos destinados a la protección de los derechos humanos que se ventilan ya sea ante el Poder Judicial o ante un órgano especializado, sea una corte o un tribunal constitucional. Héctor Fix Zamudio ha propuesto, incluso, una clasificación de estos procesos al distinguir los remedios procesales indirectos (su finalidad es proteger derechos ordinarios pero que en ocasiones podrían tutelar derechos humanos, v.g. el proceso ordinario); los instrumentos complementarios (sancionan la violación de los derechos cuando ésta ha sido consumada, v.g. el juicio político a los altos funcionarios); y los instrumentos procesales específicos (cuya finalidad es proteger los derechos humanos en forma inmediata y directa, v.g. el hábeas corpus y el amparo, tutela o recurso de protección).⁴³⁴

3. Las garantías institucionales, son los "instrumentos de protección institucional" destinados a la tutela de los derechos humanos. En tal sentido, pueden distinguirse instrumentos genéricos e instrumentos específicos.⁴³⁵ Entre los primeros, destaca el control parlamentario para verificar que los actos del Poder Ejecutivo sean respetuosos de los derechos reconocidos por la Constitución. Entre los segundos, el instrumento específico por excelencia es el Ombudsman, Defensoría del Pueblo o Procuraduría de los Derechos Humanos, cuyo objetivo precisamente es velar por el respeto y la promoción de los derechos humanos frente a los poderes públicos.

Los distintos conceptos de garantía empleados nos permiten detectar los esfuerzos que se vienen adoptando por tratar de velar por el respeto de los derechos humanos. Se trata de un proceso de avance en la lucha por la protección jurídica de estos derechos, aún inacabada, cuyas expectativas pueden llegar a ser alentadoras y cuyo ámbito de protección debe involucrar a todas las personas sin excepción, sean hombres o mujeres. Sin embargo, hay que reconocer, que en su conceptualización inicial no se pensó que estas garantías podrían ser utilizadas específicamente para la protección de los derechos humanos de las mujeres. En efecto, desde sus orígenes las garantías fueron diseñadas como instrumentos de defensa de la Constitución y de los derechos que ella reconoce, al margen de su posible contribución para revertir la situación desfavorable de las mujeres.

No obstante, es evidente que en las últimas décadas se viene destacando la importancia de reconocer y defender los derechos humanos de las mujeres, como forma de garantizar una convivencia pacífica entre los seres humanos. Así por ejemplo, la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) ha reconocido en forma expresa que los derechos humanos de la mujer "son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales"; en el mismo sentido, la reciente Declaración de Beijing (1995) sostuvo que "los derechos de la mujer son derechos humanos".

En esta dirección, los diversos Estados deben contribuir a garantizar el respeto de los derechos humanos de las mujeres. A estos fines, no puede escapar una moderna concepción de las garantías constitucionales, pues su función de velar por la vigencia de los derechos humanos, exige, sin duda, tomar en consideración que gran parte de las violaciones a estos derechos afectan precisamente a las mujeres. Por ello en las siguientes líneas nos dedicaremos a examinar los retos y limitaciones que presenta el funcionamiento de las garantías en estos casos.

⁴³⁴Fix Zamudio, Héctor. La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales. Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Civitas, Madrid, 1982, págs. 32-34.

⁴³⁵Pérez Luño, op. cit., pág. 93.

El Ombudsman, Procuraduría de los Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo o Defensoría de los Habitantes

1. Origen y difusión

La figura del Ombudsman, expresión que puede traducirse como el "representante de otra persona"⁴³⁶, aparece por vez primera en la Constitución sueca de 1809, aunque con antecedentes que datan de principios del siglo XVIII⁴³⁷. Posteriormente se introduce en Finlandia (1919) -país que antes había formado parte de Suecia-, y Dinamarca (1953). Como bien anota Fix Zamudio, a partir de la primera posguerra el Ombudsman ha inspirado el nacimiento de organismos similares en los restantes países escandinavos, y, con posterioridad a la segunda guerra mundial, ha logrado universalizarse al ser incorporada en los diversos ordenamientos jurídicos⁴³⁸.

Con posterioridad a su inicial introducción en países escandinavos como Suecia, Finlandia y Dinamarca, así como las variaciones introducidas por Gran Bretaña (*Parliamentary Commissioner for Administration*), Francia (*Médiateur*), Portugal (Proveedor de Justicia) y España (Defensor del Pueblo); en América Latina paulatinamente viene tomándose conciencia sobre su importancia. En efecto, a partir de la década de los noventa, etapa que cuenta con puntuales antecedentes, se aprecia un especial interés por incorporar al Ombudsman -con denominaciones como Defensoría del Pueblo, Procuraduría de los Derechos Humanos, Defensoría de los Habitantes o Comisión Nacional de Derechos Humanos- a los ordenamientos nacionales, por lo general en el marco de sendos procesos de reforma institucional⁴³⁹.

Esto último ha sucedido en países como Guatemala (1985), Brasil (1986 en el Estado de Paraná), México (1990), El Salvador (1991), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Paraguay (1992), Honduras (1992), Perú (1993), Argentina (1993), Bolivia (1994), Nicaragua (1995) y Ecuador (1996).

A ello han contribuido organizaciones que han surgido con la finalidad de promover la introducción del Ombudsman en los países de América Latina. Inicialmente, una de ellas es el Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensor del Pueblo que cuenta con partida de nacimiento en Caracas, Venezuela (junio de 1983), y que surgió "con el objeto de coordinar los esfuerzos dedicados al estudio, promoción y creación del Ombudsman en los distintos países de América Latina". Asimismo, destaca por su activa labor la Federación Iberoamericana del Ombudsman-Defensor del Pueblo, que agrupa a todos los Defensores, Procuradores o Comisionados de IberoAmérica, uno de cuyos objetivos esenciales es precisamente promover la difusión e institucionalización del Ombudsman o Defensor del Pueblo en IberoAmérica

A nivel de Naciones Unidas se viene desarrollando un importante trabajo sobre las denominadas "instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos",

⁴³⁶ Fairen Guillen, Víctor. El Defensor del Pueblo. Ombudsman. Tomo I, Parte General. Madrid, 1982, pág. 33.

⁴³⁷ Gil Robles y Gil Delgado, Alvaro. El control parlamentario de la administración (El Ombudsman). 21 ed. INAP, Madrid, 1981, págs. 38-39.

⁴³⁸ Fix Zamudio, Héctor. Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman, en Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, pág. 212.

⁴³⁹ La tardía recepción del Ombudsman en América Latina, como anota Fix Zamudio, puede explicarse por diversos factores, entre los que se puede señalar, lo escaso y reciente de los estudios en castellano sobre dicha institución, la reducida difusión de esta figura, la complejidad de la expresión Ombudsman que no es explicativa de sus alcances, así como por ser ajena a la tradición jurídica de nuestros países. Ver Fix Zamudio, Héctor. Posibilidad del Ombudsman en el Derecho Latinoamericano, en La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la Institución del Ombudsman en Suecia. UNAM, México, 1986, págs. 34-35.

una de las cuales es, precisamente, la Defensoría del Pueblo. En esta dirección, en octubre de 1991, el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas organizó un primer encuentro, en el que se propuso a los gobiernos que incluyeran en sus legislaciones internas determinados principios generales adoptados con motivo de tal reunión⁴⁴⁰.

Esto fue ratificado en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, al solicitarse que "se creen o refuercen instituciones nacionales", teniendo en cuenta los "principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales", reconociendo, por cierto, que "cada Estado tiene derecho a elegir el marco que mejor se adapte a sus necesidades nacionales específicas"⁴⁴¹.

De esta manera, puede apreciarse que en el plano internacional, existe una fuerte y activa corriente que viene promoviendo la introducción de instituciones de esta naturaleza en los países de América Latina, pues constituye una señal positiva de que se vienen dando los pasos necesarios para respetar los derechos de las personas y fortalecer su institucionalidad democrática.

2. Naturaleza jurídica y facultades

Pese a su notable difusión y a las modificaciones que paulatinamente van siendo introducidas para adaptar la institución a la realidad de cada país, existen algunos rasgos esenciales que caracterizan al Ombudsman. El profesor Donald C. Rowat los ha sintetizado del modo siguiente:

- 1) es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila a la administración;
- 2) se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y los errores administrativos; y
- 3) tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas⁴⁴².

A lo señalado debe agregarse que esta institución carece de atribuciones coercitivas, el control que ejerce lo hace a través de la recomendación, la crítica, la elaboración de informes periódicos y la sugerencia de modificación de conductas;⁴⁴³ es decir el Defensor del Pueblo no dicta sentencias ni impone sanciones. El respeto de sus decisiones se debe a su elevada y reconocida autoridad moral.⁴⁴⁴ Como anota Víctor Fairén el éxito de la figura depende de la persona que se nombre, de su "*auctoritas*"⁴⁴⁵. Su estrecho vínculo con los medios de comunicación social contribuye a dotarlo de una activa presencia pública, publicidad vital para el

⁴⁴⁰Cfr. Documento de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. E/CN.4/1992/43, 16 de diciembre de 1991, págs. 52-56. Ver, asimismo, Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Instituciones nacionales de derechos humanos. Serie de capacitación profesional No. 4. Nueva York y Ginebra, 1995.

⁴⁴¹Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993, párr. 36, pág. 46.

⁴⁴²Rowat, Donald C. El Ombudsman. El defensor del ciudadano. Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pág. 39.

⁴⁴³Gil Robles y Gil Delgado, Alvaro. El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina. Revista de la AIO. N° 13. 1994, pág. 81.

⁴⁴⁴En Colombia, esta modalidad de control ha sido bautizada como "control defensorial". Ver Córdoba Treviño, Jaime. Primer Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia. Serie de Documentos 7, 1994, pág. 18.

⁴⁴⁵Fairén Guillén, op. cit., pág. 48.

adecuado desempeño de su labor. De ahí que tradicionalmente haya sido concebido como una "magistratura de simple persuasión"⁴⁴⁶.

Cabe anotar que países, como Guatemala, El Salvador, Colombia y Perú dan prioridad al trabajo en derechos humanos -promoción, defensa, investigación y denuncia-, que incluso llega a explicar el propio nombre de la institución pues los dos primeros lo bautizan sugestivamente como Procurador de los Derechos Humanos. Y es que, como bien se sostuvo en una Declaración de los Defensores del Pueblo y Procuradores de Derechos Humanos de América Latina (San José de Costa Rica, junio de 1994) "en América Latina la misión de esta institución tiene un énfasis especial en la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos en su sentido más amplio".

Para el ejercicio de sus competencias, -que por ejemplo, de acuerdo con la Constitución peruana de 1993, son las de defender los derechos constitucionales, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos-, los distintos ordenamientos jurídicos dotan a esta institución de puntuales facultades. Si bien no son las mismas en todos los países, podemos agruparlas de la siguiente manera:

- < Orientación a las personas que acuden a la institución respecto a sus derechos y a las vías institucionales existentes para hacerlos valer
- < Investigación, de oficio o a pedido de parte, de los excesos de la administración estatal o de sus agentes, incluyendo a las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y la prestación de servicios públicos por particulares
- < Legitimación para interponer los procesos de hábeas corpus, amparo, acción de inconstitucionalidad, entre otros
- < Posibilidad de participar en cualquier procedimiento administrativo en defensa de los derechos de las personas
- < Iniciativa legislativa para el perfeccionamiento de la legislación en materia de derechos humanos, así como promoción de la firma, ratificación, adhesión y difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos
- < Promoción y difusión de los derechos humanos
- < Elaboración de informes especiales y anuales al Congreso
- < Realización de funciones de mediación para solucionar las quejas que se le presenten
- < Elaboración de resoluciones y formulación de recomendaciones
- < Presentación de denuncias penales cuando existen conductas presumiblemente delictivas

3. La Defensoría del Pueblo y la defensa de los derechos humanos de las mujeres

Como hemos indicado, las diversas instituciones del Estado deben de contribuir a garantizar la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Esto se viene apreciando en la labor de la Defensoría del Pueblo o Procuraduría de los Derechos Humanos en los países de América Latina en donde se encuentra en pleno funcionamiento, tal como sucede en Guatemala, México, El Salvador, Costa Rica, Colombia, Perú y Ecuador. Si bien, las experiencias de dichos países no son idénticas, demuestran como primer paso importante haber

⁴⁴⁶La Pergola, Antonio. Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada. Revista de Estudios Políticos. N° 7. Madrid. 1979, pág. 75.

tomado en cuenta la magnitud de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, así como tratar de darles, desde la Defensoría, puntuales alternativas de solución.

Es más, en la Primera Conferencia Tricontinental de Instituciones de Defensa y Promoción de Derechos Humanos realizada en Canarias, España, en noviembre de 1995, que congregó a ciento treinta y cinco representantes de instituciones y asociaciones de defensa y promoción de derechos humanos (Defensores, Ombudsmen, Comisiones Nacionales, entre otros), se adoptó la siguiente declaración:

Esta Conferencia Tricontinental suscribe la Plataforma de Acción de Beijing, de 1995, como Carta que recoge los derechos de la mujer como derechos humanos fundamentales, y demanda que sus reivindicaciones sean tenidas en cuenta en la actividad de los Defensores de Derechos Humanos.

Vale la pena anotar que el reconocimiento de la situación de discriminación de la mujer, condujo a la reforma legislativa en Costa Rica de la Ley 7319 del 17 de noviembre de 1992 que bautizó a esta institución como el Defensor de los Habitantes. Dicha denominación produjo severos cuestionamientos pues bien podía suceder que su titular sea una mujer y porque además, como se indicó en el Informe Anual 1995 de la Defensoría de los Habitantes:

la utilización de términos masculinos para denominar instituciones y cargos públicos es una de las causas más frecuentes de reproducción de las relaciones de discriminación que viven las mujeres en todo el mundo, pues constituye un mensaje subliminal dirigido a ambos sexos para que se considere como normal que los jefes de las instituciones sean varones⁴⁴⁷.

Todo ello propició que el Defensor de los Habitantes y la Defensora Adjunta presentaran un proyecto de ley proponiendo el cambio de la denominación original que se cristalizó en la Ley 7423 de 17 de agosto de 1994. De esta manera, se modificó el nombre de dicho órgano por el de Defensoría de los Habitantes.

De otro lado, el reconocimiento de la importante labor que puede desarrollar la Defensoría del Pueblo en defensa de los derechos de las mujeres explica que el proyecto de reforma constitucional N°. III-94-130 presentado el 3 de octubre de 1994 al Congreso ecuatoriano haya propuesto explicitar que el Procurador de los Derechos Humanos - denominación tomada de los países de CentroAmérica para bautizar a la Defensoría del Pueblo- tiene la atribución de:

promover acciones para garantizar la plena participación de la mujer en la vida nacional, especialmente en contra de la discriminación en el acceso, conservación y promoción del empleo, igualmente en lo que concierne al abuso y maltrato físico y mental de la mujer, el menor, el anciano y el minusválido.

Con ello, se trató de reconocer desde el plano constitucional la misión asignada a una institución de esta naturaleza.

3.1. Facultades de la Defensoría y estrategias de actuación para la defensa de los derechos de las mujeres

⁴⁴⁷Defensoría de los Habitantes de la República. Informe anual 1994-1995, presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de junio de 1995. Imprenta Nacional, San José, C.R., pág. 29

Una precisión inicial es que la Defensoría sólo investiga las violaciones cometidas por los poderes públicos, es decir, no examina las quejas que se formulen directamente contra los particulares. Esto significa, por ejemplo, que en los casos de violencia contra la mujer en las relaciones familiares la Defensoría no podría intervenir directamente contra la conducta del cónyuge o conviviente agresor. En tales situaciones puede actuar de modo indirecto, es decir, contra la autoridad o funcionario que no recibe o no atiende debidamente la denuncia formulada por la mujer afectada. Otra posible intervención, le permitiría presentar el caso a la autoridad judicial -por ejemplo, a través de un hábeas corpus- o formalizar una denuncia ante la autoridad policial competente o ante el Ministerio Público⁴⁴⁸.

Asumidas las funciones que en general puede cumplir la Defensoría, resulta conveniente sistematizar y evaluar las estrategias de actuación que en la experiencia comparada se vienen desarrollando para la defensa de los derechos de las mujeres.

a) Investigación de quejas

Es evidente, que la Defensoría del Pueblo puede brindar atención y resolver las quejas presentadas contra las violaciones cometidas por agentes estatales, tanto por acción (v.g. discriminación, acoso sexual, etc), como por omisión (v.g. no implementación de leyes o políticas favorables a la mujer).

En España, por ejemplo, se iniciaron investigaciones, incluso de oficio, ante situaciones de discriminación laboral. Esto sucedió, por ejemplo, cuando el Alcalde del Ayuntamiento de Cabezas Rubias (Huelva) sostuvo que no contrataría mujeres porque no eran aptas para las tareas de construcción. Ante la intervención de la Defensoría del Pueblo, el Ayuntamiento acordó que en períodos sucesivos contrataría para plazas similares a mujeres⁴⁴⁹.

En América Latina, la Defensoría de los Habitantes (Costa Rica) ha tramitado diversas quejas ante situaciones de discriminación a los derechos laborales de las mujeres como consecuencia de estar embarazadas, o por haber sido hostilizadas sexualmente.

En la misma línea de tutela destaca la actuación de la Defensoría del Pueblo de Colombia. Dicha institución, por ejemplo, intervino en una queja presentada por una mujer separada, madre de tres hijos que consideraba discriminatorio el mayor puntaje asignado por el Fondo Nacional de Ahorro para el otorgamiento de viviendas a las mujeres casadas o que tienen pareja (50 puntos), que a las mujeres separadas (20 puntos). La Defensoría, ante la queja formulada, recomendó al Fondo revisar la política de crédito indicándole que "de acuerdo con la Constitución y la Ley 82 de 1993, la mujer cabeza de familia tiene especial protección". Ante tal recomendación el Fondo eliminó del proceso de calificación la mención al estado civil⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸En Guatemala, por ejemplo, ante una denuncia telefónica respecto a una situación de maltrato y abandono de cuatro menores de edad (Caso de los hermanitos Rojas), la Procuraduría intervino comprobando los hechos denunciados y presentando el caso a la autoridad judicial competente. Una estrategia similar, creemos, podría utilizarse antes situaciones de maltrato a una mujer. Ver Procurador de los Derechos Humanos. Informe circunstanciado de actividades y de la situación de los Derechos Humanos durante 1992. Guatemala, 1992, pág. 45.

⁴⁴⁹Defensor del Pueblo. Informe anual 1994 y debates en las Cortes Generales. I. Informe. Volumen 1. Madrid, Cortes Generales, 1995.

⁴⁵⁰Defensoría del Pueblo. Segundo Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia. 1995, págs. 265-266, págs. 14-15.

Por su parte, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (México) en uno de sus materiales de divulgación ha precisado que:

Cuando alguien no respete sus derechos a una mujer y cuando las autoridades administrativas que deban protegerla no cumplan con ese deber; o cuando sea precisamente una autoridad la que viole esos derechos, la mujer podrá acudir a una de las Comisiones de Derechos Humanos a presentar su queja contra la autoridad involucrada.

En esta dirección, la referida Comisión conoció el caso de una mujer que había acudido al Instituto Mexicano de Seguridad Social para someterse a un examen médico debido a su estado de embarazo, donde se le colocó un dispositivo intrauterino sin su consentimiento. Ante tal situación, la Comisión "recomendó llevar a cabo el procedimiento administrativo interno para determinar la probable responsabilidad en que incurrieron los servidores públicos participantes en los hechos, e imponer las sanciones que resultaren aplicables". Asimismo, recomendó indemnizar a la agraviada por los gastos en que había incurrido al acudir a un médico particular que le detectó y retiró el dispositivo intrauterino⁴⁵¹.

En el Perú se ha intervenido en diversas ocasiones en las cuales las autoridades policiales se negaban a recibir una denuncia por violencia familiar, o en circunstancias que evidenciaban un trato discriminatorio frente a la situación de la mujer. Por ejemplo, cuando un colegio estatal se negaba a matricular a una alumna menor de edad por haber tenido un hijo. Asimismo, se ha tenido una activa intervención ante casos de mujeres esterilizadas sin su debido consentimiento en el marco de programas estatales de salud reproductiva y planificación familiar.

b) Intervención en procesos constitucionales

La Defensoría está legitimada para interponer procesos constitucionales en defensa de los derechos humanos de las mujeres. En Colombia, por ejemplo, interpuso una acción de tutela o amparo en favor de una estudiante del Colegio del Norte, de Sincelejo a la que se le negaba la posibilidad de continuar sus estudios de bachillerato por haber quedado embarazada indicándose que se había violado el reglamento del centro educativo. En este caso, el juez acogió el pedido del Defensor y amparó los derechos de la estudiante⁴⁵².

Por su parte, en el Perú se presentaron diversas acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra puntuales normas discriminatorias. Esto sucedió cuando se demandó un artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecía como requisito para ser juez o fiscal de familia haber contraído matrimonio y ser padre de familia. Antes que el Tribunal Constitucional dicte sentencia sobre el fondo, el Congreso aprobó la Ley N° 26765 modificando el dispositivo cuestionado. Asimismo, la Defensoría cuestionó el artículo 3371 del Código Civil, según el cual en casos de disolución del vínculo matrimonial, la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa (reconocidas como causales de separación de cuerpos y de divorcio) son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, la costumbre y la conducta de ambos cónyuges. El 29 de abril de 1997, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda interpuesta respecto a las causales de sevicia y conducta deshonrosa, e infundada en lo relativo a la injuria grave.

⁴⁵¹Comisión Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual 1993 - 1994. México, 1994, págs. 166-167.

⁴⁵²Defensoría Del Pueblo. Segundo Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia. Bogotá, 1995, págs. 235-236.

c) Elaboración y presentación de informes

La elaboración de informes sobre la vigencia de los derechos humanos en un país determinado es una atribución fundamental de la Defensoría. En este sentido una pieza clave de los mismos será la indicación de la situación de los derechos humanos de la mujer.

Algunos países incluyen en sus respectivos informes un acápite destinado a dar cuenta sobre la labor desarrollada en defensa de los derechos de las mujeres, tal como sucede en México, Costa Rica, El Salvador y Guatemala. Aquí es justo reconocer que piezas importantes que demuestran el relevante interés que se concede a la protección de los derechos humanos de las mujeres, son los Informes Anuales correspondientes al período 1994-1995 elaborados por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y la Procuraduría de los Derechos Humanos de El Salvador. Lo propio ha sucedido en el Perú, en su primer informe anual presentado al Congreso de la República en el mes de mayo de 1998.

d) Iniciativa legislativa y promoción de aprobación de tratados internacionales

La iniciativa legislativa para la formulación de normas que garanticen los derechos de las mujeres, así como la promoción para la suscripción por parte de los Estados de tratados favorables a las mujeres (v.g. la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer), son también facultades de la Defensoría.

En este sentido, en España como consecuencia de una recomendación del Defensor del Pueblo se dejó sin efecto el Decreto de 26 de julio de 1957 que establecía determinadas prohibiciones para el trabajo de las mujeres.

En América Latina, la Defensoría de la Mujer (Costa Rica), propuso la reglamentación del Artículo 30 de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer que modificó el Artículo 152 del Código de Procedimientos Penales. La Corte Suprema designó una Comisión encargada de elaborar el proyecto que fue aprobado y publicado en diciembre de 1994⁴⁵³. Por su parte, en El Salvador, la Procuraduría elaboró un proyecto de ley preventiva de la violencia familiar que presentó a la Asamblea Legislativa el 25 de noviembre de 1994; asimismo se pronunció por la pronta firma y ratificación de la Convención Interamericana sobre la violencia contra la mujer⁴⁵⁴. También en el Perú, la participación de la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer ha contribuido sustantivamente con la labor legislativa formulando opiniones y recomendaciones en torno a puntuales proyectos de ley, así como participando en diversas audiencias públicas.

e) Función de asesoría y orientación

La asesoría y orientación gratuita para que las personas que acudan a la Defensoría se dirijan a las autoridades competentes a través de las vías legales establecidas, constituye una alternativa que cobra especial relevancia cuando se trata de violaciones a los derechos de las mujeres. Así, por ejemplo, si una mujer acude a la Defensoría quejándose específicamente por los maltratos cometidos por su pareja, el funcionario que la atiende -pese a carecer de competencia para resolver la queja formulada- puede orientarla para llevar su denuncia a una

⁴⁵³ Defensoría De Los Habitantes. Informe Anual 1995, p.115.

⁴⁵⁴Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Informe 94-95. El Salvador, 1995, pág. 104.

Comisaría de Mujeres. En estos casos, la cercanía y colaboración del personal de la Defensoría con las víctimas contribuye a alcanzar una vía de solución a los problemas suscitados.

Reconociendo la importancia de esta función, en algunos países, como El Salvador, se dota a la Procuraduría de una Sección de Orientación Jurídica y Asistencia Social, que puede brindar a las personas primeros auxilios psicológicos, jurídicos y hasta laborales en los casos que no son de su competencia y luego canalizar a la víctima ante la dependencia estatal competente⁴⁵⁵. Una función como ésta de orientación y asesoría respecto al trámite administrativo o judicial que debe seguir la víctima para procurar solucionar sus problemas también se presenta en la Procuraduría de Guatemala⁴⁵⁶. En Colombia, sucede lo mismo, pues la Defensoría orienta a las mujeres que acuden a ella sobre el uso de los mecanismos policiales o judiciales existentes ante situaciones de violencia familiar⁴⁵⁷.

f) Resoluciones y recomendaciones

La experiencia comparada demuestra la importante labor que viene cumpliendo la Defensoría para contribuir a solucionar los conflictos llegados a su conocimiento.

Así por ejemplo, en España se presentó una queja porque la identificación de las personas en diversos documentos oficiales contenía las siglas V referida al "varón" y H relativa a la "hembra". Luego de la intervención del Defensor se detectó que ello significaba un incumplimiento del Real Decreto 782/1993 y se recomendó sustituir la expresión "hembra" por la de "mujer" a fin de hacer efectivo el principio de plena igualdad⁴⁵⁸.

Por su parte, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica ha emitido diversas recomendaciones sobre casos de hostigamiento sexual. En este sentido, la Recomendación del 11 de abril de 1994 (Exp. 279-01-94) consideró:

Que la Junta de Relaciones Laborales realice las gestiones necesarias con el fin de incluir un capítulo en el reglamento de servicio interno del Banco con normas que tipifiquen y sancionen el hostigamiento sexual, así como sus procedimientos⁴⁵⁹.

De modo similar, en el expediente 2158-01-94, con fecha 23 de setiembre de 1994 se recomendó tomar en cuenta que:

pese a la inexistencia de una ley específica aprobada sobre el tema, existen normas generales en el Código de Trabajo susceptibles de ser aplicadas para el caso de que en vía administrativa se logre comprobar el hecho, tales como el... artículo 69 inciso c) que le impone la obligación al patrono de un trato considerado al trabajador, absteniéndose de maltrato de palabra⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵Idem., pág. 60.

⁴⁵⁶Procurador De Los Derechos Humanos. Primer período constitucional 1987 - 1992. Guatemala, pág. 18.

⁴⁵⁷Córdoba Treviño, Jaime. Discurso de apertura en el seminario internacional: Avances en la construcción de la igualdad para las mujeres colombianas. Defensoría del Pueblo, Serie Fémina 4. Bogotá, 1995, pág. 11.

⁴⁵⁸Defensor Del Pueblo. Informe anual 1994 y debates en las Corte Generales. I. Informe. Volumen 1, pág.13.

⁴⁵⁹Defensoría de los Habitantes. Defensoria De La Mujer. Hostigamiento sexual. Algunas consideraciones teóricas y jurídicas. San José, C.R., julio, 1995, pág. 11.

⁴⁶⁰Idem., pág. 12.

De otro lado, en Argentina, el Defensor del Pueblo, ante el incumplimiento del cupo previsto por la Ley 24012 sobre participación de la mujer en listas de candidatos a cargos electivos en un mínimo de 30% por el Partido Renovador del Salta, resolvió el 14 de marzo de 1995:

Exhortar al señor Procurador General de la Nación para que instruya a los representantes del Ministerio Público Fiscal, a fin de que adopten los recaudos tendientes a garantizar el efectivo cumplimiento de la Ley 24012 y el Decreto 379/93, en la etapa de oficialización de las listas que presenten los partidos políticos⁴⁶¹.

Del mismo modo, ante el incumplimiento de la referida norma resolvió:

Exhortar a la Cámara Nacional Electoral para que, por las vías que estime conducentes, inste a los juzgados federales con competencia electoral en los diferentes distritos del país, a efectos de verificar que las listas de candidatos presentadas para su registro por los partidos políticos, en vista a los comicios a realizarse el 14 de mayo de 1995, cumplan con los porcentajes de participación femenina prevista en la Ley 24012 y el Decreto 379/93⁴⁶².

A su turno, en México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos propuso a los Procuradores Generales de Justicia del Distrito Federal y de las entidades federativas, entre otros aspectos, que se instalen agencias especializadas de atención a las víctimas de violencia doméstica y de delitos sexuales⁴⁶³.

Finalmente en el Perú, se han dictado diversas resoluciones defensoriales para tratar de garantizar los derechos de las mujeres. En este sentido, es del caso mencionar la Resolución Defensorial N° 01-98/DP de 26 de enero del mismo año, a través de la cual se formularon diversas recomendaciones en torno a las irregularidades que se habían presentado en la aplicación del programa de planificación familiar a cargo del Ministerio de Salud.

g) Observación preventiva e informes especiales

Esta función de investigación y monitoreo de situaciones sociales de especial relevancia tiene singular importancia para el caso de los derechos de las mujeres. La experiencia comparada da cuenta de ello.

En Colombia se realizó un estudio sobre la situación de las mujeres en las cárceles, para determinar las limitaciones al ejercicio de su sexualidad, salud, maltratos, requisas íntimas, etc. Un estudio similar se llevó a cabo en Costa Rica, donde además se examinó la situación de las mujeres que requieren ser esterilizadas. En este país, también se llevó a cabo una investigación sobre la aplicación judicial de la Ley de Igualdad Real, en concreto de su Artículo 30 que reforma el Artículo 152 del Código de Procedimientos Penales y que contempla una nueva figura para la protección de las víctimas de violencia, la cual demostró su poca aplicación y las limitaciones del dispositivo en cuestión⁴⁶⁴. Por su parte, la Procuraduría para la Defensa de los

⁴⁶¹Defensor del Pueblo de la Nación. Primer Informe Anual 1994. República Argentina. Tomo I, pág. 283.

⁴⁶²Idem., pág. 287.

⁴⁶³Comisión Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual, mayo 1993 - mayo 1994. México D.F., 1994, pág. 654.

⁴⁶⁴Defensoría de los Habitantes. Defensoría de la Mujer. Violencia en las relaciones de pareja. Alternativas legales para enfrentarla. San José, C.R., febrero de 1995, págs. 11-12.

Derechos Humanos del El Salvador llevó a cabo durante 1994 una investigación sobre violencia doméstica.

En México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos realizó un estudio a partir de las quejas presentadas sobre las causas que originan violaciones sistemáticas a los derechos humanos de las mujeres, elaborando un diagnóstico y planteando propuestas de solución a las mismas⁴⁶⁵. Por su parte, en el Perú se elaboró el Informe Defensorial sobre Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria, en el cual luego del análisis de los casos llegados a la Defensoría se formulaban puntuales recomendaciones.

h) Promoción y difusión de los derechos de las mujeres y las formas de su protección

La promoción y difusión para contribuir al cambio de patrones culturales y prácticas sociales que discriminan a las mujeres es una función que corresponde a esta institución.

En este sentido, la elaboración de diversos folletos⁴⁶⁶, materiales audiovisuales o radiales⁴⁶⁷, y publicaciones⁴⁶⁸ destinados a la difusión de los derechos humanos de las mujeres es una estrategia frecuente en las Procuradurías o Defensorías de países como Guatemala, El Salvador, Costa Rica y México.

Asimismo, se han llevado a cabo diversos programas de formación y capacitación, como el que se realizó en Colombia bajo el título El Servidor Público y los Derechos de la Mujer, proyecto que en 1994 llegó a 35 ciudades y capacitó a 2,373 funcionarios y cuya finalidad era sensibilizar a los servidores públicos frente a la situación de la mujer⁴⁶⁹. Por su parte en El Salvador, en 1994, se realizaron cursos de capacitación sobre derechos de la mujer y teoría de género. En la misma dirección, el Programa sobre Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, ha llevado a cabo diversos Seminarios (por ejemplo uno sobre Los nuevos saberes en materia de violencia intrafamiliar, en colaboración con la Universidad Autónoma Metropolitana en agosto de 1994); es más, incluso ha diseñado el Diplomado en Violencia Intrafamiliar en colaboración con la referida Universidad, el cual está dirigido a funcionarios públicos, jueces y fiscales⁴⁷⁰.

3.2. Hacia una institucionalización de la defensa y promoción de los derechos de las mujeres

⁴⁶⁵Comisión Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual, mayo 1993 - mayo 1994. México D.F., 1994, pág. 654.

⁴⁶⁶Así por ejemplo en Colombia, la Defensoría del Pueblo publicó un folleto sobre Mecanismos de protección de la mujer víctima de la violencia intrafamiliar y sexual. Serie Fémica N° 1. Bogotá, 1995.

⁴⁶⁷La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México cuenta con videos para la promoción de los derechos de las mujeres, así como "cápsulas" para programas de radio.

⁴⁶⁸Procuraduría de los Derechos Humanos. Derechos de la Mujer. Guatemala, 1992. Se trata de un fascículo que forma parte del proyecto de difusión de derechos humanos en el sistema escolar que contiene incluso una metodología de enseñanza.

⁴⁶⁹Defensoría del Pueblo. Segundo Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia. 1995, pág. 45.

⁴⁷⁰Comisión Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual, mayo 1994 - mayo 1995. México D.F., 1995, págs. 703-04.

El reconocimiento de la importante labor que compete a la Defensoría del Pueblo en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres, ha conducido a que diversos países incorporen en la estructura orgánica de la Defensoría determinadas Oficinas especializadas encargadas de esta labor. Así ha sucedido, en El Salvador con la Procuraduría Adjunta de los Derechos de la Mujer, en México con la creación del Programa sobre Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia, e igualmente en Guatemala, Colombia, Perú y Ecuador. En México y Colombia, la propuesta, si bien resulta interesante, no deja de ser polémica pues introduce una Defensoría para Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia -en Colombia incluyen a los ancianos-, vinculando a sujetos que no se encuentran en la misma situación.

En todo caso, podemos distinguir algunas posibilidades de diseño institucional destinadas a contribuir a la protección de los derechos humanos de las mujeres.

a) La creación de un órgano especializado

Si bien algunas Defensorías del Pueblo no brindan atención institucional especializada en la defensa de los derechos de la mujer, tal como sucede en Argentina cuya estructura orgánica asigna a los dos Adjuntos del Defensor el control de áreas específicas (tres cada uno), ninguna dedicada exclusivamente a los derechos de la mujer⁴⁷¹; otras Defensorías acogen opciones distintas.

Así por ejemplo en Guatemala, la Procuraduría de los Derechos Humanos cuenta con un Departamento de la Defensoría de la Mujer que desarrolla labores de formación, capacitación, publicación, difusión, formulación de propuestas y de coordinación con instituciones gubernamentales y no gubernamentales de protección de los derechos de las mujeres⁴⁷².

De otro lado, como antes indicamos, en Colombia existe una Defensoría Delegada para los Derechos del Niño, la Mujer y el Anciano. La Resolución N° 159 de la Defensoría del Pueblo de 1 de febrero de 1994 precisa las siguientes funciones de dichos defensores delegados:

- < Prestar asesoría al Despacho del Defensor del Pueblo
- < Asesorar al Defensor del Pueblo en la presentación de propuestas legislativas
- < Mantener informado al Defensor del Pueblo sobre el curso de las propuestas legislativas sobre sus áreas de competencia
- < Evaluar la situación de los derechos humanos y sugerir las observaciones, recomendaciones o denuncias pertinentes
- < Establecer comunicación permanente y compartir información con las organizaciones gubernamentales y las ONGs de derechos humanos
- < Apoyar y asesorar a las demás dependencias de la Defensoría
- < Las demás que le sean asignadas por el Defensor del Pueblo

De modo similar, El Salvador cuenta con una Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer, cuyo papel durante 1994 estuvo destinado a "vigilar que se administre justicia ante la violencia familiar, debido a que estos casos no son considerados de importancia por muchos jueces", la "elaboración de la ley preventiva de la violencia familiar" y la capacitación y difusión de los derechos humanos de las mujeres y teoría de género, entre otros

⁴⁷¹Defensor del Pueblo. Primer Informe Anual, 17/10/94 al 31/12/94. Tomo I, págs. 169 y sgts.

⁴⁷²Procurador de los Derechos Humanos. Informe circunstanciado de actividades sobre la situación de los Derechos Humanos durante 1993. Guatemala, 1994, pág. 250.

aspectos⁴⁷³. Cabe anotar que la referida Procuraduría Adjunta inició sus labores en 1992 con la misión de:

promover, garantizar y supervisar el respeto de los derechos de la mujer; además debe vigilar el cumplimiento de los mismos, dentro del marco de una defensa integral; y propiciar, de manera especial toda legislación encaminada a obtener y asegurar la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley.⁴⁷⁴

Precisamente, en el último informe anual presentado por la Procuradora de los Derechos Humanos de El Salvador, se precisan las políticas y estrategias propuestas por la Defensoría Adjunta para la Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer. En el referido informe se destaca que su función será la de:

- < Investigar y evaluar la situación de los derechos de la mujer en El Salvador y realizar los recursos legales que corresponden
- < Crear lugares para prevenir la violencia familiar
- < Investigar las denuncias de violaciones a los derechos de las mujer
- < Tramitar las denuncias de violación a los derechos de la mujer y proponer a la señora Procuradora las resoluciones que correspondan
- < Promover y difundir los derechos de la mujer a diferentes sectores de la población salvadoreña a través de diferentes medios de comunicación
- < Asesorar y orientar a las víctimas de violaciones a los derechos de la mujer e indicarle las acciones legales que corresponden para hacer valer sus derechos
- < Establecer coordinaciones con entidades gubernamentales y no gubernamentales, que trabajan por el rescate de la dignidad de la mujer, para aunar esfuerzos en esta labor⁴⁷⁵

Por su parte, en México, el 5 de julio de 1993, el Consejo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos acordó crear un Programa de Asuntos de la Mujer que inicialmente tenía por único objeto, conforme se precisa en el Informe Anual 1993-1994:

el estudio, la protección, la promoción y la divulgación de los derechos humanos de las mujeres en razón de su género. Pretende lograr una eficaz atención de las quejas que se presenten sobre violaciones a los derechos humanos de las mujeres, en virtud de su condición femenina. Al mismo tiempo busca promover modificaciones tanto a la legislación como a las prácticas administrativas que propician dichas violaciones y realiza, por diversos medios, actividades de difusión y divulgación tendientes a modificar los patrones culturales que sustentan la discriminación de la mujer y la violencia que se ejerce contra ella⁴⁷⁶.

Un año después, el Consejo en su sesión del 4 de julio de 1994, amplió las atribuciones del referido programa para atender las violaciones de los derechos humanos de los niños y de los demás miembros de la familia⁴⁷⁷. De esta manera, como hemos cuestionado, se incluyó en un mismo programa a sujetos que presentan una distinta naturaleza. Mejor hubiera sido mantener el criterio inicialmente adoptado.

⁴⁷³Molina Fonseca, Carlos Mauricio. Informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, en Conciencia. Año 2, N° 006. Febrero de 1995, pág. 7.

⁴⁷⁴Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Informe 94-95. El Salvador, 1995, pág. 98.

⁴⁷⁵Idem., pág. 103.

⁴⁷⁶Comisión Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual, mayo 1993 - mayo 1994. México D.F., 1994, pág. 653.

⁴⁷⁷Comisión Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual, mayo 1994 - mayo 1995, México, D.F., pág.701.

Otra posibilidad de renacimiento de un órgano al interior de esta institución se ha presentado en Costa Rica, pues la Defensoría de los Habitantes cuenta con una Dirección encargada de los derechos humanos de las mujeres.

Recogiendo parcialmente esta tendencia el proyecto de ley boliviano elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, dispuso que: "El Defensor del Pueblo organizará y desarrollará programas especiales para la defensa de los derechos humanos, en temas específicos de interés, tales como... violencia intrafamiliar" (Art. 17, inciso h)⁴⁷⁸. Hubieramos preferido que el texto aluda expresamente a los derechos humanos de las mujeres y no lo restrinja sólo a la violencia intrafamiliar, tal como en su momento lo propuso la Comisión Andina de Juristas⁴⁷⁹.

Asimismo, en el Perú el Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo creó la figura de los Defensores Especializados. Precisamente, a través de la Resolución Defensorial N° 017-96/DP de 9 de octubre de 1996 se designó a la primera Defensora Especializada en los Derechos de la Mujer. Desde antes del inicio de sus funciones, esta Defensoría contó con el activo apoyo de organizaciones no gubernamentales, las cuales alcanzaron al Defensor un plan de acción de lo que podría ser el trabajo de la Defensoría de la Mujer. Dicho documento concibió su misión como la de "aportar en el logro del derecho a la igualdad real de las mujeres en el Perú y garantizar la vigencia de sus derechos humanos".

Cabe por último precisar que la introducción de una Defensoría especializada en derechos de la mujer no significa que ella sea la encargada de canalizar todas las quejas o denuncias presentadas por la violación de los derechos humanos de las mujeres, pues para esto existe la Dirección u Oficina General de Recepción de Quejas. En todo caso, la Defensoría de la Mujer puede, si lo considera oportuno, dar un seguimiento y asesoramiento especial a aquellas quejas que considere especialmente relevantes.

a) Comité Consultivo o de Asesoramiento

En la legislación de algunos países se ha planteado la conveniencia de contar con un Comité Consultivo o de Asesoramiento de las labores de la Defensoría. Un órgano de esta naturaleza, puede resultar conveniente en la medida que sus integrantes sean designados por el propio Defensor del Pueblo.

A nuestro juicio, si se opta por implementar un Comité Consultivo de esta naturaleza al interior de la estructura orgánica de la Defensoría, sería conveniente que esté conformado entre otros por una o más especialistas en derechos humanos de las mujeres y/o por representantes de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la materia.

De esta manera, podemos apreciar una tendencia a nivel internacional por reconocer la labor que puede cumplir la Defensoría del Pueblo en la protección y promoción de los derechos humanos de las mujeres, así como el interés institucional por reflejar este desarrollo al interior de la estructura orgánica del referido organismo. Esto último se ha visto reflejado en la Declaración de Toledo (España, abril de 1997), firmada en el marco del II Congreso de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Proveedores,

⁴⁷⁸Cámara de Diputados. Defensor del Pueblo. Proyecto de Ley (elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados). La Paz, Bolivia, 1996, pág. 36.

⁴⁷⁹Comisión Andina de Juristas. Análisis del Proyecto de Ley del Defensor del Pueblo: República de Bolivia. Lima, marzo, 1996, pág. 5.

Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos. En tal ocasión se acordó:

incorporar, en sus respectivas instituciones, un área o sección, en la medida posible, que se ocupe de forma específica de los derechos de la mujer, impulsando tanto en su trabajo como en la función de supervisión de la actuación de la administración, la adopción de programas, métodos y enfoques concretos que incidan en la protección y defensa de los derechos humanos.

Los procesos para la tutela de los derechos humanos

Al examinar estos procesos constitucionales sólo nos referiremos al hábeas corpus y al amparo -o tutela- pues su finalidad es proteger los derechos humanos en forma inmediata y directa. Debemos precisar que los alcances de ambos procesos no son idénticos en todos los países de Latinoamérica. Así sucede con el amparo mexicano que comprende también al hábeas corpus. Incluso en los países que distinguen el amparo del hábeas corpus, el objeto de protección no resulta ser el mismo. En Colombia, por ejemplo, el hábeas corpus sólo protege la libertad personal (derecho a no ser detenido en forma arbitraria o ilegal); la integridad personal se defiende por medio de la tutela o amparo. En cambio, en Perú y Costa Rica, el hábeas corpus protege tanto la libertad física como la integridad personal. Se trata pues de diferencias que hay que tomar en cuenta al momento de efectuar un estudio comparativo sobre la posibilidad de acudir a estos procesos en defensa de los derechos de las mujeres⁴⁸⁰.

1. Amparo o tutela contra actos de particulares

En apretada síntesis podemos recordar que el amparo nace en México en la Constitución del Estado de Yucatán -vigente desde el 16 de mayo de 1841-, a través de la intervención de Manuel Crescencio Rejón. A nivel federal se introdujo en el Acta de Reformas de 1847, que se nutrió de las ideas de Mariano Otero, y se mantuvo en la Constitución Federal de 1857, así como en la Carta vigente de 1917, que cuenta con varias reformas⁴⁸¹.

Ha sido frecuente que en el análisis del amparo contra actos de particulares no se distinguan dos aspectos estrechamente relacionados pero esencialmente diferentes. Un examen detenido de la cuestión, como sugieren García Torres y Jiménez Blanco⁴⁸², exige diferenciar el ámbito y alcances de los derechos fundamentales -si sólo se ejercen frente a los poderes públicos o también en las relaciones privadas-, de la competencia de un órgano jurisdiccional determinado (sea Poder Judicial o Tribunal Constitucional, o ambos) de conocer el proceso de amparo.

Y es que si bien los derechos fundamentales históricamente nacen como "facultades consistentes en pretensiones de hacer, intervenir, o participar, o recibir prestaciones alegables sólo frente a los poderes públicos"⁴⁸³, es decir, como derechos públicos subjetivos, actualmente existe consenso sobre su necesaria vigencia en las relaciones entre particulares. De ahí que

⁴⁸⁰Un interesante trabajo inicial que proponía el empleo del hábeas corpus y el amparo para defender los derechos de las mujeres, fue elaborado por Giulia Tamayo León. Ver *Las garantías constitucionales en una estrategia para la defensa de los derechos de la mujer*. Lecturas sobre Temas Constitucionales 4. CAJ, Lima, 1990, págs. 265-76.

⁴⁸¹Burgoa, Ignacio. *El juicio de amparo*, 32° ed. Porrúa, México, 1995, págs. 115-130.

⁴⁸²García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid, 1986, págs. 15-16.

⁴⁸³Solozabal Echavarría, Juan José. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales, en *Revista de Estudios Políticos*. N° 71. CEC, Madrid, 1991, pág. 92.

tanto en Europa, a través de la expresión alemana "*drittwirkung der grund-rechte*", como en América -por ejemplo en la experiencia argentina con la doctrina jurisprudencial fijada en 1958 en el caso Kot⁴⁸⁴- se incida en la indispensable eficacia de los derechos fundamentales no sólo en las tradicionales relaciones verticales con los poderes públicos, sino también en un plano horizontal, es decir, en el orden privado.

Aceptada la extensión de los alcances de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, habrá que determinar los instrumentos procesales necesarios para lograr su protección, ya sean comunes, vale decir, los procesos judiciales sumarios, ordinarios o especiales fijados por cada ordenamiento jurídico, o extraordinarios como el amparo. La decisión de determinar si los derechos fundamentales gozarán de la protección reforzada del amparo, incluso contra particulares, o bastará para ello con la tutela que le puedan brindar los procedimientos judiciales comunes, le corresponderá a cada ordenamiento jurídico y a la interpretación que del mismo hagan los tribunales.

1.1. Improcedencia del amparo contra particulares

En América Latina el caso típico lo representa el amparo mexicano. El Artículo 103 de la Constitución de 1917 circunscribe la procedencia del amparo contra los actos de autoridad y no lo consiente contra los atentados cometidos por particulares. La ley de amparo y la jurisprudencia así lo corroboran.

La doctrina mexicana se encuentra de acuerdo respecto a la improcedencia del amparo cuando el agresor es un particular. Autores como Burgoa se muestran muy críticos respecto a la experiencia argentina que sí lo admite⁴⁸⁵. Otros, como Góngora Pimentel entienden que "si bien, pueden presentarse actos de particulares violatorios de garantías individuales, deben reclamarse ejercitando los medios de defensa que las leyes establecen para proteger a las personas contra tales actos"⁴⁸⁶.

Por su parte, en Europa, tanto Alemania, Austria y España no consienten el empleo del amparo de modo inmediato y directo contra actos de particulares.

1.2. Procedencia del amparo contra particulares

Argentina puede ser considerado el caso modelo de procedencia del amparo contra particulares. Como se sabe el amparo argentino surgió a partir de una elaboración jurisprudencial en el "*leading case*" Angel Siri (1957), aunque circunscrito a las agresiones provenientes de los poderes públicos.

Posteriormente en el caso Samuel Kot, resuelto en octubre de 1958, la Corte Suprema de Justicia entendió que los derechos fundamentales también gozan de eficacia en las relaciones privadas y que el texto constitucional de 1853 no restringe el amparo a los actos de autoridad pues aquel debe ser viable incluso cuando la lesión provenga de un particular.

⁴⁸⁴La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en su fallo de 5 de octubre de 1958 que "nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos... está circunscrita a los ataques que provengan solo de la autoridad", citado por Sagues, op. cit., págs. 12-13.

⁴⁸⁵Burgoa, op. cit., pág. 88.

⁴⁸⁶Gongora Pimentel, Genaro. Introducción al estudio del juicio de amparo. Porrúa, México, 1989, pág. 112.

La ley reglamentaria (1966) se refirió solamente a las autoridades públicas (Art.1). Más adelante, en 1967, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17454) aclaró el panorama, fijando (Arts. 321 y 498) un procedimiento sumarísimo en materia de amparo contra particulares. La reciente reforma a la Constitución argentina (1994) no sólo ha constitucionalizado al amparo sino además ha precisado su procedencia en tales casos (Art. 43).

Otros países de América Latina también acogen esta tendencia. Así lo dispone el Artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de Venezuela (Ley 33891 de enero de 1988). Lo mismo sucede en Uruguay (Art. 1 de la Ley 16011 de 1988). El Perú también consiente el amparo en tales circunstancias (Art. 200, inciso 2 de la Constitución de 1993). Lo propio acontece en Chile con el recurso de protección, Costa Rica (Art. 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), Colombia (Art. 86 de la Constitución de 1991) y Guatemala.

1.3 Amparo contra particulares y su vinculación con otros procesos de defensa de los derechos humanos de las mujeres

A nuestro juicio el amparo debe ser excepcional, es decir, sólo debe ser utilizado si se ha agotado la vía administrativa (vía previa) o si el tránsito por la vía judicial existente -que la doctrina bautiza como "vía paralela"- pudiera causar al afectado un agravio irreparable⁴⁸⁷.

Tratándose de las relaciones entre particulares no existirán vías previas (procedimientos administrativos internos), salvo como excepción el posible procedimiento que en ejercicio de la autonomía de la voluntad se pueda haber establecido al interior de una persona jurídica (v.g. en los estatutos de una asociación); en cambio, sí será frecuente la existencia de vías paralelas o judiciales.

En este último caso, la exigencia de acudir al procedimiento judicial paralelo resulta especialmente importante pues de lo contrario muchas pretensiones podrían terminar canalizándose a través del amparo contribuyendo así a su desnaturalización.

Por ello, consideramos como regla general que cuando se violan o amenazan los derechos de las mujeres y se cuenta con una vía judicial específica para su protección, por ejemplo, un proceso para los casos de violencia familiar, debería acudir a dicho proceso y no al amparo. Sólo se podrá acudir directamente al amparo cuando no exista vía judicial especial o cuando ella -debido a su mala regulación o inoperancia práctica- no garantice a la persona afectada una tutela eficaz.

De esta manera, la vía judicial específica para casos de violencia doméstica constituiría una vía paralela a la que debería acudir. Es más, muchas veces los resultados de un proceso de tal naturaleza pueden ser más favorables que los que se podrían conseguir en el amparo (v.g. la salida temporal del marido o conviviente del hogar conyugal para evitar la repetición de este tipo de conductas). Recuerdese que en los momentos actuales existe una tendencia en los países de América Latina por regular procedimientos específicos de protección ante situaciones de violencia contra la mujer. En efecto, Chile (Ley 19325 de agosto de 1994), Ecuador (Ley 839

⁴⁸⁷Cfr. Abad Yupanqui, Samuel B. Acción de amparo y vías paralelas. Lecturas sobre Temas Constitucionales 4. CAJ, Lima, 1990, págs. 119-50.

de diciembre de 1995), Perú (Ley 26260 de diciembre de 1993), Colombia (Ley 294 de 1996), Bolivia y Venezuela cuentan con sendas leyes de la materia⁴⁸⁸.

2. El amparo (o tutela) en defensa de los derechos de las mujeres: el caso colombiano

Aunque por lo general no hemos detectado experiencias relevantes en los países de América Latina, destaca como un desarrollo aleccionador los avances jurisprudenciales de la tutela o amparo colombiano que demuestra su relevante utilidad para la defensa de los derechos constitucionales de las mujeres.

La Constitución colombiana de 1991, introdujo por vez primera el amparo o tutela (Art. 86), proceso constitucional que ha sido desarrollado por el Decreto 2591, así como por una creativa y abundante jurisprudencia emanada fundamentalmente de la Corte Constitucional, institución también introducida por el texto de 1991. Precisamente, uno de los temas que han motivado intensos pronunciamientos de la Corte se han referido a la tutela frente a actos de particulares y en general en defensa de los derechos humanos de las mujeres. En las líneas siguientes examinaremos algunos de estos casos⁴⁸⁹.

2.1. Tutela y derecho a la igualdad de la mujer

La Corte Constitucional ha fijado el criterio que rechaza todo tipo de discriminación basada en el estado de embarazo de la mujer. Así por ejemplo en las sentencias de tutela T 420/92 y T 079/94 concedió la protección a las estudiantes que habían sido expulsadas de sus colegios debido a encontrarse embarazadas.

Un caso que llegó a conocimiento de la Corte fue la impugnación de la Ley 100 de 1993 que estableció un régimen más favorable a la mujer para gozar de la pensión de vejez (57 años las mujeres y 62 los hombres). La Corte dictó la sentencia C-410 de 1994 declarando constitucional la ley cuestionada. En uno de sus considerandos sostuvo:

el tratamiento jurídico de la discriminación no puede ignorar una realidad social que se muestra claramente distante de la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad⁴⁹⁰.

De otro lado, la Corte ante la dificultad de probar en sede procesal la discriminación por razones de sexo ha trasladado la carga de la prueba al demandado. En este sentido, en la sentencia de tutela T 230 del 13 de mayo de 1994, sostuvo que la demandante que alega discriminación sólo necesita probar la existencia del trato desigual y aportar las pruebas que por lo menos indiciariamente vinculen tal conducta con un propósito específico de discriminación. A juicio de la Corte:

⁴⁸⁸Bermúdez Valdivia, Violeta. Legislación y violencia contra la mujer: visiones desde el derecho comparado, en *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el derecho*. Serie: Mujer y Derechos Humanos. Movimiento Manuela Ramos, Lima, 1996, pág. 78.

⁴⁸⁹Para el desarrollo de estas líneas, además de la Gaceta de la Corte Constitucional, órgano oficial de divulgación de la jurisprudencia constitucional, nos hemos basado en el valioso ensayo elaborado por el magistrado Cifuentes Muñoz, Eduardo. Ver *La mujer en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en *Avances en la construcción jurídica de la igualdad para las mujeres colombianas*. Serie Fémica 4. Defensoría del Pueblo, Colombia, 1995, págs. 40- 52.

⁴⁹⁰Citada por Cifuentes Muñoz, idem., pág. 47.

Cuando la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones, explícitamente señaladas por el artículo 13⁴⁹¹ de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo. En todo caso el trato diferenciado es de recibo si el mismo se orienta a promover la igualdad real de una categoría de personas ubicadas en situación de desigualdad.

De lo contrario, es decir, si se debe acreditar todos los elementos del trato desigual, sería prácticamente imposible que la pretensión pudiera prosperar.

2.2. Tutela y violencia contra la mujer

La Corte Constitucional ha fijado una jurisprudencia sólida y constante que habilita el empleo de la tutela en defensa de la mujer maltratada por su pareja. Esto sucedió antes de dictarse la Ley de Violencia Intrafamiliar (Ley 294 de 1996). Para conceder esta protección no interesaba si se trataba de una unión matrimonial o no, pues a juicio de la Corte "tanto la una como la otra gozan de amparo constitucional" (T-552 de 2 de diciembre de 1994). Este criterio, por ejemplo, fue esgrimido, entre otros casos, en las sentencias de tutela T 529/92, T 382/94, T 487/94 y T 552/94. En esta última sentencia, se sostuvo que:

Los principios constitucionales resultan flagrantemente desconocidos cuando uno de los cónyuges o compañeros permanentes ataca físicamente al otro, pues ello no sólo significa agravio... sino que repercute en la esfera de la integridad física y moral de la persona atacada e inclusive pone en peligro su vida.

Sin embargo, lo interesante y creativo de estas decisiones no sólo se refiere a reconocer esta clase de violaciones como atentados a los derechos humanos de las mujeres, sino además los especiales efectos que le conceden a las sentencias estimatorias de tutela. La Corte en casos de esta naturaleza ha dispuesto:

- a) tutelar los derechos a la vida e integridad de la demandante ordenando al demandado que se abstenga inmediatamente de todo acto que ponga en peligro tales derechos, así como los de sus hijos ((T-529 de 18 de septiembre de 1992, T-382 de 31 de agosto de 1994, T-487 de 2 de noviembre de 1994, T-552 de 2 de diciembre de 1994);
- b) ordenar que la policía ejerza vigilancia permanente sobre la conducta del demandado a fin de proteger los derechos de la demandante, y que presten mayor y eficaz atención a sus solicitudes de apoyo (T-529 de 18 de setiembre de 1992, T-382 de 31 de agosto de 1994, T-487 de 2 de noviembre de 1994, T-552 de 2 de diciembre de 1994);
- c) ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que realice las medidas de protección necesarias para proteger a la demandante (T-529 de 18 de septiembre de 1992, T-487 de 2 de noviembre de 1994, T-552 de 2 de diciembre de 1994);

⁴⁹¹El citado dispositivo alude a supuestos específicos de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

- d) prevenir al demandado que se abstenga de efectuar agresiones y amenazas a la demandante y a sus hijos, advirtiéndole que el desacato acarrea una sanción de arresto hasta de seis meses y una multa de hasta veinte salarios mínimos mensuales (T-382 de 31 de agosto de 1994, T-487 de 2 de noviembre de 1994, T-552 de 2 de diciembre de 1994).

Pese a reconocer la importancia de los efectos que se concede a la sentencia que acoge la tutela, todavía existen algunos aspectos que la distinguen de los procedimientos específicos de protección de los derechos de las mujeres ante situaciones de violencia familiar. Nos referimos a que dichas legislaciones admiten, además, la suspensión temporal del deber de cohabitación, la salida del agresor del hogar común, así como la suspensión de todo tipo de visitas a la persona agraviada. Así por ejemplo en el Perú, el Artículo 9 de la Ley 26260, sobre la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar, dispone que el Juez puede ordenar "la suspensión temporal de la cohabitación y hasta de toda clase de visitas a la persona agraviada". Estos especiales efectos, se encuentran ausentes en los fallos de tutela.

Por ello, tampoco resulta extraño que cuando entró en vigencia la Ley 294 sobre violencia intrafamiliar, la Corte Constitucional haya declarado improcedentes las demandas de tutela presentadas pues existía una vía especial para proteger dicha afectación. Así lo dispuso, entre otras, en las sentencias de tutela 372/1996 y 420/1996.

2.3. Tutela y educación sexual

Un caso peculiar que amerita especial comentario fue resuelto por la Corte a través de la sentencia T-440 de 1992, interviniendo como magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

En tal ocasión, se cuestionó la decisión de la Oficina Seccional de Escalafón Docente del Departamento de Boyacá que sancionó a la profesora Lucila Díaz por haber cometido "aberraciones sexuales" al enseñar a sus alumnos algunos aspectos vinculados a la vida sexual del ser humano.

La Corte conoció el caso y ordenó se abra una nueva investigación contra la docente sancionada, y además solicitó al Ministro de Educación que en un plazo de doce meses ordene las modificaciones necesarias para dictar clases de educación sexual a los alumnos en los diferentes centros educativos del país.

Como se puede apreciar, la labor de la Corte Constitucional de Colombia se ha mostrado particularmente sensible a la situación de las mujeres. Esta importante actuación demuestra las posibilidades de intervención de los órganos jurisdiccionales no sólo en la protección sino incluso en la promoción de los derechos de la mujer, y constituye, sin duda, una experiencia susceptible de ser tomada como modelo para el funcionamiento de instituciones similares en otros países de América Latina.

3. Hábeas corpus contra particulares

Aunque algunos autores, como el profesor español Víctor Fairén Guillén encuentran semejanzas entre el recurso aragonés de "manifestación de personas" y el inglés de "hábeas corpus"⁴⁹², se acepta en términos generales que esta institución aparece en Inglaterra hacia el siglo XIII, trasladándose luego a los Estados Unidos y de ahí a diversos países de América Latina⁴⁹³.

En Inglaterra su desarrollo inicial se produjo al margen de una ley, hasta formalizarse con la famosa "*Hábeas Corpus Act*" en 1679. Dicha norma contempló básicamente la posibilidad de acudir al hábeas corpus contra las autoridades públicas. Por ello, fue necesario dar una nueva ley (Act de 1816) que reconociera en forma expresa su empleo "para los casos de personas ilegalmente detenidas en custodia privada" pues la experiencia previa ya admitía su empleo en tales casos⁴⁹⁴. Desarrollando este precepto, en una etapa inicial, la jurisprudencia inglesa habilitó el hábeas corpus entre particulares ante los casos, por ejemplo, de abuso del derecho de custodia que ejerce el marido sobre su esposa. Se trataba de "un instrumento de la esposa contra el marido, cuando éste abusa de su derecho legal, y también un medio en manos del marido para exigir la custodia de su mujer, cuando ha sido privado de la misma contra su voluntad y la de su propia esposa. De lo que resulta que el hábeas corpus en esta modalidad tanto puede ser solicitado por la esposa como por el marido"⁴⁹⁵.

Así las cosas, conviene mencionar que no todos los ordenamientos jurídicos han seguido el ejemplo inglés. Entre los países que admiten el hábeas corpus contra particulares destacan Inglaterra y Estados Unidos; en Europa, España hace lo propio (Art. 1, inciso a de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo), mientras que en América Latina, Perú (Constitución, Art. 200, inciso 1), Venezuela (Art. 2 de la Ley 33891 de enero de 1988), Bolivia (Constitución, Art. 18), Honduras, El Salvador y Nicaragua⁴⁹⁶ habilitan el hábeas corpus en tales supuestos.

Forman parte de los países que rechazan su empleo contra particulares, Argentina, Guatemala, Uruguay, Chile, Costa Rica y Panamá. En algunos países, como Colombia, existen posiciones disímiles, habiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional evidenciado una ambigua posición⁴⁹⁷. Las teorías que cuestionan el empleo del hábeas corpus contra particulares sostienen que en la práctica ello resulta superfluo pues basta con "la vía ordinaria para el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado"⁴⁹⁸; es decir, consideran que en estos casos sería suficiente con acudir a la vía penal. No compartimos tal opinión, no sólo porque confunde los fines distintos que corresponden tanto al proceso de hábeas corpus como al proceso penal, sino porque a la vez olvida la necesidad de contar con un remedio procesal muy rápido y flexible ante las violaciones a la libertad individual.

4. Posibilidad de acudir al hábeas corpus para defender los derechos de las mujeres

⁴⁹²Fairén Guillén, Víctor. El proceso aragonés de manifestación y el británico de hábeas corpus, en Temas del ordenamiento procesal. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 166.

⁴⁹³García Belaunde, Domingo. El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes, en Ius et Veritas (revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú). N° 9. Lima, 1994, pág. 69.

⁴⁹⁴Sagues, Néstor. Derecho Procesal Constitucional. Hábeas corpus. 2a. ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 30.

⁴⁹⁵Soriano, Ramón. El derecho de hábeas corpus. Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, pág. 72.

⁴⁹⁶CODEHUCA, El hábeas corpus en Centro América. San José, C.R., 1992, pág. 158.

⁴⁹⁷Avila Roldan, Myriam. El estado actual del hábeas corpus, en Su Defensor (periódico de la Defensoría del Pueblo para la divulgación de los derechos humanos). N° 24. Colombia, julio de 1995, pág. 20.

⁴⁹⁸Gímeno Sendra, Vicente. El proceso de hábeas corpus. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 62.

Planteado así el tema, debemos hacer dos precisiones iniciales. En primer lugar, la inquietud por el posible empleo del hábeas corpus para la defensa de los derechos de la mujer, tendrá especial interés en los países que consienten su procedencia frente a particulares. Y, en segundo lugar, habrá que evaluar los alcances del hábeas corpus, es decir si sólo procede en defensa de la libertad física o si también puede ser empleado cuando se trata de derechos diferentes (v.g. integridad personal, incomunicación, seguimientos y otras restricciones indebidas a la libertad individual). Por esta última razón, conviene efectuar un análisis diferenciado que examine cada uno de estos supuestos.

En estos casos, no podrá alegarse la existencia de otras vías judiciales destinadas a la defensa de la libertad individual de tránsito preferente (vías paralelas), pues cuando se trata del hábeas corpus puede acudir libremente a él sin que exista obligación de ir a otro proceso judicial.

4.1. Hábeas corpus amplio comprensivo de derechos distintos a la libertad física

Esta modalidad comprende dentro de sus alcances la tutela de la integridad personal. También puede ser utilizado cuando se restringe la libertad como consecuencia de seguimientos permanentes y hostiles, o ante situaciones de incomunicación dispuestas por el marido o conviviente. Otro supuesto en el cual podría ser utilizado se presenta en los casos de violación del derecho a la visita sexual del cónyuge o conviviente de quien permanece en prisión, hábeas corpus que en países como Argentina ha motivado polémicos pronunciamientos judiciales⁴⁹⁹.

Un caso trascendente en el que válidamente podría acudir al hábeas corpus se presenta ante situaciones de violencia familiar. Sin embargo, por ejemplo en el Perú, no ha sido utilizado en tales supuestos⁵⁰⁰. Es más, pocos han sido los procesos de hábeas corpus iniciados contra actos de particulares. Así por ejemplo, entre enero de 1983 y julio de 1990, de las 1,671 resoluciones expedidas y publicadas, sólo 129 casos se referían a tales actos⁵⁰¹. Una causa a resaltar fue la iniciada por Nicolasa Ccopa y otras (El Peruano 10-10-84), empleadas del hogar que habían sido traídas del interior del país y que eran víctimas de agresiones físicas continuas por parte de su empleadora. Esta demanda fue declarada fundada, y si bien no se trata precisamente de situaciones de violencia por la pareja, evidencia la posibilidad de su empleo frente a hechos similares.

En relación a las acciones iniciadas para la protección del derecho a la integridad, en el mismo período se resolvieron 169 causas, amparándose sólo 19. Si bien estas cifras pueden parecer desalentadoras, creemos que los resultados en tales casos no deben ser trasladados hacia una posible ineficacia en supuestos de agresión por la pareja, ya que la experiencia citada se refiere básicamente a maltratos de personas detenidas.

Determinar en que circunstancias procede el hábeas corpus para el caso planteado exige, entonces, examinar los probables actos lesivos. En este sentido, si se trata de agresiones continuas, cabe utilizarlo y el juez dispondrá el cese inmediato de la agresión,

⁴⁹⁹Sagues, op. cit., pág. 223.

⁵⁰⁰Cfr. Bermúdez Valdivia, Violeta y Abad Yupanqui, Samuel B. Hábeas corpus y violencia doméstica. Posibilidades y límites, en Diario La República. 25 de noviembre de 1991, pág. 14.

⁵⁰¹Eguiguren, Francisco. El hábeas corpus en el Perú: enero 1983-julio 1990. Análisis Cuantitativo, en Lecturas Constitucionales Andinas 1. CAJ, Lima, pág. 138.

declarando fundada la demanda. Este es un caso de hábeas corpus "correctivo", pues está destinado a la protección frente al trato indebido.

De otro lado, si se trata de agresiones futuras, ciertas e inminentes (amenazas), quedará habilitado el empleo del llamado hábeas corpus "preventivo" para evitar su consumación. En cambio, si ya se produjo el maltrato, el juez de hábeas corpus debería ordenar que el agresor se abstenga de continuar cometiendo conductas de esa naturaleza, pudiendo incluso luego de identificar al responsable de la agresión, remitir copias al Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente.

Este posible uso del hábeas corpus ante manifestaciones de violencia contra la mujer podría enfrentarse con limitaciones de tipo procesal que deberían ser superadas con un rol más activo de las autoridades judiciales. En efecto, el procedimiento peruano previsto por la Ley 23506 para estos casos, consiste en la citación judicial al demandado para que explique la razón que motivó la agresión, debiendo resolverse en el término de un día (Art. 18). Vemos, pues, que no ha sido prevista en forma expresa la inmediata presencia del juez en el lugar donde se están efectuando los maltratos, lo que trae como consecuencia la ineficacia de la garantía porque cuando el demandado acuda a la citación judicial la agresión ya habría cesado. Ante esta situación, lo razonable sería que el juez asimilando el trámite para los casos de detención arbitraria, se apersona de inmediato al lugar donde se ha cometido la lesión a los derechos de la mujer. De lo contrario, el hábeas corpus carecería de sentido.

Precisamente, un caso de conocimiento público que demostró las limitaciones del hábeas corpus ante situaciones de poder, fue el presentado el 26 de agosto de 1994 (Exp. N° 25-94) por el Movimiento Manuela Ramos y otras instituciones a favor de la Sra. Susana Huguchi de Fujimori contra el Sr. Alberto Fujimori. Sucede que a la Sra. Higuchi no se le permitía ingresar y salir libremente de su domicilio en Palacio de Gobierno en un afán de hostilizarla para que lo abandone; se alegaba, también, una situación de violencia psicológica; ella, además, permanecía aislada, y no se le permitía ver ni hablar con sus hijos y tampoco recibir visitas de familiares o amigos. Es más, públicamente se había clausurado la puerta de acceso a su despacho. La Jueza del 291 Juzgado Penal admitió la demanda y en vez de tramitarla de inmediato como legalmente correspondía, dejó pasar cinco días y recién al sexto acudió a realizar la diligencia para constatar los hechos alegados. Es decir, si bien correctamente se apersonó al lugar de los hechos no lo hizo -como correspondía- de inmediato. Días después, declaró infundada la demanda porque a su juicio no se había acreditado la existencia de violación o amenaza a la libertad individual. Incluso, afirmó que la integridad personal no era un derecho susceptible de tutela por el hábeas corpus. Posteriormente, el 22 de mayo de 1994, la 31 Sala Penal declaró improcedente la demanda pues consideró que el Presidente de la República no podía ser demandado judicialmente. Olvidó así que en este supuesto se estaba demandando al ciudadano y no al Presidente como tal. Este caso, demuestra la necesidad que el hábeas corpus se tramite rápidamente para que pueda ser efectivo y, también, la necesidad de contar con jueces independientes que puedan enfrentar todo tipo de excesos de poder.

4.2. Hábeas corpus circunscrito a la protección de la libertad física

En este supuesto, también podría resultar útil acudir al proceso de hábeas corpus, por ejemplo, ante situaciones en las cuales el marido o conviviente no deja salir del hogar común a su pareja vulnerando así su derecho a la libertad física. En este caso, la posibilidad legal de acudir al hábeas corpus -al que un sector de la doctrina denomina clásico o reparador- podría servir para revertir este tipo de conductas lesivas a la libertad de la mujer.

No se trata, por cierto, de una propuesta basada en la jurisprudencia inglesa que habilitó el hábeas corpus entre particulares ante los casos, por ejemplo, de abuso del derecho de custodia que ejerce el marido sobre su esposa, fundamentalmente porque los supuestos de los que partimos no permiten hablar de un "derecho de custodia del marido sobre la mujer", sino más bien de relaciones de pareja en un plano de igualdad.

Conclusión

En las últimas décadas se viene destacando la importancia de reconocer y defender los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, es evidente que en los momentos actuales no es suficiente con reconocer derechos a las personas. El problema más serio y trascendente se presenta al tratar de encontrar y potenciar los instrumentos necesarios que puedan contribuir a su protección. En este sentido, la existencia de las garantías, en tanto medios a través de los cuales se trata de hacer cumplir la Constitución, cobra especial relevancia.

La Defensoría del Pueblo, como garantía institucional o no jurisdiccional, y los procesos de amparo y hábeas corpus, en tanto garantías jurisdiccionales, constituyen herramientas que pueden convertirse en elementos fundamentales para la protección de los derechos humanos. Su función de velar por el respeto de los mismos, exige tomar en consideración que buena parte de las violaciones a estos derechos afectan precisamente a las mujeres.

La experiencia de aquellos países que cuentan con la Defensoría del Pueblo no sólo aconseja la introducción de dicha institución, sino a la vez que en el ejercicio de sus funciones destaca la necesidad de una tutela especial a los derechos de las mujeres. Esta apertura, puede evidenciarse tanto a nivel de sus estrategias de actuación, como de su diseño institucional que permita, por ejemplo, contar con un organismo especializado -Defensoría Adjunta de la Mujer- dentro de su estructura orgánica.

Finalmente, no sólo es posible acudir al empleo del amparo o tutela y del hábeas corpus cuando se violan o amenazan los derechos humanos de las mujeres, sino que existen experiencias aleccionadoras, como la tutela colombiana, que demuestran los altos niveles de eficacia a los que puede conducir su ejercicio por organismos jurisdiccionales creativos comprometidos con la defensa de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA

Abregú Martín; Dulitzky, Ariel; Bidart Campos, Germán; Fappiano, Oscar; Gordillo, Agustín; Kawabata, Alejandro; Moncayo, Guillermo; Pinto, Mónica; Rodríguez, Marcela; Saba, Roberto; Sabsay, Daniel; Travieso, Juan A.; Valiña, Liliana

La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Tribunales Locales: una introducción, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Martín Abregú y Christian Courtis (comp.) del CELS. Editores del Puerto, Bs.As.

Azize Vargas, Yamila; Badilla Gómez, Ana E.; Bareiro Bobadilla, Line; y otras.
1997 Estudios Básicos de Derecho Humanos, T. IV, Guzman Stein, Laura y Pacheco Oreamuno, Gilda (comp.), IIDH, ASDI y la Comisión de la Unión Europea, San José, C.R.

Bayefsky, Anne.
The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, 11 Hum. Rts. L.J. 1.

Bermudez Valdivia, Violeta
1996 Mujer e Igualdad en Derechos Humanos de las Mujeres. Manuela Ramos, Lima.

Bunch, Charlotte.
1990 Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights, 12 Hum. Rts. Q. 486.

Byrnes, Andrew; Charlesworth, Hilary; Cook, Rebecca J.; Knop, Karen; Medina, Cecilia; Rishmaw, Mona; Romany, Celina.
Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the Use of International Human Rights Law and Procedures, en Human Rights of Women: National and International Perspectives, editado por Rebecca Cook. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

Byrnes, Andrew.
1992 Women, Feminism, and International Human Rights Law - Methodological Myopia, Fundamental Flaws, or Meaningful Marginalization?, 12 Austl. Y.B. Int'l L. 205.

Charlesworth, Hilary; Chinkin, Christine; Wright, Shelley.
1991 Feminist Approaches to International Law, 85(4) Am. J. Int'l L. 613.

Chodorow, Nancy.
The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender. University of California Press, Berkeley.

Codehuca.
El hábeas corpus en Centro América. San José, C.R.

Cohen, Marshall; Nagel, Thomas; y Scanlon, Thomas, eds.
1979 Equality and Preferential Treatment. Princeton University Press.

Cook Rebecca J.
1992 Women's International Human Rights: A Bibliography, 24 N.Y.U., J. Int'l L. Pol. 857.

1994 Sectors of International Cooperation through law and Legal Process: Women, in The United Nations and the International Legal Order, ed. Schachter, Oscar y Joyner, Chris. Grotius Press, Cambridge.

Dietz, Mary G.

1994 Ciudadanía con cara feminista: el problema con el pensamiento maternal, en Debate feminista: cuerpo y política, año 5, vol. 10. Epiqueya. México D.F.

Doherty, Tracy.

Litigation Raising Issues relating to Women's Rights: International and Regional standards — the Papua New Guinea Experience—, en Byrnes, Andrew; Connors, Jane; y Bik, Lum, eds., Advancing the Human Rights if Women: Using International Intruments in Domestic Litigation: Papers and Statements from the Asia/South Pacific Regional Judicial Collquium. Hong Kong.

Fix Zamudio, Héctor.

Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman, en Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales. Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Civitas, Madrid.

Flisbisch, Ángel.

1990 Parlamentarismo, presidencialismo y coaliciones gubernamentales, en Seminario: Hacia una democracia moderna: la opción parlamentaria. Universidad Católica de Chile, Santiago.

García Belaunde, Domingo.

1994 El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes, en Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontífica Universidad Católica de Perú, Lima.

Gilligan, Carol.

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

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

1996 Protección Internacional de los Derchos Humanos de las Mujeres, I Curso Taller, IIDH y CLADEM. San José, C.R.

Karst, Kenneth.

The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship under the Fourteen Amendment, 91 Harvard Law Review 1.

_____ y Horowitz, Harold.

1974 Affirmative Action and Equal protection, 60 Virginia Law Review, 965.

La Pergola, Antonio.

1979 Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada, en Revista de Estudios Políticos. Madrid.

Lijphart, Arend.

1989 Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.

1977 Democracies. Patterns of Mayoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries. New Haven.

_____; Linz, Juan; Riggs, Fred; Mangabeira Unger, Roberto; Nino, Carlos.
1988 Presidencialismo vs. Parlamentarismo, Consejo para la Consolidación de la Democracia.

MacKinnon, Catherine.

From Practice to Theory, 4 Yale Journal of Law and Feminism 15.

1990 Towards a Feminist Theory of the State. Harvard University Press, Cambridge.

Minow, Martha.

1987 Foreword Justice Engendered, 101 Harvard Law Review 10.

Pateman Carol.

1989 The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory. Stanford University Press, California.

Rae, D.; Yates, D.; Hoschschild, J.; Morone, J.; y Fessler, C.

1981 Equalities. Harvard University Press, Cambridge.

Rosenfeld, Michel.

1991 Affirmative Action and Justice. Yale University Press, New Haven.

Sagües, Néstor.

1988 Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus, 2da. ed. Astrea, Bs. As.

Sapiro, Virginia.

1981 When are interests interesting? The Problem of Political Representation of Women, American Political Science Review 75, Nro. 3.

Sartori, Giovanni.

Representation: Representational Systems, en International Encyclopedia of Social Sciences.

1962 Democratic Theory. Detroit.

1989 Neither Presidentialism nor Parliamentarism (Paper for Stable Democracy in the Third World).

Thomson, Judith Jarvis.

Preferential Hiring, en Equality and Preferential Treatment. Cohen, Ed.

Abad Yupanqui, Samuel.

Hábeas corpus y violencia doméstica. Posibilidades y límites, en Diario La República. November 25, 1991.

IV. DERECHO DE FAMILIA

INTRODUCCION AL CAPITULO DE DERECHO DE FAMILIA

¿Cuál es el objeto de estudio del Derecho de Familia? ¿La familia o las relaciones familiares? Si fuese la familia, ¿cómo la definiríamos? En esa definición, las familias de donde venimos, las que hemos creado, las que tenemos pensado crear ¿se encuentran comprendidas? ¿Podemos hablar de familia o familias? Cuando pensamos en el rol que desempeñamos en nuestras familias ¿es diferente ser mujer que ser varón? ¿existen situaciones de poder entre los géneros al interior de ellas? ¿Siempre han existido? ¿Cuáles son las consecuencias de ello? El buscar una respuesta a estas interrogantes ¿es una tarea del derecho, de la sociología, de la psicología o quizás de la política?

Estas son algunas de las preguntas que han motivado la selección de artículos que presentamos en este capítulo. Sin embargo, debo advertir al lector o lectora que probablemente no halle respuesta a ninguna de ellas. Por el contrario, lo que ofrecemos son pocas certezas, más preguntas y muchas dudas.

La certeza que podemos compartir es que no nos sentimos cómodas con el Derecho de Familia que aprendimos en las aulas universitarias, que practicamos en los tribunales y que implementamos, recreándolo en la vida de hombres y mujeres que asesoramos o con los y las que nos relacionamos en nuestro entorno personal.

Sabemos que es necesario cambiar algo, nos preguntamos por donde comenzar. Quizás las leyes sean buenas, y lo que hay que mejorar es su aplicación; quizás habrán algunas que modificar. ¿O será suficiente con interpretarlas de una manera diferente?, ¿más amplia?, ¿más inclusiva?. ¿Habrá que crear entonces una nueva doctrina? Y si el problema no está en las leyes, ni en su aplicación, ni en la teoría, sino en la realidad ¿habrá que cambiar ésta primero? ¿Por dónde comenzar?

Las respuestas a estas interrogantes representan opciones diferentes, teóricas y de vida. Probablemente alguien piense que será suficiente con modificar las leyes, otros u otras pensarán que además es importante cambiar su interpretación, algunos/as pensarán que se requiere nuevos desarrollos teóricos. Finalmente habrá quien piense, que todo es necesario y urgente, pero que por donde hay que comenzar es por modificar la realidad.

Los artículos que presentamos a continuación tienen la pretensión de contribuir a la reflexión de las personas que desean cambios en el Derecho de Familia, cambios en la política legislativa, en la norma legal, su interpretación o su aplicación, cambios en los tribunales, cambios en la cultura jurídica y por supuesto cambios en la vida real de los hombres y mujeres de nuestro tiempo y del futuro.

Los dos primeros artículos abordan un tema sobre el que se ha discutido poco en América Latina, éste es la política estatal que define el modelo "ideal" de familia, ya sea a través de normas expresas o por la ausencia de regulación. Ambos artículos nos aportan perspectivas interesantes, desde realidades lejanas a nuestra región, pero por ello mismo desafiantes, ofreciéndonos la posibilidad de confrontar sus postulados y recrearlos desde nuestra experiencia.

El primer artículo, de Francis Olsen, nos trae la polémica sobre los límites y posibilidades de la intervención del Estado en la privacidad de la familia. Luego de agudas

críticas a la postura de la “no intervención” como una opción imposible, analiza las diferentes formas en que ésta se da y devela como la pretensión de una intervención mínima del Estado en realidad define y refuerza una determinada organización jerárquica de la familia. Postula que las críticas a esta situación no deben dirigirse a la disyuntiva sobre la conveniencia o inconveniencia de la intervención del Estado sino que más bien, asumiendo ello, deben ser formuladas frente a las políticas particulares que se aplican y en consecuencia postular alternativas eficientes y adecuadas a la realidad e intereses de las personas a las que se pretende representar.

En el artículo siguiente, Margrit Eichler presenta tres modelos de familia: el modelo patriarcal, el de responsabilidad individual y el de responsabilidad social. La construcción de estos tipos ideales, nos permite reconocer la existencia de un ideal de familia que subyace en la norma legal como una opción de política legislativa y no como un dato de la naturaleza, como una construcción social y por tanto modificable. El artículo presenta una visión amplia de la familia no reducida al marco legal, abordando diferentes cuestiones como la ideología plasmada en la legislación, el estatus legal del matrimonio, la noción de hogar y su congruencia o incongruencia con las personas que son consideradas miembros de una familia, la unidad de administración, las responsabilidades económicas y el problema de la dependencia, la provisión y necesidad de cuidado, la división de responsabilidades y la dicotomía público/privado, así como la asunción por la política legislativa de la opción sexual.

Este artículo además de ser muy provocador, introduce al debate algunos temas que serán materia de análisis en los artículos siguientes, como por ejemplo los límites del modelo de responsabilidad individual en donde los cónyuges son tratados de manera ideal como autosuficientes económicamente y con iguales responsabilidades frente a la crianza y cuidado de hijos e hijas, mientras que la realidad está lejos de este ideal todavía. Esta inadecuación del modelo alcanza ribetes dramáticos en las consecuencias económicas del divorcio, que es el punto discutido en el siguiente artículo.

En el artículo sobre el divorcio y sus consecuencias económicas, de Marcela Huaita Alegre, se presenta un tema clásico en la crítica feminista del Derecho de Familia como es el empobrecimiento de las mujeres en el período post-divorcio. A partir del análisis de la división de bienes y el derecho a alimentos entre ex-cónyuges, se trabaja las desigualdades existentes entre varones y mujeres tanto en la formulación de la norma como en sus resultados. Este artículo presenta la norma legal vigente en Latinoamérica, contextualizándola en su proceso histórico, lo que nos permite reconocer la transformación que han sufrido las instituciones jurídicas y la supervivencia de soluciones que corresponden a distintas etapas o distintos modelos de divorcio. El artículo además presenta de manera sucinta algunas formulaciones desarrolladas por la jurisprudencia norteamericana, con las que se pretende enriquecer el debate y abrir las posibilidades de su aplicación, recreándolas desde la perspectiva del derecho civil.

La importancia cada día mayor de las Convenciones Internacionales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, entre otras, así como la importancia de su integración en el Derecho de Familia es ilustrada en los dos artículos siguientes.

El primero de ellos, de Marcela Huaita Alegre, presenta la dinámica de la familia a través de los diversos intereses de las partes que la conforman, es decir la madre, el padre y los niños y niñas, en una situación de crisis como es el rompimiento de la unidad familiar. En este artículo se

presenta la influencia de algunos principios del derecho internacional como el de no discriminación y el del interés superior del niño o niña en las diferentes doctrinas en relación con la custodia de los hijos e hijas, como son la doctrina de los años tiernos o preferencia materna, la doctrina de la co-custodia o custodia conjunta, la presunción del dador o dadora de cuidados básicos, entre otras. Luego de revisar estas diversas aproximaciones teóricas, se toma a manera de ejemplo la legislación peruana, la misma que se analiza a través de situaciones concretas, lo que finalmente va a permitir delinear algunas recomendaciones para la unificación de criterios de esta normatividad y reflexionar sobre cuál es la doctrina que mejor responde a la realidad de las familias de Latinoamérica.

En el artículo que cierra este capítulo, Luz Rioseco llama la atención sobre algunos aspectos procesales que vehiculizan el ejercicio de los derechos sustantivos. En este caso el análisis que se presenta está en relación con la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos familiares, tema de mucha actualidad y de álgido debate en todo Latinoamérica. Los elementos característicos de la mediación son tratados frente a una situación de violencia doméstica, planteándose la pregunta si existe igualdad de poder entre la víctima de violencia doméstica y su agresor. A partir de ello, la autora profundiza el análisis de las posibles violaciones de derechos humanos que se pueden cometer cuando se media entre partes que están viviendo una dinámica de violencia.

Como antes hicimos notar, habremos cumplido nuestro objetivo si luego de leer los artículos aquí presentados, los lectores y lectoras han sido motivados a profundizar estos y otros debates, a buscar nuevas alternativas, a encontrar otras formulaciones que permitan un tratamiento efectivamente igualitario y sin discriminación para todos y cada uno/a de las personas que integramos las familias actuales y las que crearemos en un futuro.

EL MITO DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA FAMILIA

Frances E. Olsen *

La mayoría de la gente está de acuerdo en que a veces es necesaria la intervención del Estado en la privacidad de la familia. Ya no se cree que las doctrinas sobre la privacidad de ésta justifiquen la desatención de la sociedad a las esposas golpeadas o a la niñez abusada. Aún así, la sociedad sigue utilizando el ideal de la familia privada para orientar sus políticas hacia ésta. Por lo tanto, pareciera importante examinar el concepto de intervención del Estado en este ámbito. En este ensayo yo argumento que la familia privada es un ideal incoherente y que la retórica del no intervencionismo causa más daño, que bien.

A pesar de que generalmente se cree que el Estado no debería intervenir en la familia, se califica dicha aseveración con la advertencia de que algunas veces sí lo debe hacer para corregir la desigualdad y prevenir el abuso. Yo denomino esta advertencia, tan ampliamente aceptada, como "el argumento de la intervención proteccionista" contra la no intervención en la familia.

Este ensayo presenta un diferente argumento contra la política de la no intervención en la familia. Sugiere que los términos "intervención" y "no intervención" carecen de significado. Los términos no describen con precisión ninguna de las políticas, y como principios generales, "intervención" y "no intervención", son indeterminados. Me refiero a este argumento como "el argumento de la incoherencia".

Se puede delinear una útil comparación entre los argumentos contra una política de no intervención en la familia privada y los argumentos contra una política de no intervención en el libre mercado.⁵⁰² La política de la no intervención del estado en el mercado libre, a menudo llamada *laissez faire*, fue ejercida por muchas cortes americanas en el siglo diecinueve y a principios del siglo veinte. El grupo de académicos conocido como realistas legales jugaron un rol importante desacreditando las teorías legales que apoyaban el *laissez faire*. Sus argumentos constituyen un útil contraste y son un un buen recurso para los argumentos que presento en este ensayo.

El argumento de la intervención proteccionista aplica de manera similar para ambos, *laissez faire* y la no intervención en la familia: cuando el mercado o la familia funcionan mal, el Estado debería intervenir para corregir la desigualdad y proteger a las partes indefensas. El argumento más común y más fácilmente aceptado contra el *laissez faire* es que el libre mercado a veces se viene abajo, o funciona con desventaja para ciertas personas o grupos; entonces la intervención del Estado es necesaria para proteger los intereses de las partes económicamente más débiles y de la sociedad en general. Este es paralelo al argumento de la

*La autora agradece a Mary Joe Frug, Grace Blumberg y a Bill Alford por sus útiles comentarios de sus borradores. Quisiera también expresar su apreciación al grupo de Fellows del Legal History Colloquium en la Universidad de Wisconsin del verano de 1984, patrocinado por el National Endowment for the Humanities por convencerla de que había que hablar más sobre la intervención del Estado en la familia; a los editores del Journal of Law Reform de la Universidad de Wisconsin, quienes con gracia y buen sentido del humor la llevaron a escribir este ensayo; a Ken Kimmel por su ayuda con la investigación; al *Research Committee* del UCLA *Academic Senate* por su apoyo financiero. El artículo fue traducido al español por Paca Cruz.

⁵⁰² Originalmente hizo esta comparación en Olsen, Frances. *The family and the Market: a Study of Ideology and Legal Reform*, 96 Harv. L. Rev. 1497 (1983).

intervención proteccionista con respecto a la familia. A veces la familia funciona mal; en lugar de ser un abrigo que protege y alimenta a las personas que la integran, ésta se puede convertir en centro de opresión y explotación.⁵⁰³ Cuando esto sucede, el Estado debería entrar a prevenir el abuso y a proteger los derechos individuales dentro de ella. Tanto la versión de mercado y la versión de familia del argumento de la intervención proteccionista, presuponen que es posible que el Estado permanezca neutral, pero presentan razones por las que no lo debiera hacer.

El argumento de la incoherencia contra la no intervención en la familia es paralelo al argumento de los realistas legales contra el *laissez faire*. Tanto el *laissez faire* como la no intervención en la familia son ideales falsos. Mientras el Estado exista y haga cumplir cualquier ley, está tomando decisiones políticas. El Estado no puede ser neutral o permanecer sin involucrarse, ni nadie querría que lo hiciera. Los más fieles seguidores del *laissez faire* siempre insistieron en que el Estado protegiera los intereses de su propiedad y que las cortes hicieran cumplir contratos y determinara judicialmente los agravios.⁵⁰⁴ Tomaban esta acción del Estado como un hecho y escogían no considerar dicha protección como una forma de intervención estatal. Es más, el llamado "mercado libre" no funcionaría de no ser por esas leyes; el mercado libre no podría existir independientemente del Estado. El hacer cumplir las leyes de propiedad, agravio, y contratos, requiere de constantes escogencias políticas que podrían beneficiar a un actor económico, usualmente a costas de otro. Como lo señaló Robert Hale hace más de medio siglo, estas decisiones legales "necesariamente afectan la distribución de ingresos y la dirección de las actividades económicas."⁵⁰⁵ Cualquier decisión que las cortes tomen afectará el mercado, y rara vez existe una manera objetiva de etiquetar una escogencia como intervención y la otra como *laissez faire*. Cuando el Estado hace cumplir cualquiera de estas leyes debe tomar decisiones políticas que afectan a la sociedad.

De manera similar, los más fieles oponentes de la intervención del Estado en la familia insistirán en que aquel refuerce la autoridad de los padres y madres sobre sus hijos e hijas. Son ejemplos conocidos de este reforzamiento los casos de los funcionarios que devuelven al hogar a chicas y chicos que se han fugado de sus casas y las cortes que les ordenan a adolescentes incorregibles que obedezcan a su padre y madre, o si no que enfrenten encarcelación en prisiones juveniles. Estas acciones del Estado no sólo son ampliamente aceptadas, sino que generalmente no son consideradas intervención en la familia. Otra categoría de políticas del Estado es aún menos suceptible de ser considerada como intervención. Los que apoyan la no intervención insisten en que el Estado proteja a las familias de la interferencia de terceros. Imagínense su reacción si este permaneciera impávido mientras los médicos efectuaran una intervención quirúrgica que no es de emergencia sin el conocimiento ni el permiso de la madre o el padre de una menor de diez años de edad; o si amistades se llevaran de vacaciones a un niño sin el consentimiento de su padre y madre; o si la niña decidiera irse a vivir con su maestra de cuarto grado. Una vez que el Estado emprende la prevención de dichos actos de terceros, debe hacer muchas escogencias políticas, tales como cuáles agrupamientos humanos constituyen una familia y qué sucede si madre y padre están en desacuerdo. Estas decisiones obligadamente afectan las decisiones que la gente toma sobre la formación de una familia, la distribución del poder dentro de ella, y la distribución y asignación de tareas y roles entre sus miembros/os. Estas decisiones forman las reglas de base que afectan los comportamientos domésticos de la gente. Porque esté profundamente

⁵⁰³Ver Minow. Beyond State Intervention in the Family: for Baby Jane Doe, 18 U. Mich. J.L. Ref. 933, 948-50 (1985).

⁵⁰⁴Ver Cohen. The Basis of Contract, 46 Harv. L. Rev. 553, 561-62 (1933).

⁵⁰⁵Hale. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, 38 Pol. Sci. Q. 470 (1923). Ver Kennedy. Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1748-49 (1976).

implicado en la formación y el funcionamiento de las familias, es necedad hablar sobre si el Estado interviene o no interviene en la familia. Ni "intervención" ni "no intervención" son descripciones precisas de cualquier tipo de política particular, y los términos oscurecen, en vez de aclarar, las decisiones políticas que la sociedad toma.

I. El argumento de la intervención proteccionista

Para entender el argumento de la incoherencia, es útil analizar más detalladamente el argumento de la intervención proteccionista: el argumento de que la no intervención sería posible pero que no es siempre una buena idea. El argumento de la intervención proteccionista es un argumento a favor de la intervención selectiva.⁵⁰⁶ En situaciones excepcionales, el Estado debería intervenir en la familia para proteger los intereses de sus integrantes que se encuentran en riesgo y los de la sociedad; aparte de estas situaciones excepcionales, la intervención del Estado debería estar ordinariamente limitada a asuntos de rutina, como son fijar los requerimientos formales para licencias matrimoniales y proveer a la infancia de escuelas públicas.⁵⁰⁷

De acuerdo con la versión usual del argumento de la intervención proteccionista, la intervención del Estado que va más allá de los asuntos de rutina debería ser cuidadosamente limitada. La intervención excesiva o innecesaria pone en peligro la libertad de la gente e interfiere con la intimidad de la familia. Por los riesgos inherentes a la intervención estatal, dicen los exponentes de la intervención proteccionista, se deberían ingeniar protecciones contra el abuso gubernamental y para prevenir la expansión innecesaria de la intervención del Estado. Mientras existan protecciones adecuadas, sin embargo, la intervención estatal puede ser útil - una fuerza importante para el bien.

A. Las familias pueden ser disfuncionales

El argumento a favor de la intervención selectiva del Estado se basa en la noción de que si bien las familias deberían ser seguras, apoyantes y amorosas, algunas, en algunos momentos no lo son.⁵⁰⁸ Se supone que la familia es un enclave cálido de crianza, gobernado por una ética de altruismo y cariño - un abrigo que protege a sus integrantes de los peligros de un Estado autoritario y de las intrusiones anárquicas de terceras partes privadas. Los proponentes de la intervención proteccionista reconocen que en algunas desafortunadas

⁵⁰⁶El argumento de la intervención proteccionista presupone que el concepto de la intervención del Estado en la familia es coherente y significativo. Yo sostengo que el concepto es más bien incoherente y carente de significado.

Primero, no tiene sentido lógico el considerar que políticas calificadas como de "no intervención" sean menos intervencionistas que muchas políticas calificadas como de "intervención". En general, las políticas que apoyan el estatus quo se consideran de no intervención, y a los intentos de cambiar el estatus quo se les llama intervención; usar los términos "intervención" y "no intervención" es inadecuado y engañoso cuando se quiere describir las políticas. Es más, las políticas llamadas "intervención" y "no intervención" tienen un amplio margen de traslape; la misma política será calificada de intervención por unos/as y de no intervención por otros/as. No hay bases objetivas ni racionales para determinar quién está en lo correcto, porque no existen bases lógicas para considerar cualquier grupo particular de políticas no intervención.

El argumento de la intervención proteccionista presupone, sin embargo, que existen bases para diferenciar la intervención de la no intervención, y que los términos tienen significado. En mi discusión del argumento de la intervención proteccionista, encuentro conveniente usar ocasionalmente el término "intervención" como si tuviera significado. Cuando uso el término mi intención es transmitir la gama de significados contradictorios que la gente asigna al uso cotidiano del lenguaje.

⁵⁰⁷Como sostengo infra, págs. 848-54, estos asuntos de "rutina" pueden tener una influencia importante en los roles familiares y en las relaciones de poder dentro de la familia.

⁵⁰⁸Una corriente crítica más radical podría argumentar que la familia nuclear es una estructura opresiva que a menudo se vuelve destructiva de sus miembros/as individuales.

situaciones, aquella puede dejar de ser un abrigo y convertirse mas bien en "un centro de opresión, cruda voluntad y autoridad, violencia y brutalidad, en donde los economica y sexualmente poderosos subordinan y explotan a los impotentes."⁵⁰⁹

B. La protección del Estado a personas individuales

Cuando una familia es disfuncional, puede ser importante que el Estado se ocupe de la opresión privada que las personas que la integran a veces se infligen entre ellas. El argumento de la intervención proteccionista justifica que el Estado medie en aquella para proteger a la prole del abuso o el descuido severo. Los funcionarios pueden sacar a esta del seno familiar, si ha sido abusada física o sexualmente. En casos de descuido infantil, el Estado puede mandar trabajadores/as sociales al hogar, o sacar a los/as niños/as, temporal o permanentemente, para su protección. El Estado, cuando interviene, puede incluso exigir tratamiento médico, aún contra los escrúpulos religiosos de madres y padres. Estas políticas son generalmente consideradas como una forma de intervención estatal en la familia, pero se aceptan como intervención justificada, y hasta necesaria.

En años recientes, la protección del Estado a esposas golpeadas también se consideraba intervención en la familia - otra vez, quizá justificada, pero intervención, igual. El argumento de la intervención proteccionista caracteriza dicha protección del Estado como una forma de intervención beneficiosa y necesaria en una familia que tiene problemas. Pocas personas se opondrían hoy abiertamente a que éste haga cumplir las leyes sobre la violencia y la violación contra cónyuges⁵¹⁰. Si proveer refugios y asistencia legal a las esposas golpeadas constituye intervención estatal, muchos/as arguyen que dicha intervención está plenamente justificada para proteger a las mujeres de ser oprimidas por sus esposos. En los casos excepcionales en que las familias son disfuncionales, el Estado debería entrar a proteger a las personas impotentes.

Este argumento de la intervención proteccionista comienza a fundirse con el argumento de la incoherencia cuando la gente disputa sobre si dicha protección debería tan siquiera ser considerada intervención. Alguna gente afirmaría que cuando las relaciones familiares están destruidas, también lo está cualquier invocación de la privacidad familiar, y que la protección

⁵⁰⁹Minow, op. cit., pág. 948. El profesor Gerald Frug describe la ciudad de manera similar, como un enclave que protege la libertad individual o alternativamente una amenaza que pone en peligro la libertad individual. Ver Frug. *The City As a Legal Concept*, 93 Harv. L. Rev. 1057,1121 (1980). El sugiere que "cualquier forma de grupo de poder intermedio entre un estado centralizado y la persona individual" puede tener una existencia precaria en un estado político liberal. Ver idem.

⁵¹⁰Las personas que luchan por eliminar la exención del matrimonio de las leyes de violación me dicen, sin embargo, que encuentran mucha gente que se opone a la ejecución de las leyes sobre la violación contra los esposos. *The National Clearinghouse on Marital Rape* me envió un paquete de recortes de periódico de todo el país que contiene citas asombrosas de legisladores/as del estado. La oposición a las leyes de violación marital va desde aseveraciones de que "el sexo es parte del contrato (matrimonial)". Rep.Tex. Patricia Hill, citada en el Times Herald, 21 de mayo, 1985 (Dallas Texas), y "No sé cómo se puede dar un acto sexual y llamarlo violación forzada en una situación matrimonial". Sen. Alaska Paul Fischer, citado en el Daily News, 21 de marzo, 1985 (Juneau, Alaska) por asuntos de cargos falsos y "chantaje". Los/as legisladores/as argumentan que el "Estado no debería meterse detrás de las puertas de los dormitorios". Rep. Tex. Patricia Hill citada en Times Herald, op.cit. Ver también Rep. S.D. Joe Barnett, en reportaje de Argus Leader, 2 de marzo, 1985 (Sioux Falls, S.D.) (mantengamos al gobierno fuera del dormitorio). Las leyes de violación contra cónyuges son "una absoluta intromisión en la vida familiar", Sen. D.del S. Thomas Ruby, citado en Capital Journal, 15 de marzo, 1985, (Pierre,S.D.) "Pondrían a pelear a los/as miembros/as de las familias unos/as contra otros/as., Rep. S.D. Bernie Christenson, reportado en Capital Journal, 14 de febrero, 1985 (Pierre, S.D.) y "erosionaría la vida familiar". Sen.S.D. Harold Halverson, citado en Argus Leader, 28 de febrero, 1985 (Sioux Falls, S.D.) "Yo todavía creo en el viejo tradicional vínculo familiar." Sen. Alaska Paul Fischer, citado en Daily News, op. cit. (copias de todos los recortes en archivo de la U. Mich. J.L. Ref.)

estatal a la persona ya no constituye intervención en la familia. Es más, quienes sostienen esta opinión podrían arguir que sería intervención del Estado tratar de mantener la familia unida - por ejemplo, no permitir que cónyuges distanciados se divorcien. En dichos argumentos, la idea que la privacidad de la unidad familiar debería protegerse de la intervención del Estado comienza a ser sustituida por la noción de que aquello que merece protección es la privacidad de la persona con respecto a la sexualidad, la procreación, y la formación de las relaciones íntimas de tipo familiar.⁵¹¹ Considero que este concepto de la privacidad individual forma parte del argumento de la intervención proteccionista - que la intervención del Estado es a veces justificada - porque aunque este argumento redefine la intervención el Estado, aún considera la intervención y la no intervención conceptos coherentes y significativos.

C. Protecciones contra la intervención excesiva

El argumento a favor de la intervención proteccionista por lo general trata a la no intervención como la norma y a la intervención como la excepción⁵¹² Como lo expresa una jurista: "El comportamiento normal de marido y esposa, o padre, madre y descendencia entre ellos mismos, está más allá de la ley - mientras la familia sea sana. La ley entra cuando las cosas se descomponen."⁵¹³ Las personas que apoyan la intervención selectiva del Estado, a menudo afirman que son necesarias protecciones a la familia contra la intervención excesiva del Estado - intentos del Estado de ofrecer protección cuando no se necesita realmente. Los estatutos sobre descuido y abuso infantil típicamente establecen que hasta que los comportamientos no crucen un cierto umbral, la familia debe permanecer privada y el Estado no debería inmiscuirse. En la Constitución se ha previsto protección adicional a la privacidad de la familia, exigiendo pruebas claras y convincentes de descuido y abuso antes que los derechos de padres y madres se vean afectados.⁵¹⁴ Para que el Estado intervenga, por lo general, son necesarios abusos físicos o sexuales o abandono, severos. Esta posibilidad de intervención del Estado, aunque en la realidad se da sólo en casos excepcionales, puede jugar un rol significativo para mantener el comportamiento de la familia dentro de límites razonables de decencia.⁵¹⁵

También se pueden considerar el divorcio o la separación legal disparadores que justifican la intervención del Estado, que de otra forma no se permitiría. Por ejemplo, mucha gente que se opondría a dichas políticas en una familia que marcha bien, cree que si la madre y el padre se separan, el Estado debería obligar al cónyuge que no tiene la custodia a dar

⁵¹¹Este cambio del concepto de familia privada en la que el estado no debería intervenir al concepto de la privacidad individual en relación a las relaciones íntimas corresponde a un cambio más general al que me he referido como "la liberalización de la familia". Ver Olsen. *The politics of Family Law*, 2 *Law and Inequality* 1, 6-8 (1984). Ahí discuto el cambio que se ha dado de considerar a la familia como un grupo orgánico a considerarlo un contrato entre personas individuales. Ver *idem.*, págs. 11-12.

Para un argumento de que esta privacidad individual debe basarse en la autonomía individual y no en el matrimonio y la familia, ver Eichbaum. *Towards an Autonomy-based Theory of Constitutional Privacy: Beyond the Ideology of Familial Privacy*, 14 *Harv. C.R.-C.L. L.Rev* 361 (1979).

⁵¹²Una versión más radical del argumento a favor de la intervención proteccionista podría sostener que la intervención del Estado es frecuentemente o siempre necesaria para proteger a las personas individuales de la opresividad inherente a la familia nuclear. Ver *supra* nota 7.

⁵¹³Kahn-Freund. Prefacio editorial a Eekelaar, J. *The Family Security and Family Breakdown*, pág. 7 (1971), citado por Freeman. *Violence Against Women: Does the Legal System Provide Solutions or Itself Constitute the Problem?*, 3 *Can. J.F.L.* 377, 387 (1980).

⁵¹⁴*Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 768-70 (1982).

⁵¹⁵La posibilidad de la acción del Estado en los casos más extremos puede tener una influencia considerable en el comportamiento cotidiano dentro de la familia. Ver e.g., Minow, *op.cit.* págs. 952-53.

apoyo económico a su prole, en el caso que no lo hiciera sin una orden de la corte.⁵¹⁶ Mientras se considere como defensa o garantía, tales como límites al mal comportamiento o al trastorno familiar, como protección contra la intervención excesiva, la mayoría de la gente hoy apoya un cierto nivel de intervención proteccionista del Estado.

II. El argumento de la incoherencia

El argumento de la incoherencia va más allá y creo que es más fundamental que el argumento a favor de la intervención proteccionista. El argumento a favor de la intervención proteccionista trata la no intervención como una opción totalmente posible, aunque a veces no apropiada; el argumento de la incoherencia cuestiona la coherencia básica de los conceptos de intervención y no intervención. El Estado define la familia y fija roles dentro de ella; no tiene sentido hablar de intervención y no intervención, porque este constantemente la define y la redefine, y ajusta y reajusta los roles familiares. La no intervención es un falso ideal porque no tiene significado coherente.

Por ejemplo, supongamos que una soberana inteligente y de buena voluntad fuera a asumir el trono con el compromiso de terminar con la intervención del Estado en la familia. Más que obvias, las políticas que ella seguiría serían desesperanzadoramente ambiguas. ¿Está ella interviniendo si hace los divorcios difíciles, o está ella interviniendo si los hace fáciles? ¿Constituye intervención, o no intervención del todo, el dar el divorcio? Si una niña escapa de la casa de sus progenitores para ir a vivir con una tía, ¿requeriría la no intervención que la soberana acepte o deniegue la solicitud de asistencia legal de padre y madre para reclamar a la niña? Porque no existe un completo acuerdo sobre los roles familiares, y porque estos roles cambian con el paso del tiempo, no se puede establecer simplemente que el Estado ratifique los preexistentes. El Estado continuamente afecta a la familia al influenciar la distribución del poder entre las personas que la integran.

El argumento de la incoherencia es más complejo con respecto a la familia que con respecto al mercado. Porque la no intervención en la familia ha tenido varios significados, demostrar su incoherencia se hace más complicado que demostrar que el *laissez faire* es incoherente con respecto al mercado. El *laissez faire* es incoherente porque no existe una manera apolítica o neutral para hacer cumplir las leyes de la propiedad, de contratos y de agravios. Una vez que el Estado asume hacer cumplir cualquiera de estas leyes, las cortes se ven obligadas a hacer escogencias políticas que no pueden más que tener importantes efectos en el mercado y en la dirección de las actividades económicas. La alternativa de no hacer cumplir ninguna ley de propiedad, contratos y agravios - creando un "Estado natural" - es inaceptable en el mercado. Una vez que se elimina un Estado natural, el gobierno no puede mantener las manos fuera del mercado; la pregunta se vuelve, simplemente, ¿cuáles políticas en particular apoyará el gobierno?

El que el argumento de la incoherencia sea más complejo con respecto a la familia que con respecto al mercado, hace inicialmente más fácil ver que el Estado no es un árbitro neutral cuando trata con la familia. Históricamente, el Estado ha apoyado el poder del padre sobre su familia. Una negativa, basada en políticas, a apoyar este poder, bien podría ser considerada

⁵¹⁶Comparar por ejemplo., *Anderson v. Anderson*, 437 S.W. 2d 704 (Mo.Ct. Ap.1969) (obligando a un padre divorciado a pagar la educación universitaria de su hija) con *Roe v. Doe*, 29 N.Y.2d. 188, 272 N.E.S.2d 71 (1971) (rehusando a obligar a un padre a apoyar la educación universitaria de la hija). En *McGuire v. McGuire*, 157 Neb. 226, 59 N.W. 2d 336 (1953) la corte rehusó obligar dar apoyo o pensión a la esposa en un matrimonio que marchaba, a pesar de que las circunstancias de las partes eran tales que la corte bien podría haber dado pensión a la esposa de haber habido una separación legal.

"intervención" - sea justificada con el argumento a favor de la intervención proteccionista, o considerada intrusiva e injustificada. Aún hoy se espera que el Estado haga cumplir la autoridad de padres y madres sobre su prole. Para muchas personas que apoyan las relaciones familiares jerárquicas, la "no intervención" pareciera significar, simplemente, apoyo estatal para el miembro de la familia que tiene el poder. La "no intervención" pierde parte de su atractivo si se analiza como un mero reforzamiento del status quo. Es más, porque el status quo sufre cambios continuos, la no intervención en la familia jerárquica no puede tener coherencia. Aunque los funcionarios de Estado trataran simplemente de apoyar el status quo, estarían siempre obligados a hacer escogencias políticas que tienen efectos importantes en la distribución de roles y de poder dentro de una familia.

En años recientes se ha esperado que el Estado trate a las personas que integran la familia - en especial a esposo y esposa - de manera más igualitaria. Con el aumento de la igualdad jurídica dentro de esta, el paralelo entre el *laissez faire* con respecto al mercado y la no intervención con respecto a la familia se hace más cercano. La igualdad jurídica completa requeriría un nuevo concepto de intervención y no intervención del Estado. Al menos dos conceptos radicalmente diferentes son posibles, aunque ninguno sería aceptable para la mayoría de la gente, y, como voy a demostrar, ninguno es coherente. Una posibilidad, a la que me refiero como Modelo de Mercado, se basa en hacer cumplir todas las leyes, justo como se hacen cumplir en el mercado. Bajo este modelo, todos los derechos y obligaciones se harían cumplir entre miembros/os de la familia de la misma manera que se hacen cumplir las leyes entre personas extrañas. De esta manera, el Estado podría eludir el apoyo directo a la jerarquía familiar. La no intervención bajo el Modelo de Mercado sería incoherente por las mismas razones que el *laissez faire* es incoherente: hacer cumplir cualquier ley de propiedades, agravios y contratos, sea entre integrantes de la familia o extraños, requiere de decisiones políticas, que necesariamente afectan el poder de las personas y grupos involucrados y la dirección tanto de sus relaciones íntimas como de sus relaciones comerciales.

Un segundo modelo posible de "no intervención" del Estado en una familia de iguales jurídicamente, es el no cumplimiento o la deslegalización - ni los derechos ni las obligaciones se hacen cumplir entre sus integrantes. Me refiero a esta idea como el Modelo del Estado Natural. A diferencia de la situación con respecto al mercado,⁵¹⁷ algo cercano a este modelo es aceptable para muchos como una forma de no intervención en la familia. También se puede demostrar, sin embargo, que la no intervención bajo el Modelo del Estado Natural es también incoherente. Primero, como el "Estado Natural" existiría sólo dentro de ella, el Estado tendría que decidir cuáles son los límites de la familia. Además, si el estado natural dentro de ella fuera parcial en vez de completo, el Estado tendría que decidir cuáles derechos y obligaciones haría cumplir adentro. Estas decisiones requieren escogencias políticas que necesariamente afectan los roles y el poder dentro de una familia. Una vez que el Estado decide hacer cumplir algunos, pero no todos los derechos y obligaciones, éste no puede evitar decisiones políticas que afectan la vida familiar. No existen bases lógicas para identificar estas escogencias del Estado como intervención o como no intervención.

A. Introducción: El *laissez faire* y la no intervención

Como he sugerido, el argumento de la incoherencia contra la no intervención en la familia es ambos, más simple y más complejo, que el argumento correspondiente contra el *laissez faire* en el mercado. Un reclamo importante del *laissez faire* era que el Estado podía y

⁵¹⁷En el mercado, virtualmente nadie encontraría un estado natural aceptable. La gente insiste en que se haga cumplir alguna ley de agravio, contrato o propiedad.

debía tratar a los actores del mercado como iguales jurídicamente y hacer cumplir, de manera pareja, reglas no controversiales de base neutral que asegurarían la protección de todas las personas.⁵¹⁸ El argumento de la incoherencia contra el *laissez faire* demostró que las reglas de base no eran, ni podían hacerse, neutrales, y que no se podían hacer cumplir de manera pareja. La gente que se oponía al *laissez faire* demostró que dentro de cada aspecto de la doctrina de las leyes de agravios y de contratos surgían constantemente cuestionamientos de política - que la clase de sistema legal apolítico que el *laissez faire* imaginaba y del que dependía, era un mito.⁵¹⁹

En el caso del mercado, el *laissez faire* al menos parecía producir una especie de neutralidad del Estado, porque las cortes trataban a la gente como iguales jurídicamente. Se decía que trabajadoras/es y patrones/as tenían idénticos derechos de libertad de contrato.⁵²⁰ El conceptualismo o formalismo legal suponía que era posible para un sistema legal ser racional, objetivo y de principios - científico más que político. El fracaso del conceptualismo o del formalismo legal volvió incoherente al *laissez faire*.⁵²¹ Si hubiera sido realmente cierto que el Derecho puede ser apolítico, que la ley de contratos podía, simplemente, hacer cumplir la voluntad de las partes, que la ley de agravios sencillamente conseguiría que los culpables compensaran a sus víctimas, el *laissez faire* bien podría haber sido coherente.⁵²² Sin embargo, nadie ha salido con un método plausible para eliminar la necesidad de la escogencia política del Derecho, y considero muy poco probable que un método tal exista o pueda ser urdido.⁵²³

B. La no intervención y la familia jerárquica

La noción de la no intervención en la familia es, en un sentido, menos recomendable que el *laissez faire* en el mercado. El estado ideal del *laissez faire* trataría a los actores del mercado como a iguales jurídicos; el Estado no trata a las personas de la familia como a iguales jurídicas. Es más, el rol constitutivo de las leyes al crear el mercado, es menos obvio que el rol constitutivo del Derecho al crear y definir la familia. Las leyes establecen quién está casada con quién, y quién se considerará hijo de quién.

La existencia de esta visión "legal positivista" de la familia no debería, sin embargo, opacar la creencia en la "ley natural", que coexiste y compite, según la cual la familia existe como una formación humana natural, no creada, pero meramente reconocida (o no reconocida), por el Estado. Dicha noción está implícita en el entendimiento, compartido por la mayoría, de que existen algunas familias que no son legalmente reconocidas. De hecho, gran parte de la doctrina legal de familia puede verse como respuesta a los problemas causados

⁵¹⁸Me refiero al *laissez faire* en tiempo pasado porque hablo de su forma clásica que llegó a parecer poco plausible hace muchos años. Ver Kennedy. op. cit., págs. 1746-48.

⁵¹⁹Ver idem., págs. 1748-49.

⁵²⁰Ver por ejemplo., *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 52-58 (1905)

⁵²¹Ver Kennedy. op. cit., págs. 1731-32.

⁵²²Bajo estas circunstancias, el argumento de la incoherencia se caería, y la pregunta importante sería la que plantea el argumento a favor de la intervención proteccionista -si el mercado libre llevaba a injusticias y a sufrimiento innecesario en casos particulares que podrían ser adecuadamente aliviados mediante la intervención selectiva del Estado.

⁵²³Mi agnosticismo con respecto a la posible existencia de una jurisprudencia apolítica se basa principalmente en la dificultad de probar una negativa. Es relativamente fácil demostrar que intentos particulares de basar la toma de decisiones jurídica en bases apolíticas fallan - por ejemplo que el campo de derecho y economía no ofrece esas bases. Ver Horwitz. *Law and Economics : Science or Politics?*, 8 Hofstra L. Rev. 905 (1980) (argumentando que el derecho y la economía reclaman que presentan tales bases apolíticas pero no pueden). Sin embargo, sería muy difícil de probar que todos los posibles intentos están destinados a fracasar.

por la disyunción entre las familias legalmente reconocidas, o *de jure*, y las familias "naturales", o *de facto*, - la brecha entre la definición legal de familia y el sentido que la gente tiene de aquello que una familia realmente es.⁵²⁴

A pesar de que el Estado define y refuerza roles específicos y una jerarquía particular dentro de la familia, estas políticas a menudo se consideran no intervención; es más, la negativa a apoyar las jerarquías familiares, algunas veces ha sido considerada intervención del Estado. La idea de que el Estado puede intervenir o no intervenir en la familia, y particularmente, que éste practica una política de no intervención cuando apoya las jerarquías familiares, parecería depender de la creencia que la familia natural existe separada de las regulaciones legales, y que la jerarquía que el Estado apoya es natural, creada por dios o por la naturaleza, no por las leyes.⁵²⁵

1. El concepto de una familia natural - En el siglo pasado, la creencia de que las esposas eran naturalmente dependientes de sus maridos estaba tan arraigada en alguna gente, como ahora lo está la idea de que hijos e hijas dependen, por naturaleza, de madre y padre. Se esperaba que el Estado apoyara el poder del marido sobre la esposa, cuando aquel se viera amenazado. El marido escogía el domicilio de la familia y la esposa se veía esencialmente obligada a vivir ahí, al igual que sucede hoy con la prole. Como se expresaba en un tratado sobre relaciones domésticas del siglo diecinueve: "El domicilio de la esposa sigue aquel del esposo; el domicilio del infante lo puede cambiar el padre. Así se conforma la ley de

⁵²⁴Los matrimonios consuetudinarios, los matrimonios putativos, y una variedad de presunciones que legitiman segundos y terceros matrimonios bígamos, todos sirven para posibilitar que las cortes traten a familias establecidas (reales) como familias legales. Ver también por ejemplo, Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 651-52 (1972) (invalidando la ley del Estado al negarle a un padre soltero los derechos legales como padre); Glonav. American Guar.& Liab. Ins. Co., 391 U.S. 73, 75-76 (1968) (limitando la discreción del Estado a basar la ley de muerte inicuca en relaciones legales más que en relaciones biológicas).

⁵²⁵En respuesta se podría argumentar que el Estado puede adoptar una política racional de "no intervención aún hacia una "familia" en cuya definición juega la principal parte. Los proponentes de esta visión podrían reconocer que su política de no intervención selectiva parte del significado literal del término pero afirmar que una distinción entre los roles que el Estado debe jugar antes de que la familia pueda ser legalmente reconocida y otros roles que podría jugar le da coherencia a su uso del término. En esta visión, el Estado juega un rol como el que establece las reglas de base - el marcar los límites de la definición de "familia" y proteger a la familia de la intrusión de terceros. Se podría decir que este rol es lo suficientemente no controversial para ser distinguido de numerosos otros roles - tales como proveer contracepción o aborto - que el Estado puede escoger eludir bajo una política de "no intervención".

La dificultad más obvia y normal con este abordaje aparece cuando una/o trata de seleccionar cuales funciones son tan "no controversiales" que están dentro del rol del Estado como el que hace las reglas de base, y cuales funciones son lo suficientemente objetables como para que el Estado renuncie a ellas bajo su política general de "no intervención". Mientras pueden haber algunas funciones - por ejemplo, pedir exámenes de sangre a las parejas que se van a casar - en que la mayoría estaría de acuerdo que calzan en la primera categoría, el grueso de las decisiones sería objetable para un número de miembros/as de "familias" putativas. Dada la inevitabilidad del desacuerdo sustancial sobre cuales políticas de familia son reglas de base neutrales y cuáles son intervención objetable, el etiquetar cualquiera de estas políticas de "no intervención" le roba al término todo significado razonable. Estas políticas de familia de hecho derivan de políticas y no fluyen de forma lógica de principios neutrales.

Una segunda y más fundamental dificultad derrota el proyecto de distinguir el establecimiento de reglas de base neutras de otras actividades del Estado. Cualquier regla de base que sea lo suficientemente no controversial para que pueda ser plausiblemente considerada neutral sería demasiado general para arreglar disputas concretas. Las políticas bien pueden ser internamente consistentes pero aún ser indeterminadas. Ninguna política "fluye logicamente" de principios, aunque los principios pudieran ser neutrales. Este argumento paralela los argumentos de algunos realistas legales de que el *laissez faire* era incoherente porque el Estado no podía hacer cumplir de manera pareja las reglas de base neutrales no controversiales.

domicilio a la ley de la naturaleza".⁵²⁶ Se pensaba que el origen de nuestras leyes con respecto a la familia era la Ley Natural, o la "Divina Providencia".⁵²⁷ "Las leyes positivas no hacen más que cumplir los mandatos de las leyes de la naturaleza, y no crean, sino que desarrollan un sistema."⁵²⁸ Aunque han habido cambios en lo que se considera natural dentro de la familia, la noción básica de que las relaciones en ella son naturales, no ha cambiado tanto. Hoy tal vez ya no se considere que las mujeres sean naturalmente dependientes de sus esposos, pero aún se considera que los y las niñas sí lo son de su padre y madre.

Un concepto similar de familia natural encuentra expresión en la ley constitucional. Al menos desde 1944, la Corte Suprema ha reconocido un derecho constitucionalmente protegido de privacidad familiar - un "reino privado de vida familiar en el que el estado no puede entrar".⁵²⁹ Se ha dicho recientemente que la fuente de esta privacidad familiar no está en la ley del Estado, sino en los "derechos humanos intrínsecos".⁵³⁰ La Corte Suprema claramente imagina un concepto de relación familiar que no depende de la ley del Estado: "Tampoco ha rehusado (la Constitución) reconocer aquellas relaciones de familia ilegítimizadas por una ceremonia matrimonial."⁵³¹ La familia tiene sus "orígenes completamente aparte del poder del Estado".⁵³² De esa manera, para propósitos de adjudicación constitucional, "el status legal de las familias nunca ha sido considerado controlador."⁵³³ El concepto de una familia natural del siglo diecinueve ha perdurado en el siglo veinte. Ahora reconocemos el importante rol de las leyes en crear la familia del siglo diecinueve. Yo esperaré no tener que esperar hasta el siglo veintiuno para reconocer el rol constitutivo de las leyes en la familia del siglo veinte.

2. La jerarquía que el Estado observa: ¿No intervención? - La no intervención parecería tener significado en el contexto de roles pre existentes y prescritos en la familia. Las reglas de base, creadas por el Estado, dan forma y refuerzan estos roles sociales, al asignarles poder y responsabilidad dentro de la familia. Generalmente, no se piensa que estas reglas de base sean intervención del Estado, pero involucran al Estado en los roles familiares prescritos y minan las pretensiones de no intervención. La fijación de roles requiere de decisiones políticas, que difícilmente se pueden considerar no intervención. El Estado, cuyas escogencias políticas han tenido tanto efecto en estos roles familiares, no se puede considerar neutral; tampoco se debería usar la etiqueta de "no intervención" para esconder o confundir la naturaleza política de las escogencias que la sociedad hace.

⁵²⁶Schouler, J. A Treatise on the Law of the Domestic Relations sec. 3 pág. 9 (5a ed. 1895). Más adelante el autor critica como "interferencia jurídica" la política de algunas cortes de relevar a la esposa de su obligación de seguir a su esposo cuando su elección de domicilio es poco razonable. Ver idem sec. 38, pág. 69.

⁵²⁷Ver idem sec. 3, pág. 8.

⁵²⁸Idem. Sec. 2, pág. 5.

⁵²⁹Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158, 166 (1944). El derecho a la privacidad familiar se traza a menudo hasta Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) y Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925). Meyer invalidó un estatuto que prohibía la enseñanza de cualquier lengua moderna que no fuera inglés en los primeros ocho grados, y Pierce derogó una ley que obligaba a los/as niños/as a asistir a la escuela pública. Se decidió que ambos estatutos eran intrusiones injustificadas en la libertad de padres y madres de criar a sus hijos/as. Los casos se decidieron sobre la base del derecho a la libertad individual, a la que se le daba protección sustantiva por la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda. Aunque la Corte ha abandonado muchos de sus casos de debido proceso sustantivo del mismo período, ha reafirmado Meyer y Pierce. Ver Developments in the Law - The Constitution and the Family, 93 Harv.L. Rev. 1157, 1161-63(1980).

⁵³⁰Smith v. Organization of Foster Families, 431 U.S. 816, 845 (1977) (nota al pie de página omitida).

⁵³¹Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 651 (1972). La Corte en Stanley trató la relación biológica padre-hijo/a, pero también puso énfasis en el rol del Sr. Stanley en la **crianza** de sus niños/as.

⁵³²Smith v. Organization of Foster Families, 431 U.S. 816, 845 (1977).

⁵³³Idem., pág. 845 nota .52.

Es más, la observancia de estos roles familiares, a lo cual mucha gente llama "no intervención", exige que el Estado haga continuas escogencias políticas acerca del alcance y el significado de dichos roles. El contenido de los roles de familia ha cambiado a través de los años, y nunca ha habido total acuerdo acerca de la autoridad que maridos tienen sobre esposas, y la que padres y madres tienen sobre hijas/os, o acerca de las responsabilidades que dicha autoridad conlleva. Los y las funcionarios del Estado deben definir los asuntos límite, sobre la naturaleza y la extensión de las jerarquías familiares, caso por caso; el seguir una política de "no intervención" no libra a funcionarios y funcionarias de tener que tomar decisiones *ad hoc* sobre la familia.

a. El modelo de jefe de familia: Empoderamiento directo del superior - En el siglo pasado, alguna gente creía que dándole poder al jefe de familia - el marido y padre - para actuar en nombre de la familia y para arreglar disputas interfamiliares, el Estado podía evitar intervenir en ella. Yo me refiero a esta política como el Modelo de Jefe de Familia. En teoría, este modelo aliviaría al Estado de tomar decisiones caso por caso, en relación a aquella.

Durante la primera parte del siglo diecinueve, el marido era el jefe jurídico de la familia, con derecho a controlar esposa y prole. También era su jefe financiero. La ley consuetudinaria, que el Estado hacía cumplir, estipulaba que la propiedad de una esposa pertenecía al marido. Cualquier propiedad de la cual la esposa tuviera título legal, era transferida automáticamente, mediante operación legal, a su marido; y él recibía propiedad vitalicia de los bienes raíces de ella.⁵³⁴ El tenía derecho a servicios de su prole y de su esposa. Si recibían salarios, estos le pertenecían a él; aunque trabajaran sin paga, el padre podía recuperar el valor de los servicios que dieran a terceros.⁵³⁵ Aunque legalmente no podía vender los servicios sexuales de su esposa e hijas menores, sí podía pedir dinero a un hombre que mantuviera relaciones sexuales con ellas sin el permiso de él.⁵³⁶ Algunas personas objetaban estas políticas, pero no hay evidencia de que alguien las considerara intervención del Estado.

Es más, el concepto de no intervención del siglo diecinueve permitía exigir que el Estado impulsara la autoridad del padre. En caso que la esposa se fuera, llevándose con ella a las hijas e hijos, normalmente se esperaba que las cortes emitieran un *habeas corpus*,

⁵³⁴Esta dramática imposición no era considerada intervención del Estado. A veces la transferencia de la propiedad de ella era caracterizada como un "regalo", ver Schouler, *op. cit.*, sec 80, pág. 132, pero la esposa no tenía más remedio que otorgarla. Aunque la pareja estuviera de acuerdo en que la esposa podía mantener su propiedad, su contrato hubiera sido nulo. A algunos intereses incorpóreos de la esposa se aplicaban reglas complicadas. El título del marido a cualquier objeto de propiedad personal en acción y a ciertos intereses de bienes raíces era considerada condicional y él tenía que cumplir con ciertos actos para poderse apropiarse de los objetos de propiedad personal o para llevar a cabo su derecho de tomarlos en posesión. Ver *idem*. Secs. 80-159, págs. 131-248.

⁵³⁵Ver *Benson v. Remington*, 2 Mass. 113 (1806) (obligando a los vecinos que permitían que una adolescente viviera con ellos a pagar a su padre los jornales por el valor de los servicios que ella les daba o les podría dar). Probablemente los vecinos no habrían resistido las demandas del padre apelando la decisión a su favor de no haber sido por los hechos peculiares del caso *Benson*. Varios años antes el padre había abandonado a su familia dejándoles en "pobreza extrema". *Idem.*, pág. 113. Los vecinos encontraron a la hija en "una condición muy desvalida" y la llevaron a su casa. Tres años antes de que él les pusiera la demanda legal, el padre había regresado y había reclamado un pago similar de sus vecinos, pero la presión de la comunidad lo había obligado a entrar en un arreglo. Esta historia sugiere que en el caso *Benson*, el Estado le estaba dando poder al padre y no solamente haciendo cumplir las normas acordadas de la sociedad.

⁵³⁶La acción del marido sería por "conversación criminal" si el hombre mantenía relaciones con la esposa, y por pérdida de servicios si era con la hija. Muchos/as comentaristas han considerado esta acción por la pérdida de los servicios de la hija como una ficción legal que permitía al padre recuperarse de su pérdida de honor o de sentimientos heridos.

ordenándole regresárselos/as al padre. Se habría considerado intervención del Estado en la familia que una corte rehusara emitir dicha orden.⁵³⁷

Hoy se espera menos que las cortes impulsen el poder del marido sobre la esposa, pero todavía se espera que hagan cumplir la autoridad de padre y madre sobre sus hijos/as. Muchos Estados cuentan con un procedimiento, mediante el cual pueden calificar a una niña o niño como "incorregible", o definir que "necesita supervisión", y ordenarle obedecer a padre y madre, o si no ser encerrada/o en el equivalente funcional de una cárcel.⁵³⁸ Padre y madre también tienen considerable poder sobre si su niña o niño será institucionalizado como perturbado o defectuoso mental.⁵³⁹ Mi punto no es que estas situaciones sean muy comunes, sino que estas políticas que empoderan a padres y madres no se consideran intervención del Estado en la familia.

De formas más sutiles, también el Estado autoriza directamente a padres y madres a actuar por cuenta del hijo/a. El Estado, al igual que la costumbre, les da poder a padres y madres para darle un nombre a el niño o la niña, y a cambiárselo, si lo desean. Ellos/as definen de cuál Estado el niño o la niña será ciudadana. Matriculan a el o la niña en la escuela. Estos poderes son establecidos por reglamentos estatales, reglamentos que definen los roles familiares, pero que casi ni se notan, y definitivamente, no son considerados intervención estatal.

b. La creación de dependencia económica - La interacción social dentro de una familia puede verse significativamente afectada por la dependencia económica de la esposa hacia el marido o de niñas y niños hacia padre y madre. Hoy nos resulta obvio que las leyes y reglamentos que se hacían cumplir durante la primera parte del siglo pasado hacían a la esposa dependiente económicamente del marido, y a la adolescencia, económicamente dependiente de su padre, usualmente hasta que cumpliera veintiún años. Ni las mujeres casadas, ni los y las menores, podían tener un negocio u oficio, excepto que fuera bajo la autoridad del padre o del marido; sus servicios le pertenecían a él, y él podía recoger los honorarios que pudieran ganar. Durante el siglo pasado esta dependencia le parecía natural a mucha gente.

Hoy, el rol del Estado para reforzar la dependencia económica es menos obvia, pero todavía es significativa. Aunque las leyes estatales ya no exigen que las mujeres hagan trabajo sin paga para sus maridos como parte del contrato matrimonial, al igual que en siglos anteriores, las leyes federales de impuestos todavía dan incentivos económicos importantes para que el trabajo doméstico permanezca sin paga.⁵⁴⁰ Aún otra base para la dependencia económica de las mujeres es la baja paga; estadísticamente, los salarios de las mujeres son tan solo el sesenta y uno por ciento del de los hombres.⁵⁴¹ A pesar de que las leyes estatales que en el pasado estimulaban u obligaban la discriminación sexual en el trabajo han sido

⁵³⁷Ver Olsen. op. cit., pág. 1505 y nota 30.

⁵³⁸Ver Katz y Teitelbaum. PINS Jurisdiction, the Vagueness Doctrine, and the Rule of Law, 53 Ind. L.J. 1 (1977-1978).

⁵³⁹Ver Parham v. J.R., 442 U.S. 584, 600-04 (1979).

⁵⁴⁰Si un contribuyente paga para que se le haga el trabajo doméstico, generalmente el costo no es deducible de los impuestos. Sin embargo, si él se casa con alguien que le hace el trabajo doméstico, puede hacer una declaración conjunta con ella y no es necesario incluir como renta o ingresos el valor de sus servicios como ama de casa. O supongamos que dos contribuyentes se hacen, el uno al otro, el trabajo doméstico con paga. Sus pagos de impuestos serían más altos que si cada uno hiciera su propio trabajo doméstico.

⁵⁴¹*National Committee on Pay Equity & National Institute for Women of Color. Women of Color and Pay Equity, reprinted in Women in the Workforce: Pay Equity: Hearings Before the Joint Economic Committee, 98th Cong., 2d Sess. 190, 198 (1984)*

sustituídas por leyes federales contra la discriminación,⁵⁴² muchas agencias públicas ahorran miles de dólares al pagar salarios más bajos por trabajos ejecutados principalmente por mujeres, que por trabajos de igual valor que ejecutan los hombres.⁵⁴³

La dependencia económica de una niña hacia su padre reafirma y aumenta el poder del padre sobre ella. Aunque niños y niñas pequeñas pueden no tener capacidad de independencia,⁵⁴⁴ a medida que crecen, su dependencia se le puede atribuir, cada vez más, a regulaciones del Estado. Las leyes sobre trabajo infantil, no importa qué tan sabias sean como política, son regulaciones del Estado que dificultan a niños y niñas la independencia económica.⁵⁴⁵ Y el Estado va más allá. Sus leyes no sólo limitan la oportunidad de un/a niño/a de tener trabajo pagado; también la obligan a ir a la escuela - trabajo por el cual no recibe paga.⁵⁴⁶ Finalmente, cuando un Estado da una subvención por una niña, u obliga a un padre o madre a pagar pensión para mantenerla, el dinero no va a la niña misma, sino que va a quien tiene su custodia, usualmente su otro/a progenitor/a. Esto mantiene la dependencia de la niña de la persona que tiene su custodia. Si nos preocupa que el Estado intervenga en la familia al proveer anticonceptivos gratuitos para las muchachas, sin que su padre y madre lo sepan, no debemos dejar de lado el hecho que las políticas de Estado han dificultado la posibilidad de que las muchachas paguen por los anticonceptivos, o que los consigan de alguna otra manera.⁵⁴⁷

c. Eliminando fuentes alternativas de manutención o crianza - En el siglo pasado a una mujer se le obligaba a vivir en la casa de su marido. El podía escoger vivir en cualquier lugar y ella estaba obligada a seguirlo. Un método de hacer cumplir este requisito era

⁵⁴²Ver Olsen. op. cit., pág. 1548, 1555-59.

⁵⁴³ Varios gobiernos estatales han hecho estudios y han descubierto que sería muy caro poner en marcha un programa de "valor comparable". Por lo tanto pareciera que estuvieran recibiendo un importante beneficio económico al aprovecharse de los salarios más bajos de las mujeres. En *AFSCME v. Estado de Washington*, Nos. 84-3569, 84-3590 (9th Cir. Sept. 4, 1984) (disponible septiembre 18, 1985 en LEXIS, Genfed Library, archivo de casos) el Noveno Circuito derribó una decisión de la Corte del Distrito que hubiera obligado al estado de Washington a hacer pagos iguales sobre el valor comparable del trabajo.

⁵⁴⁴ Es fácil asumir que los/as niños/as son por naturaleza dependientes de su padre y madre. Si se hace un exámen más a fondo, sin embargo, esta presunción parece no justificada. Ciertamente, la prole humana parecería tan indefensa como otros vástagos de los primates, y en este sentido se podría decir que son naturalmente dependientes. Pero en este sentido, niños y niñas serán dependientes de sus madres, posiblemente de sus padres, y probablemente de la comunidad más amplia. En muchas partes del mundo madre e infante, o madre, padre e infante no podrían sobrevivir solos/as.

En la sociedad civilizada, los /as niños/as pequeños/as permanecen dependientes. Que esta dependencia es de madre y padre de seguro se basa en leyes. Las leyes garantizan que niños/as permanezcan con su madre y padre, aunque a pesar de las leyes, gran cantidad de niños/as son separados/as de su madre y padre. Presumiblemente más niños/as se verían separados de madre y padre de no ser por la censura legal (así como legal) del secuestro.

Es más, el período de dependencia se podría acortar considerablemente si, por ejemplo, las leyes de propiedad no se pudieran usar contra los/as niños/as. Podría haber una sociedad en que se le permitiera a los/as niños/as tomar todo lo que necesitaran y comer lo que encontrarán tan libremente como lo hacen en el hogar. Mi punto no es que este plan produciría una mejor sociedad o niños/as más saludables, sino simplemente que esto sería posible.

⁵⁴⁵Ver por ejemplo, Cal. Labor Code secs.1290-1311 (West 1971 & Supp. 1985): Youth Employment Standards Act. Mich. Comp. Laws secs. 409.101-124 (1979) (restricciones y reglamentos de horarios y tipos de trabajo para menores).

⁵⁴⁶Ver por ejemplo, Compulsory Education Law. Cal. Educ.Code secs. 48200-48324 (West 1978 & Supp. 1985); Michigan Compulsory School Attendance Law. Mich. Comp. Laws Ann. Secs. 380.1561.-1599 (West 1979). Por supuesto, se puede argumentar que el asistir a la escuela no es trabajo productivo y que debería considerarse un beneficio más que una carga. En algunas sociedades, sin embargo, ser estudiante se considera empleo lucrativo y se le paga a la gente para que vaya a la escuela. Mi punto es simplemente que estas políticas del Estado no son ni naturales ni inevitables y que implican al Estado en la dependencia económica de los y las jóvenes.

⁵⁴⁷Ver Olsen op. cit., pág. 1506 y nota 33.

eliminando otras alternativas de vivienda. Cualquiera que diera alojamiento a una esposa fugitiva podría ser acusado de encubrimiento. Aunque el padre de ella pudiera, como asunto práctico, salir bien librado de esta infracción, para cualquier otra persona, esto hubiera sido muy difícil. Para la mayoría de las mujeres habría sido imposible ayudarla, y para la mayoría de los hombres, poco aconsejable.⁵⁴⁸ Si una esposa fugitiva establecía una relación cercana con un hombre, podrían ser sospechosos de adulterio y recibir un trato muy severo. Y si efectivamente tenía relaciones sexuales con otro hombre, su marido la podía capturar y hacerla regresar a su hogar;⁵⁴⁹ podía poner una demanda civil y recibir una indemnización del hombre por adulterio (*criminal conversation*). El marido continuaba siendo el dueño de las propiedades de su esposa y teniendo derecho a sus servicios, pero ya no tenía que mantenerla. En muchos casos le podía quitar hijas e hijos, y quizá, hasta prohibirle las visitas.⁵⁵⁰

Hoy, el Estado ordinariamente no castigaría a terceros que diesen hospedaje o amistad a una mujer, sin el permiso de su marido, pero las leyes continúan imponiendo penas a aquellos que ofrezcan lo mismo a niñas/os sin el permiso de su padre y madre. El Estado está involucrado en la distribución de poder y de roles dentro de la familia cuando sus leyes impiden que niñas y niños busquen el apoyo de terceros. Sin embargo no se acusa al Estado de intervenir en ella cuando obliga a niñas y niños a vivir con su padre y madre, o cuando le prohíbe a médicas y médicos tratar menores sin el conocimiento y aprobación de su madre y padre. Al niño/a se le puede obligar a asociarse, o se le puede prohibir asociarse, con gente, al antojo de padre y madre. Los reglamentos que permiten a las cortes dar órdenes de visita a abuelas y abuelos, que podría limitar esta prerrogativa de madre y padre en ciertos casos extraordinarios, son a veces criticados como "intervención" del Estado en la familia.⁵⁵¹ El Estado da a padre y madre considerable poder coercitivo sobre su prole, y después califica su negativa de monitorear este poder de "no intervención".

d. Limitando la protección del Estado - Durante el siglo pasado al padre se le permitía disciplinar a su esposa y prole, y este permiso a menudo se extendía a castigos físicos. Un comportamiento que constituiría una ofensa criminal si se dirigía a personas extrañas, era completamente legal si se aplicaba a hijas e hijos, y simple causa de separación o divorcio, si se ejercía con la esposa. Las doctrinas sobre inmunidad de agravio intrafamiliar protegían al padre y al marido de demandas civiles por parte de su esposa o hijas/os golpeadas/os.⁵⁵²

Hoy la inmunidad por agravio intrafamiliar ha sido ampliamente abolida, pero mucho del comportamiento que sería criminal o agravioso entre extraños todavía se puede llevar a cabo con impunidad dentro de una familia. En muchos estados el esposo puede, legalmente, forzar a la esposa a mantener relaciones sexuales. En la mayoría de los estados, el abuso a la esposa se trata de diferente manera a otras formas de violencia personal - a veces mejor, a menudo

⁵⁴⁸Ver Schouler, op.cit. sec 41, págs. 71-72.

⁵⁴⁹Ver idem, sec. 45, págs. 76. Si un marido descubría a su esposa en la cama con otro hombre y los mataba, su crimen sería un delito de menor cuantía y no asesinato. Ver idem, sec. 45, pág. 76, nota .5.

⁵⁵⁰El Acto de Lord Talfourd, un proyecto de reforma de ley de 1839 en Inglaterra que daba a las cortes el poder de dar a las madres custodia y visitas a sus hijos/as, excluía específicamente en su reglamento a las madres adúlteras; y algunos Lores que se oponían al proyecto de ley argumentaban que el riesgo de que una madre adúltera se pudiera beneficiar de la reforma si su adulterio no se le pudiera probar era tan inaceptable que el proyecto debería ser derrotado. Ver 44 Parl. Deb. (3er ser.) 772, 789 (1838).

⁵⁵¹Ver, por ejemplo, Olds, 356 N.W.2d 571, 574 (Iowa 1984). En algunas situaciones, la orden de visitas de abuelos/as pueden forzar a un/a niño/a a continuar teniendo contacto no deseado con sus abuelos/as.

⁵⁵²Por supuesto, la misma doctrina protegería a esposa e hija/o contra la demanda civil de haber ejecutado agresión o golpes a padre y esposo, pero por lo general no funcionaba así.

peor. Los/as niños/as reciben protección limitada del Estado contra su padre y madre. Por lo general, los crímenes y agravios se admiten solamente cuando el abuso es grave; y aún esta coacción ocasional se considera a menudo intervención del Estado - justificada, pero no obstante intervención. En teoría, padres y madres pueden ser acusados por homicidio, abuso sexual, agresión física grave y abandono infantil. En la práctica, sin embargo, la dependencia del o la niña es tan extensa, que muchos crímenes, incluyendo la violación y el abuso sexual, pasan sin ser acusados.

3. Cambios en la jerarquía familiar a través del tiempo - La naturaleza y el grado de poder que el Estado permite que una persona que integra la familia ejerza sobre las demás ha cambiado con el tiempo y es regularmente debatido. Las reformas que reivindican la igualdad jurídica entre hombres y mujeres han tendido a modificar las expectativas de roles que la ley deposita en esposos y esposas. La relación de los roles de padre o madre con hijas e hijos también ha cambiado considerablemente con el paso del tiempo. Porque el poder de padre y madre sobre su prole es incompleto, el Estado debe ejercer las funciones de juez en casos extremos, y al hacerlo así, necesariamente influencia a la familia. En un extremo, que el Estado enjuicie a un padre por matar intencionalmente a su niña es universalmente aprobado, y es poco probable que sea considerado intervención del Estado en la familia; del otro extremo, acusar al padre de plagio por mandar a una niña a su cuarto como forma de castigo chocaría a la mayoría de la gente como intervención grave. Las cortes deben, a menudo, trazar una línea entre la protección a un miembro de la familia y la promoción de la autoridad familiar, y diferentes cortes trazarían la línea más cerca de uno u otro de estos extremos. Exactamente dónde la corte traza la línea, o dónde se esperaría que trace la línea, afectará las relaciones de poder dentro de la familia. Las escogencias que las cortes hagan, estarían basadas en consideraciones políticas, y el Estado no puede evitar tomar decisiones que influenciarán las relaciones familiares.

Es más, cuando padre y madre están en desacuerdo, el Estado tiene que decidir a cuál de los dos empoderar, o rehusar empoderar. Esta decisión, a su vez, influenciará las relaciones entre padre y madre. De esta manera, lo que es frecuentemente llamado "no intervención" involucra una escogencia inicial de políticas referentes a los roles familiares, seguidos de todavía otras escogencias políticas referentes a los detalles de esos roles.

Porque la no intervención se entiende en relación a roles de familia específicos, y se espera que el Estado tome en cuenta esos roles al solucionar disputas, las cortes deben hacer elección tras elección con respecto a la naturaleza y el contenido de estos roles. Mientras no ratifiquen y hagan cumplir **todas** las aseveraciones de la autoridad de un marido o un padre o madre - por ejemplo, se enjuicia el asesinato dentro de la familia - las cortes deben decidir cual comportamiento van a sancionar y cual no. Estas decisiones obligan a las cortes a tomar una posición en asuntos complejos de conflicto intergeneracional o políticas de género. La simple pretensión de que el Estado no debería intervenir en la familia tiende a opacar los problemas genuinos de política y de ética que continuamente surgen.

C. La no intervención y la familia igualitaria

En teoría, sería posible que el Estado evitara tomar una posición respecto a la jerarquía jurídica dentro de la familia. Existen por lo menos dos formas en que podría solucionar demandas que involucran a familias, que evitarían ratificar la jerarquía familiar. Una sería tratar a la familia como un Estado Natural en miniatura, rehusando ejecutar ningún litigio entre integrantes de una familia; la otra sería tratar el matrimonio como nada más que un contrato expreso y el paternaje/maternaje como irrelevante, y ejecutar todos los litigios entre familiares

como si se tratara de litigantes sin una relación de este tipo. Un análisis de estos dos extremos contrastantes ilustrará mejor las dificultades que ofrece el concepto de "no intervención".

1. Modelo de Estado Natural - El Estado parecería tener la capacidad de permanecer neutral entre integrantes de una familia al constantemente rehusar hacer cumplir cualquier agravio, contrato o ley criminal entre ellos. Este abordaje, si se lleva al extremo, crearía un "Estado Natural" dentro de la familia, y podría decirse que toma seriamente la noción de que las familias deben solucionar sus propios problemas. Si una esposa estuviera siendo golpeada, sería su problema el lidiar con el asunto; el Estado no "intervendría". Si ella solucionara su problema matando al marido, se esperaría que aquel continuara con su política de "no intervención". Si una persona fuera encausada por asesinato, sería suficiente para la defensa probar que la persona defendida y la víctima eran integrantes de la misma familia. Ese asesinato sería entonces considerado un asunto familiar en el cual el Estado no debería inmiscuirse.

Como en cualquier estado natural imaginario, este abordaje parecería beneficiar a las personas más fuertes y perjudicar a las más débiles en una familia. Sin embargo, de hecho podría desempoderar menos a las físicamente débiles que el sistema que parece funcionar en algunas comunidades - un sistema que trata la violencia intrafamiliar como privada, pero que declara el homicidio completamente fuera de ley. Dicho sistema es especialmente desempoderador para las esposas si el abuso que un marido comete no se reconoce como justificación para, o como defensa de un homicidio.⁵⁵³

El Modelo del Estado Natural no le permitiría al Estado en realidad permanecer neutral, o no involucrado en la familia. Aunque el estado natural fuera completo dentro de la familia, el Estado tendría todavía que decidir quién constituye una familia y cómo lidiar con acusaciones que involucran a terceras partes y a integrantes de la familia. Un estado natural completo tampoco calzaría con los criterios contemporáneos de no intervención en la familia. Un estado natural parcial dentro de esta podría ser aceptable para mucha gente; pero si el estado natural fuera parcial, las decisiones sobre cuáles leyes hacer cumplir entre integrantes de la familia requeriría de escogencias políticas adicionales, que afectarían la autoridad y los roles dentro de las estas.

2. Modelo de Mercado - Una segunda manera en que el Estado podría parecer neutral entre integrantes de la familia se basa en la estrategia opuesta de coacción. Este podría tratar a cada integrante de una familia como jurídicamente igual y considerar su situación familiar como irrelevante. El matrimonio y el paternaje/maternaje se volverían relaciones privadas, no reconocidas por el Estado. Las cortes considerarían irrelevante que personas que litigan estuvieran casadas el uno con la otra, y que una fuera la madre del otro, y ejecutarían los juicios como se hace entre cualquier gente sin relación. Este acercamiento esencialmente ignora la relación familiar, y trata a los y las miembros de la familia justo como se trata a extraños. Dicha política no calzaría con los criterios contemporáneos de no intervención en la familia, especialmente en lo que respecta a la niñez. Por ejemplo, bajo el Modelo de Mercado, padres y madres que disciplinen a sus hijos e hijas mandándolas a su cuarto, podrían ser culpables de plagio y los y las niñas tendrían una cuasa válida de acción por falso arresto. Padres y madres no tendrían ni la obligación de mantener a hijas e hijos, ni el derecho a no dejarles vivir fuera de su casa. Hijas e hijos y padres y madres tendrían la libertad de negociar a su antojo. Los contratos convenidos entre niñas/os y padres y madres, o entre otros/as

⁵⁵³Ver Olsen, op.cit págs. 1509.

integrantes de la familia, se harían valer igual que los contratos entre personas sin relación familiar.

El concepto de no intervención, basado en el Modelo de Mercado, es no sólo inaceptable para la mayoría de la gente, sino que tampoco es más coherente que el *laissez faire*. Todos los argumentos esgrimidos por los realistas legales para demostrar la incoherencia del *laissez faire* son aplicables a la no intervención bajo el Modelo de Mercado. La neutralidad del Modelo de Mercado sería una neutralidad formal solamente, aún entre adultos. Las leyes particulares penales, de agravios y contratos que el Estado escogió crear y hacer cumplir, afectarían el poder relativo de las personas individuales, y así también los convenios que podrían negociar con sus cónyuges, hijos/as y parientes. Por ejemplo, las leyes fuertes contra la agresión tienden a ayudar a esposas, hijas e hijos; las doctrinas debilitadas de defensa propia limitan su posibilidad de protegerse, y parecerían ayudar a los maridos.⁵⁵⁴

Para ilustrar aún más, consideremos las leyes que prohíben la prostitución y anulan los contratos cuando los servicios sexuales constituyen el total o parte de la compensación de una de las partes del acuerdo. En nuestra sociedad actual, el efecto de anular dichos contratos por lo general enriquece al macho a expensas de la mujer.⁵⁵⁵ La política pública contra la prostitución podría tener algo que ver con el rechazo a reducir a las mujeres a objetos sexuales, pero más podría relacionarse con el guardar para los hombres los recursos económicos que garantizan su prestigio y su poder.⁵⁵⁶ El resultado de las políticas que enriquecen a los hombres y empobrecen a las mujeres es que, aunque las leyes rehusaran permitir defensas "de familia" en acciones de contratos, agravios o penales, las esposas

⁵⁵⁴Programas de televisión populares han presentado recientemente representaciones benévolas de esposas y niños/as abusados quienes, incapaces de conseguir protección de la policía contra un marido o padre abusivo, lo han matado. Ver, por ejemplo, *La Cama Ardiente (The Burning Bed)* (relato dramatizado de una esposa abusada que mata a su marido); 60 minutos (un especial noticioso sobre un muchacho que mató a su padre abusivo).

⁵⁵⁵El caso de *Marvin v. Marvin*, 18 Cal. 3d 660, 557 P. 2d 106, 134 Cal Rptr. 815 (1976), ha sido ampliamente elogiado y culpado por las muchas cosas que apoyó y rehusó apoyar, pero pocos, si algunos, comentaristas han puesto atención a la insistencia de la corte en que un contrato por servicios sexuales no se puede hacer valer. Esta regla aparentemente neutral tiende en la práctica a dañar a mujeres ocasionales no sofisticadas. Los hombres, sofisticados o no, tienden a beneficiarse o a permanecer ilesos.

La regla anti-prostitución también limita el derecho a contrato, y la limita de manera que tiende a dañar más a las mujeres que a los hombres. Una cosa es decir que no presumiremos que los hombres necesariamente sacan más de las relaciones sexuales que las mujeres, pero es una cosa muy diferente decir que las cortes podrían no tomar en cuenta y las parejas podrían no contratar en base a cualquier beneficio diferencial que podría agregarse. Dadas las estadísticas sobre la satisfacción con las relaciones sexuales, yo sugeriría que ésto claramente daña a las mujeres. Ver Leerhsen, Jackson & Bruno, *Ann Landers and the Act*, Newsweek, 28 de enero, 1985, pág. 76 [de aquí en adelante *Ann Landers*] (que da los resultados de una investigación en que el 72% de las mujeres estaban insatisfechas con el sexo como se practica).

Una de las críticas que enfrenta el caso *Marvin* es que invita a las cortes a investigar los detalles íntimos de la vida de una pareja. Ver, por ejemplo, Chambers. *The "Legalization of a Family: Toward a Policy of Supportive Neutrality*, 18 U.Mich. J.L. Ref. 805 (1985). El hacer "los susurros de almohada a almohada", *idem.*, págs. 825, sagrados, privados e irrepitibles es apoyar el estatus quo sexual. El sexo tal y como se practica hoy parece asombrosamente más satisfactorio para los hombres que para las mujeres. Ver *Ann Landers*, *op. cit.* Privatizar el sexo reduce las discusiones que podrían llevar a un cambio. El sexo es privado en parte porque el Estado así lo hace y porque mantener el sexo privado pareciera servir a los intereses de aquellos con poder. El tabú de investigar la calidad de las relaciones hombre-mujer podría basarse más en un temor a exponer la desigualdad sistemática que en nada más. Los casos de custodia de niños/as frecuentemente incluyen investigación sobre la calidad de la relación hijo/a-padre o madre. Aunque los/as comentaristas pueden criticar la posibilidad de las cortes de juzgar las relaciones íntimas, los casos de custodia infantil sí sugieren que las cortes pueden examinar las relaciones íntimas sin efectos devastadores.

⁵⁵⁶Para una elaboración de esta teoría, ver Olsen, F. *Prostitution: The Stigma of Money* (16 de abril, 1985) (transcripción de charla dada en la Escuela de Derecho de UCLA) (copia en archivo con U.Mich. J.L. Ref.)

todavía traerían a menudo al matrimonio una posición más baja en la jerarquía social y económica, y por ende, una posición de negociación más débil frente a sus maridos.

III. La experiencia de la intervención del Estado

La aseveración que he hecho - que los conceptos de intervención y no intervención del Estado en la familia son esencialmente carentes de significado - podría sonar vacía a una madre empobrecida que lucha porque el Estado no le quite sus hijas/os. Más trágico aún, mi aseveración podría sonar absurda, o parecer totalmente sin sentido a la niñez que vive con temor de las autoridades juveniles. Cientos de jóvenes, cuya calidad de vida ya se ha visto disminuía por la pobreza y el abandono, se han visto forzadas/os al silencio y al escondite. El espectro de la intervención del Estado en la familia les niega a muchas/os de ellas/os hasta el alivio parcial que podrían obtener al compartir su dolor y humillación con una persona amistosa, o con un/a maestro/a compasivo/a. Existen muchos casos así, y para este sector de la juventud, la intervención del Estado puede parecer real y temible.

Existen muchos otros ejemplos de situaciones en que la gente experimenta en carne propia el ser víctimas de la intervención del Estado. En los años sesenta a una esposa y su marido en Connecticut se les negó el acceso legal a anticonceptivos, hasta que demandaron y apelaron su caso a la Corte Suprema de los Estados Unidos.⁵⁵⁷ En años anteriores de este siglo, Lillie y O.B. Williams fueron enjuiciados por cohabitación bígama y sentenciados a ir a la cárcel, cuando funcionarios del Estado en Carolina del Norte decidieron cuestionar los divorcios que habían obtenido en Nevada, de sus matrimonios anteriores.⁵⁵⁸ También llevaron su caso a la Corte y ganaron, para después perder en un segundo juicio y una segunda apelación.⁵⁵⁹ Para estas dos parejas, la intervención del Estado parecería ser una preocupación muy real.

Esta también puede ser muy significativa para el amante que, con la muerte de su amada, se encuentra sin ninguna posición, y la propiedad que compartían es quitada por el padre y la madre, alejadas de ella desde hacía largo tiempo. El amante no tiene nada que decir sobre las condiciones del funeral, y ni siquiera puede asistir sin el permiso del padre y la madre. Aunque la pareja hubiera hecho testamentos, el testamento de la amada, por rutina, se hubiera dejado de lado por presunta influencia indebida.⁵⁶⁰

Padre y madre, sin embargo, podrían bien sentir que hay intrusión en su familia si el Estado limitara sus derechos por consideración al amante de su hija. Los primeros cónyuges de Lillie y O.B. William podrían haber resentido la intervención de las cortes de Nevada al otorgar divorcios contra él y ella cuando, de acuerdo a las leyes de sus propios estados, él y ella no habían cometido ninguna falta y esperarían tener el derecho a permanecer en relación matrimonial.⁵⁶¹

Experimentar intervención del Estado en la familia puede involucrar comportamiento coercitivo afirmativo de parte de funcionarios del Estado, como sería obligar que un/a niña/o

⁵⁵⁷Ver *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

⁵⁵⁸Ver *Williams v. North Carolina*, 317 U.S. 287 (1942)

⁵⁵⁹Ver *Williams v. Carolina del Norte*, 325 U.S. 226 (1945).

⁵⁶⁰Ver *In re Kaufman's Will*, 20 A.D.2d 464, 247 N.Y.S.2d 664 (1964) *aff'd*, 15 N.Y.2d 825, 205 N.E.2d 864, 257 N.Y.S.2d 941 (1965). Ver también Sherman. *Undue Influence and the Homosexual Testator*, 42 U.Pitt. L. Rev. 225, 239-48 (1981) (afirmando que los testamentos de los homosexuales están sujetos a escrutinio especial por influencia indebida.)

⁵⁶¹Para una discusión sobre las dificultades de derechos tan conflictivos, ver Olsen. *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 Tex. L. Rev. 387 (1984).

está físicamente lejos de su padre y madre; o puede ser una negativa de funcionarios del Estado a ayudar a alguien que reclama un derecho de familia, como lo sería que el Estado no obligue a padre y madre adoptivos a ceder su niña/o a su madre o padre natural.⁵⁶² Desde la perspectiva del/a niña/o, la transferencia de la custodia a su madre y padre naturales, que escasamente conoce, parecería una intervención tan seria como sería el alejarla de un padre o madre natural.

Experimentar intervención depende de la desilusión por no llenarse alguna expectativa, o de la sensación de que se viola algún derecho. La desilusión y la violación son experiencias muy reales. Desafortunadamente no se pueden evitar con una simple política de no intervención en la familia. Es más, la desilusión y la violación de sueños y esperanzas pueden ser tan dolorosas como la desilusión y la violación de expectativas y derechos. No queda claro, en el ejemplo de arriba, que el Estado debería sacrificar los intereses de un amante por consideraciones con el padre y la madre, solamente porque madre y padre, bajo la presente ley, tienen expectativas y derechos más arraigados.

Porque la noción de intervención del Estado depende de una concepción de roles familiares adecuados, y estos roles están abiertos a discusión, casi cualquier política puede ser experimentada por alguien como intervención del Estado. En muchas situaciones, las expectativas de una persona se verán insatisfechas, o se sentirá que algún derecho fue violado, no importa qué acción el Estado tome, o rehuse tomar. Una puede a menudo argumentar que en un caso en particular, no intervención realmente significa aquello que una quiere que el Estado haga; cualquier política que a una le disgusta se podría etiquetar como intervención.

Por ejemplo, desde una perspectiva, el Estado interviene en la familia cuando provee anti-conceptivos a las menores. La "Regla Delatora" (*Squeal Rule*), propuesta por la administración del Presidente Reagan, aunque no prevendría la distribución de anti-conceptivos, habría hecho necesario que se notificara a padres y madres que se estaban dando anti-conceptivos a sus hijas.⁵⁶³ Se suponía que esto reduciría la intervención del Estado en la familia y que daría la posibilidad a padres y madres de aconsejar a sus hijas sobre los problemas del sexo adolescente. Los oponentes temían que disuadiría a las adolescentes de obtener anti-conceptivos (pero no de involucrarse en relaciones sexuales) y argumentaban que esta intervención en particular era justificada.

Desde otra perspectiva, la "Regla Delatora" no reduce la intervención del Estado (sea para bien o para mal), pero es en sí misma, una cruda y abusiva forma de intervención. El Estado logra un virtual monopolio sobre el control natal efectivo al empobrecer a las mujeres jóvenes y al prohibir la venta en farmacias de anti-conceptivos de receta económicos.⁵⁶⁴ Luego

⁵⁶²Ver *Bennet v. Jeffreys*, 40 N.Y.2d 543, 356 N.E.2d 277, 387 N.Y.S.2d 821 (1976) (encontrando un largo período de separación de padre o madre natural una circunstancia extraordinaria que puede requerir la aplicación del test de los mejores intereses del/a niño/a).

⁵⁶³Ver 48 Fed. Reg. 3600 (1983) (que se codificará en 42 C.F.R. Secs. 59.2, 59.5. Ver también N.Y. Times, 20 de febrero, 1983, pág. E5, col.4. La regla fue encontrada fuera de ley en terreno estatutorio. Ver *Planned Parenthood Fed'n of Am. v. Schweiker*, 712 F.2d 650 (D.C. Cir. 1983). Alguna gente se ha opuesto a la "Regla Delatora" (*Squeal Rule*) en base a que ciertos padres demandarían sexo de sus hijas al saber que están sexualmente activas. Otras personas temen que los padres responderían con abuso físico a sus hijas.

⁵⁶⁴El rol del Estado parece aún más intenso y más insidioso cuando consideramos cuán renuentes se encuentran los funcionarios del Estado para encausar la violación en citas ("*date rape*"). El Estado permite calles inseguras que limitan las escogencias de una mujer; ella se puede quedar en casa (que según las estadísticas es un lugar notablemente peligroso para las mujeres), salir con un grupo de gente, o salir con un hombre. Especialmente si ella escoge la opción de salir con un hombre, la mujer se puede

propone usar este monopolio para inmiscuirse en la relación padre/madre-hija y pasarles información a padres y madres que no se han preocupado de obtener a la manera antigua - la de conversar con sus hijas. Así, el Estado premia a padres y madres descuidados y los releva de un incentivo para mantener comunicación apoyante con sus hijas. Alienta a padres y madres a descuidar la educación sexual de sus hijas y a ignorar las presiones que sufren hasta después que la niña es sexualmente activa y el Estado se los notifica.

Los argumentos a favor de la no intervención se pueden utilizar contra leyes y regulaciones que rehusan tratar a las parejas no casadas lo suficientemente como a una familia,⁵⁶⁵ o contra leyes que las tratan demasiado como a tal.⁵⁶⁶ Los argumentos a favor de la no intervención se pueden usar para que niñas y niños no se den en adopción, para retirarlos del cuidado adoptivo, o para prevenir que sean retirados del cuidado adoptivo.⁵⁶⁷ Los argumentos a favor de la no intervención hasta se pueden usar contra una política de validar contratos entre parejas no casadas.⁵⁶⁸ Al mismo tiempo que una puede simpatizar con alguien que haya sufrido desilusión causada por una política de Estado, también es difícil ver que se gane algo al representar la causa de esa desilusión como intervención del Estado.⁵⁶⁹

IV. Porqué importa

El argumento a favor de la intervención proteccionista, que el Estado debería intervenir en la familia cuando es necesario, ha ganado tanta aceptación - al igual que la ha ganado el argumento a favor de la intervención proteccionista contra el *laissez faire* - que una podría pensar para qué necesitamos el argumento de la incoherencia, que la intervención y la no intervención son conceptos sin significado. Primero, no es el caso que la excepción se haya tragado la regla. Bajo el argumento a favor de la intervención proteccionista, el Estado es tratado como si tuviera funciones de policía - de detectar y corregir esas raras circunstancias que disturban y trastornan la familia, sin cuestionar ninguna de las bases individualistas básicas de la sociedad. La aseveración que el Estado podría y debería evitar la "intervención" en la familia juega un importante, pero generalmente no admitido, rol ideológico.⁵⁷⁰ Además de eso, el concentrarse en la "no intervención" tiende a confundir las elecciones éticas y políticas que hacemos. Dirige nuestra atención hacia un debate falso y opaca los asuntos genuinos de ética y política. Finalmente, ambos, el *laissez faire* y la no intervención en la familia, han resurgido en versiones modernas - el análisis económico del derecho en lugar del *laissez faire*, y el derecho individual a la privacidad en lugar de la no intervención en la familia. Estas nuevas formas, la una etiquetada conservadora, la otra liberal, tienen la misma falla que las originales - *laissez faire* y la no intervención. La típica crítica liberal del análisis económico del derecho, y la crítica conservadora general del derecho a la privacidad son, ambas, versiones del argumento a favor

encontrar enfrentada con otra escogencia más que es la de acceder a mantener relaciones sexuales o ser violada por él sin más recurso. Así, no se puede decir que las mujeres puedan optar por abstenerse de una relación sexual. La abstinencia no es una forma de control de la natalidad para muchas mujeres.

⁵⁶⁵Ver Chambers, op. cit.

⁵⁶⁶Ver idem.; Burt. Coercive Freedom: A Response to Professor Chambers, 18 U.Mich. J.L.Ref. 829 (1985).

⁵⁶⁷Ver Smith v. Organization of Foster Families, 431 U.S. 816 (1977) (el argumento de reconocer pero rehusarse a aceptar).

⁵⁶⁸Ver Burt, op. cit.

⁵⁶⁹Esto no es para negar la naturaleza ideológica de la preocupación, sin embargo. El quejarse de que el problema con el arreglo de vida de una (sea mediante leyes territoriales, leyes sobre fornicación, o culaquier otra ley o reglamento) constituye intervención del Estado en la familia es un reclamo ideológico, un reclamo al derecho de vivir como una lo escoja. Por ejemplo, el caracterizar con éxito las leyes estatales contra las relaciones homosexuales como "intervención" del Estado en la familia tiende a legitimar las relaciones entre el mismo sexo.

⁵⁷⁰Para una discusión interesante del rol ideológico del derecho de familia, ver Freeman, op. cit., págs. 387-401. Ver también Olsen, The Politics of Family Law, op. cit.

de la intervención proteccionista. En cada instancia, creo que el argumento de la incoherencia presenta una crítica más importante.⁵⁷¹

Conclusión

La intervención del Estado en la familia no es un concepto analítico, sino más bien un concepto ideológico. El argumento de la incoherencia demuestra que ni intervención, ni no intervención, tienen significados coherentes. El argumento de la intervención proteccionista, que el Estado debería intervenir en la familia cuando fuera necesario para defender los intereses de esta o de sus integrantes que sufren opresión, no va lo suficientemente lejos. Primero, presupone que la no intervención es una opción posible; y segundo, por lo general acepta la no intervención como una norma o un ideal.

El argumento de la intervención proteccionista percibe mal los problemas causados por políticas sociales desafortunadas. Por ejemplo, el problema de que funcionarios del Estado le quiten a padres y madres pobres sus hijos e hijas no es un problema de la "intervención" del Estado, pero un problema de la esencia de ese comportamiento del Estado. Lo que el Estado hace a veces es **tan malo** que la gente preferiría que no hiciera nada - lo que por supuesto no es posible. El esfuerzo de lograr que este no haga nada, como si fuera posible, distrae la atención. Es un error tratar la libertad como el polo opuesto de "intervención", o de regulación

⁵⁷¹En el caso de la privacidad, los liberales argumentan que el principio fundamental de la privacidad individual ofrece justificación o bases para una gran variedad de políticas - desde el acceso a anticonceptivos hasta la censura a la vigilancia sobre las escogencias sexuales. Los conservadores a menudo responden oponiendo la moral pública a la privacidad individual. Esto es paralelo al argumento de la intervención proteccionista con respecto a la familia. Los conservadores asumen que la privacidad es un concepto coherente y que la elaboración racional de este principio llevaría a las políticas que los liberales apoyan. El argumento de los/as conservadores/as de que la moral pública justifica limitar la privacidad es como el argumento de que el Estado debería intervenir en la familia para proteger contra el abuso.

La respuesta más fuerte y más importante al reclamo de los/as liberales sería como el argumento de la incoherencia. La privacidad no es un concepto coherente y no lleva a ninguna elección política indiscutible. El Estado está involucrado en la privacidad de la misma manera en que lo está en la familia. Aunque yo apoyo muchas de las políticas que ellos lanzan a nombre de la "privacidad", creo que los/as liberales se equivocan al pensar que pueden justificar estas políticas en bases racionales o apolíticas.

En el caso del análisis económico del derecho, los/as conservadores/as argumentan que el concepto de eficiencia ofrece una justificación racional para muchas políticas. En particular, se concentran los esfuerzos del análisis económico del derecho y la economía para demostrar que muchas políticas económicas apoyadas por los/as liberales simplemente fallan objetivamente - no producirán los resultados que los/as liberales quieren lograr. Los/as liberales a menudo responden oponiendo igualdad y justicia contra eficiencia. Esto es paralelo al argumento de la intervención proteccionista contra las políticas de *laissez faire* hacia el mercado libre. Los y las liberales a menudo asumen que la eficiencia es un concepto coherente y que un enfoque implacable sobre la eficiencia llevaría a las políticas que apoyan los y las conservadoras.

La más fuerte e importante respuesta a los reclamos de los/as conservadores/as sería como el argumento de la incoherencia contra el *laissez faire*. La "eficiencia" es indeterminada y no lleva a las escogencias políticas que los/as conservadores/as dicen que lleva. Los/as liberales no tienen que recurrir a argumentos que enfrenten otras metas con la eficiencia, sino que pueden desafiar las premisas básicas subyacentes conservadoras del análisis económico del derecho. Ver Kennedy. Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L. Rev. 563 (1982); Kennedy. Cost Benefit Analysis of Entitlement Programs: A Critique, 33 Stan L. Rev. 387 (1981); Kelman. Misunderstanding Social Life: A Critique of the Core Premises of Law and Economics, 33 J. Legal Educ. 274 (1983); Kelman. Consumption Theory, Production Theory and Ideology in the Coase Theorem, 52 S. Cal. L. Rev. 669 (1979); Kelman. Choice and Utility, 1979 Wis. L. Rev. 769, Ver también Horwitz, op. cit.; Kelman & Michelman. Are Property and Contract Efficient?, 8 Hofstra L. Rev. 711 (1980)

gubernamental. Como señalaba Morris Cohen en otro contexto, la verdadera libertad depende de las oportunidades suplidas por las instituciones que involucran la regulación legal.⁵⁷² El intento de criticar la "intervención" del Estado, en lugar de criticar las políticas particulares que se siguen, puede ser muy limitante para las personas pobres, quienes a menudo tienen que atenerse a los varios programas de gobierno y, por lo tanto, tienen menos oportunidad de beneficiarse de cualquier estrategia política basada en el mito de la no intervención.⁵⁷³

El abuso sexual en niñas/os es un ejemplo de lo inadecuada que es la retórica de la no intervención. También es ilustrativa del problema de darle a las personas adultas tanta autoridad y poder sobre niñas y niños.⁵⁷⁴ Tal vez el que una niña no denuncie el abuso sexual sea, en la mayoría de los casos, su mejor respuesta a una situación perjudicial. El incesto priva a la niña de autonomía y corrompe la protección que el padre abusivo le ofrece. Y cuando se descubre el abuso, en vez de empoderar a la niña y ayudarle para que se resista al adulto, los funcionarios de Estado tienden a entrar en acción y tomar las riendas, a veces empeorando la situación. Después de revelar el abuso sexual, es posible que el o la niña pierda aún más autonomía y tenga menos opciones para lidiar con su vulnerabilidad y dolor. A el o la niña se le podría negar sumariamente la oportunidad de mantener cualquier relación con la persona adulta que le abusó, aunque quiera desesperadamente conservarla. En casos de abuso infantil, incluido el sexual, la política estatal debería, o terminar con el abuso, o empoderar a el o la niña para que lo termine, en vez de obligarla/o a salir de su casa.⁵⁷⁵

Si pensamos en términos de intervención contra no intervención, y consideramos que nuestras opciones están así limitadas, es poco probable que podamos ingeniar alternativas eficientes.⁵⁷⁶ Si nos preocupamos menos con el mito de la intervención del Estado, podríamos prestar la atención adecuada a las realidades de las vidas de las personas.

⁵⁷²Ver Cohen, op. cit., pág. 591.

⁵⁷³Cf. MacKinnon. *The Male Ideology of Privacy: A Feminist Perspective*, 17 *Radical America*, julio-agosto, 1983, págs. 23, 32 (señalando que los derechos de aborto son particularmente fáciles de ser denegados a las mujeres pobres porque el derecho está basado en la privacidad.)

⁵⁷⁴El Estado establece una situación de dependencia y después permite como única alternativa el completo rompimiento de la relación. Si analizamos la propaganda de papel higiénico y blue jeans en la televisión, la incógnita no es que haya tantos casos de incesto sino más bien que el abuso sexual no sea mayor. Si hacemos que niños y niñas sean completamente dependientes de uno o dos adultos y permitimos que la dependencia y la impotencia se eroticen, no deberíamos fingir sorpresa y rabia ante el abuso infantil. El Estado les da poder a los/as adultos/as y les otorga deducciones de los impuestos por anuncios que erotizan la dominación. Ver, en general, Killborne, J. *Killing Us Softly: Advertising's Image of Women* (Cambridge Documentary Films, Inc. 1979) (examinando filmicamente el uso del sexo en los anuncios como reflejo y parcialmente constitutivo de la cultura).

⁵⁷⁵Cómo empoderar a los/as niños/as para terminar con el abuso es un tema para otro artículo. La mayoría de nosotros/as no estamos acostumbrados a pensar en formas de empoderar a las víctimas. Para algunos pensamientos previos, ver Olsen, *Statutory Rape*, op. cit., págs. 407-09, 424, 431. Parece importante explorar formas creativas de mejorar las opciones asequibles a niñas y niños con situaciones difíciles en la casa. Por ejemplo, la tecnología moderna podría permitir a niños/as pedir ayuda lo suficientemente rápido para que les resultara seguro permanecer con padres/abusivos a los que están muy fuertemente apegados.

⁵⁷⁶Mientras que el enfoque de este artículo ha sido la familia, su tesis es general. El Estado no puede ser neutral, ni puede ser un árbitro neutral de derechos. Ver Olsen, *Statutory Rape*, op. cit.; *Symposium: A Critique of Rights*, 62 *Tex. L. Rev.* 1363 (1984).

CAMBIOS FAMILIARES: FAMILIAS, POLITICAS E IGUALDAD DE GENERO

Margrit Eichler*

Capítulo 1: Modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia

Introducción

Las políticas de familia no conforman un grupo claramente definido, ya que dentro de ese concepto se incluye todo aquello que afecta a las familias: la legislación sobre bienestar social, las políticas que atañen a los servicios sociales (como las guarderías), regulaciones al impuesto sobre la renta, disposiciones en los códigos penales y civiles que definen quién es responsable de qué tipos de dependientes, legislación de familia, regulaciones que afectan la mayoría de los beneficios sociales, decisiones sobre custodia, y muchas otras herramientas sociales. Estas, junto con otras políticas, constituyen lo que tendemos a llamar "política de familia", aunque no siempre todas se tomen en cuenta.

Si una delinea ampliamente los cambios de políticas que se han dado durante más o menos los últimos cien años, centrándose en la situación presente, se hace necesaria una forma de integrar información tan discordante para analizar las modificaciones. Yo uso tres modelos de familia que me sirven para esto. Estos modelos son tipos ideales⁵⁷⁷, en el sentido que Max Weber le da a la palabra - es decir, que no reflejan perfectamente la realidad, pero miden hasta qué grado se conforma (o no) una dada política a un modelo particular⁵⁷⁸. Para crear éstos modelos, apliqué ocho preguntas a varias políticas:

1. ¿Cuál es la ideología subyacente que atañe a la igualdad de género?⁵⁷⁹
2. ¿Cuáles son los supuestos sobre la situación legal del matrimonio?
3. ¿Cuáles son los supuestos sobre las incongruencias/congruencias de la pertenencia al hogar/familia?
4. ¿Cuál se considera la unidad apropiada de administración?

*Este artículo incluye extractos del libro de Margrit Eichler. *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality*. Oxford University Press, Toronto, 1997. Específicamente, incluye porciones del capítulo 1 y el texto completo del capítulo 7. No están incluidas las referencias a otros capítulos y apéndices del libro. El artículo fue traducido al español por Paca Cruz.

⁵⁷⁷"Ideal" no quiere decir bueno, sino que expresa el hecho de que estos modelos presentan tipos exageradamente claros (porque están simplificados).

²Comparar a McKinney, J. *Constructive Typology and Social Theory*. Appleton-Century-Crofts, New York, 1966, pág. 63 en el uso de tipos ideales.

³Es necesaria una nota sobre terminología en lo que respecta al uso de los sustantivos "sexo" y "género". A mitad de los setentas, los y las sociólogas intentaban hacer una distinción teórica entre ellos. El sexo denotaba las diferencias físicas entre los sexos; el género, las sociales que se relacionan con las físicas. Desafortunadamente, género pronto se convirtió en el término "políticamente correcto", y fue, y continúa siendo, usado de una manera completamente inadecuada. Hoy en día muchos cuestionarios hasta preguntan "¿Cuál es su género: masculino o femenino?" En otras palabras, se usa "género" cuando lo adecuado sería usar "sexo", tapando, de esa manera, una distinción importante. Yo uso los términos de manera amplia e intercambiable, conformándome, de mala gana, a lo que parece ser la expresión de aceptación general dentro de un dado contexto.

5. ¿Cuáles son los supuestos tocantes a la responsabilidad/dependencia económica?
6. ¿Cuáles son los supuestos sobre provisión de cuidado y servicios para las personas en la familia que los necesitan?
7. ¿Cuál se considera es la división adecuada de responsabilidades públicas y privadas?
8. ¿Cuáles son los supuestos sobre la heterosexualidad y la homosexualidad?

Construyo después dos modelos de familia, basados en políticas pasadas y actuales, y otro que esboce unas deseables (más que las existentes). No estoy sugiriendo que quienes hacen las políticas se reunieron un día y decidieron adoptar uno de los modelos que se presentan aquí. La creación de aquellas es un proceso muy desordenado como para tomar lugar un acercamiento tan racional. Sin embargo, sugiero que existen nociones comunes, que cambian con el tiempo, que informan a quienes hacen las políticas. Trabajo con estos modelos sencillamente para poner un poco de orden en aquello que de otra manera sería una situación irremediamente confusa.

El primero es el **modelo patriarcal** de familia. Es descriptivo del amplio perfil de políticas que estuvieron en boga hasta alrededor de 1970, después de las cuáles la acción legislativa y la creación de políticas nos alejaron del modelo patriarcal hacia el que llamamos **de responsabilidad individual**. Este segundo modelo de familia funciona todavía en sumo grado, aunque argumentaré que es anacrónico. La respuesta a las ocho preguntas, cuando se aplican a él, no está de acuerdo con la realidad que viven muchas familias. Entonces desarrollaré un tercero, el modelo de **la responsabilidad social**, que se basa en la realidad empírica contemporánea de las familias.

Los modelos sirven para tres propósitos. 1) Permiten describir políticas discordes a través de tiempos muy diferentes de una manera que las hace comparables. 2) Permiten compararlas con lo que en realidad sucede dentro de las familias y evaluar éstas políticas. 3) Proporcionan elementos para desarrollar políticas alternativas. También utilizo los términos "familia" patriarcal y de responsabilidad individual para caracterizar a familias que se desarrollaron como respuesta a éstas políticas.

Antes de lidiar con estos modelos, sin embargo, es importante admitir un problema de peso: los sesgos dentro de la literatura que trata sobre las familias.

Siete sesgos en la literatura sobre familia

Los enunciados sobre la familia están cargados de juicios. Las religiones toman una posición definida sobre lo que es una 'buena' o 'mala' familia; la moral pública se asocia con el comportamiento sexual que se regula (o se supone que se regula) a través de las familias; y todas las personas tenemos sentimientos personales sobre éstas, que derivan de nuestras propias experiencias, buenas o malas, pero casi nunca indiferentes. La familia está idealizada en la cultura popular, la publicidad y el mercadeo; la ideología sobre ella se utiliza como herramienta política; y a veces se le condena como la cuna de la opresión y de todo aquello que marcha mal en la sociedad. La literatura académica exhibe algunas de estas mismas dicotomías. Por lo tanto, ayuda tener una perspectiva que nos permita discernir varios problemas cuando se insinúan furtivamente por entre las líneas de la literatura académica, así como en los medios populares.

Podemos identificar siete diferentes sesgos dentro de la literatura relacionada. Durante los ochentas, y particularmente, en los tempranos noventas, existió literatura crítica que trató de evitar algunos o todos. (Y por supuesto, siempre ha habido quienes escriben logrando evitar exitosamente estos problemas). No obstante, tener una idea de ellos, y por lo tanto, una serie de conceptos que nos posibilitan identificarlos, nos permite sopesar la evidencia de manera más reflexiva. Los siete sesgos son el monolítico, el conservador, el sexista, el etario, el microestructural, el racista y el heterosexista.⁵⁸⁰

El **sesgo monolítico** es una tendencia a tratar la familia como una estructura monolítica, enfatizando la uniformidad de la experiencia y la universalidad de la estructura y las funciones, sobre la diversidad de experiencias, estructuras y funciones. El **supuesto** de uniformidad lleva a un proceso de recolección de datos que subrepresenta grandemente la existente diversidad. Por ejemplo, cuando Statistics Canada no recogía información sobre parejas consuetudinarias, no pudimos saber cuántas existían en realidad y, por lo tanto, no podíamos argumentar que ésta era una subforma socialmente importante de familia. Todavía no sabemos cuántas parejas no viven juntas la mayor parte del tiempo, pues el censo aún asume que las parejas tienen una sólo residencia. Tampoco sabemos cuántas parejas del mismo sexo hay, o cuántos padres y madres biológicas no viven con su prole, etcétera.

Otra manifestación del sesgo monolítico se da cuando se confunde una **estructura** particular con el cumplimiento de ciertas **funciones**. Esto se da cuando una persona argumenta que cualquier tipo particular de familia (definida por su composición, e.g., una adulta y un adulto heterosexuales y su prole biológica o adoptiva) es la singular "mejor" forma de familia para lidiar con cualesquiera problemas se hayan identificado, en lugar de examinar cuáles tipos de estructuras podrían más efectivamente habérselas con los problemas identificados. La manera no monolítica de abordar la pregunta de la "mejor" forma de familia es especificar las características deseadas. Por ejemplo, yo anotaría amor y cuidado genuinos, apoyo emocional entre todas las personas de la familia y la capacidad de llenar las diversas necesidades de todas (de residencia, sociales, económicas, sexuales, procreacionales, etc.). Cuando se llenan estas necesidades, tenemos una familia que funciona bien, sin importar su estructura.

El **sesgo conservador** es la concepción romántica de la familia nuclear, en el pasado y el presente. Este obvia los aspectos feos de las relaciones familiares (tales como la agresión física a las esposas, el incesto y otros tipos de abuso), que fueron, y continúan siendo, muy generalizados dentro de aquella. Se da una denigración simultánea de otras formas de familia.⁵⁸¹

⁵⁸⁰Ver Eichler, M. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*. 2a ed. Gage Educational Publishing, Toronto, 1988, para una discusión en detalle sobre los cinco primeros sesgos, en la cual el sesgo etario es tratado como un subaspecto del sesgo conservador. Yo decidí separarlo del conservador, para poder registrar mejor qué activa el sesgo conservador.

⁵⁸¹Este sesgo se describió por primera vez en 1983. En aquel momento lo definí parcialmente como "la tendencia ya sea a ignorar en gran medida los cambios recientes, o a tratarlos como efímeros, en vez de comprenderlos como centrales y fundamentales. Esto resulta en el uso de sistemas de análisis que son completamente inadecuados para situaciones nuevas que surgen. Un ejemplo de este tipo de pensamiento sería la tendencia a considerar las familias que se forman de segundos (o terceros) matrimonios, como básicamente iguales a las que se forman de un primer matrimonio, y tratar de analizarlas en términos desarrollados para este tipo de familia" Eichler, M. *Nonsexist Research Methods: A Practical Guide*. Allen and Unwin, Boston, 1988, pág. 2. Hoy pocas autoras y autores negarían lo penetrante, importante y profundo de los cambios en los últimos veinticinco años. Desde ahí la naturaleza de este sesgo en particular ha cambiado algo. Los criterios descritos son ahora, en su mayoría, comparaciones desfavorables entre las familias de hoy en día y del pasado, e inculpaciones a quienes forman las familias actuales.

El **sesgo sexista** se expresa de muchas maneras, entre las cuales la más importante es el tratamiento de la familia como la unidad más pequeña de análisis, en casos en los cuales en realidad estamos tratando con personas individuales dentro de ella. Está presente en estudios o propuestas políticas que cargan a "la familia" con una tarea particular (como la crianza de la prole o el cuidado de la tercera edad), sin tomar en cuenta quién está en realidad haciendo ese trabajo (usualmente las mujeres) y cómo la asignación de esas tareas afecta diferentemente a hombres y mujeres.⁵⁸² Una expresión particularmente drástica se da cuando se asume que existe una división "natural" de funciones entre los sexos.⁵⁸³

El **sesgo etario** está presente cuando se analizan las interacciones familiares principal o exclusivamente desde la perspectiva de las personas de edad madura, mientras que los puntos de vista de la niñez y de la vejez son ignorados en gran medida o por completo.⁵⁸⁴

El **sesgo microestructural** es la tendencia a tratar a las familias como unidades encapsuladas. De esta manera, los comportamientos se explican meramente a partir de la observación de lo que sucede dentro de la unidad, más que de un esfuerzo por entender cómo son afectados aquellos por factores externos. Este sesgo solía tener expresión a través de una inobservancia de las políticas de familia. Esto ha cambiado. Ahora existe mucha literatura sobre diferentes aspectos de ellas. Sin embargo, todavía se dan muchas expresiones de él, al grado de que personas dentro de las familias son culpadas sin ninguna referencia a circunstancias externas (¡parece que no se celebran las fortalezas!). Un ejemplo de esto es cuando la gente se preocupa por "promover dependencia" entre las familias que reciben asistencia social, sin tomar en cuenta la disponibilidad, o no, de trabajo, guarderías y otros apoyos infraestructurales, necesarios para que una persona pueda prescindir de dicha ayuda.

El **sesgo racista** deprecia a familias pertenecientes a grupos cultural o racialmente no dominantes que tienden a ser "racializados". Un ejemplo de esto, particularmente trágico en la historia canadiense, fue el tratamiento a los grupos aborígenes. Se internaba a sus niños y niñas en escuelas, dejándolos, de esa manera, separados de sus familias y de su cultura, incluida la lengua. Cuando había problemas de familia, se daban en adopción, usualmente a parejas blancas en Estados Unidos y Canadá, en lugar de hacerlo, como era su tradición, dentro del grupo.⁵⁸⁵

⁵⁸²Un análisis reciente del cuidado y atención que da la "familia" argumentaba que "la familia que brinda atención es una cortina de humo detrás de la cual está una figura solitaria, usualmente femenina". Keating, N., et al. Who's the Family in Family Caregiving?, en *La revue canadienne du vieillissement* 13, no. 2, 1994, pág. 271.

⁵⁸³Esta es una descripción extremadamente limitada de un importante sesgo.

⁵⁸⁴Yo he hecho todos los esfuerzos por evitar todos los sesgos. Sin embargo, el sesgo etario es tan penetrante en la literatura que es imposible de evitar.

⁵⁸⁵Ver Johnston, P. *Native Children and the Child Welfare System*. Canadian Council on Social Development in association with James Lorimer, 1983; Monture, P.A. *A Vicious Circle: Child Welfare and the First Nations*, en *Canadian Journal of Women and the Law* 3, no. 1, 1989.

El **sesgo heterosexista** es el tratamiento a la familia heterosexual como la "natural", el cual, por lo tanto, niega el estatus familiar a las familias gay y lesbianas.⁵⁸⁶ Este incluye el postulado de que la capacidad de crianza se relaciona con la orientación sexual.⁵⁸⁷

Tres modelos de familia

El modelo de familia patriarcal

Hacia fines de siglo, el jefe de familia - o sea el marido, en un matrimonio heterosexual - era, sin discusión, el amo del hogar, legal, social y económicamente. Hasta cierto punto, la esposa estaba subsumida bajo la personalidad legal del marido: al casarse asumía el nombre y el domicilio de él, carecía de derechos de propiedad, no podía llevar a cabo negocios, etc. Las mujeres no tenían iguales derechos (no obtuvieron el voto hasta después de la Primera Guerra Mundial). Una mujer sólo podía ser jefa de familia cuando no había ningún adulto varón presente. Todo esto tenía algunas implicaciones grotescas.

Por ejemplo, el hecho de que una casada no pudiera establecer su propio domicilio, significaba que si su marido la abandonaba sin dejar una dirección, ella no podía presentar una demanda de divorcio, porque esto sólo se podía hacer en la provincia del domicilio - ¡y éste era el de él! Si él se pasaba a otra provincia sin su consentimiento, la mujer tenía que seguirlo para poder tener un domicilio. En la práctica, esto podía hacerle imposible a ella el divorcio, dadas las implicaciones económicas de estos traslados.

El mundo estaba claramente dividido en una esfera masculina y otra femenina. La ciencia y la religión apoyaban esta visión, que penetraba todos los aspectos de la sociedad, aunque encontraba su expresión más fuerte dentro de la familia. Las leyes y las políticas reforzaban la adhesión a este modelo. Esto era cierto, en mayor o menor grado en Euro-America.⁵⁸⁸

Con respecto a los supuestos concernientes al estatus legal del matrimonio, la probabilidad clara era que un hombre y una mujer se casarían legalmente para ser reconocidos como pareja. Esto no sólo afectaba a la pareja, sino también a su prole:

niñas y niños nacidos fuera del matrimonio eran ilegítimos y tenían un diferente - mucho más bajo - estatus legal que si nacían dentro de esa unión.⁵⁸⁹ Personas que hoy se considerarían cónyuges por ley consuetudinaria, tenían escasa protección en lo que respecta a herencias o pensión al separarse. Se les consideraba legal y económicamente extraños.

⁵⁸⁶Ver Ryder, B. Equality Rights and Sexual Orientation: Confrontation Heterosexual Family Privilege, en *Canadian Journal of Family Law* 9. 1990, para una buena ojeada a algunas de las cuestiones relacionadas con este tema. Ver también Herman, D. Are we Family? Lesbian Rights and Women's Liberation, en *Osgoode Hall Law Journal* 28, no. 4, 1990.

⁵⁸⁷O'Brien, C.A. y Weir, L. Lesbians and Gay Men Inside and Outside Families, en *Canadian Families, Diversity, Conflict and Change*, eds. N. Mandell y A. Duffy. Harcourt Brace, Toronto, 1995.

⁵⁸⁸Para una buena descripción de los cambios legales que atañen a la legislación sobre familia en Italia, ver Saraceno, C. Women, Family, and the Law, 1750-1942, en *Journal of Family History* 15, no. 4, 1990.

⁵⁸⁹Esto significaba que la propiedad se pasaba solo a los herederos "legítimos", y las amantes no tenían derecho a un estatus legal.

Casi no había divorcios (en Canadá, en 1900, se registró un total de once divorcios).⁵⁹⁰ El número real de separaciones era considerablemente mayor - los maridos podían abandonar a sus familias (sin rumbo conocido), o podían irse a un domicilio conocido. Esto se conoce como "divorcio migratorio".⁵⁹¹ La llegada a Canadá de un hombre que tenía una esposa en Inglaterra, Australia u otro, muchas veces era un divorcio migratorio . En tales casos, ni el esposo ni la esposa se podían casar legalmente otra vez, aunque a veces algunos lo hacían. Pero si eran descubiertos, podían ir a prisión por bigamia. Esto significaba que, en efecto, la familia y quienes pertenecían al hogar se consideraban en gran medida idénticos, excluyendo comensales y sirvientes de la fórmula.

Las expectativas de vida eran significativamente más bajas. En 1931, la de un niño varón al nacer era de sesenta años, mientras que en 1993 era de setenta y cinco. En 1931, la de una niña era de sesenta y dos, y cerca de ochenta y un años en 1993.⁵⁹² Dadas las expectativas de vida más bajas al inicio de este siglo, hombres y mujeres a menudo enviudaban mientras estaban todavía criando a la prole; hoy el número de estos casos se ha vuelto estadísticamente insignificante.⁵⁹³

En el caso de casarse después de enviudar, el o la nueva cónyuge se convertía en padrastro o madrastra de la prole, con todos los derechos y responsabilidades de una madre o padre biológico. Sin embargo, en el caso de un nuevo matrimonio después de un divorcio, esto es poco probable si el otro padre o madre vive aún y tiene, al menos en potencia, la capacidad de criar, aunque a la distancia.

Varias políticas de apoyo a las familias trataban a éstas como unidades administrativas. Por ejemplo, una esposa no podía recibir asistencia pública si su marido aún vivía y tenía algo de dinero, aunque no viviera con ella y no le diera apoyo económico. Esto tenía relación con la fuerte diferenciación por género de las tareas, en la cual el marido era responsable del bienestar económico de la esposa y la prole, y ella, del cuidado personal del resto de la familia y del trabajo de la casa. Consecuentemente, esposa y prole eran tratados como económicamente dependientes del marido y padre. Esto servía de justificación para una escandalosa discriminación sexual contra las mujeres: las que formaban parte de la fuerza laboral eran a menudo despedidas al casarse, a las personas se les pagaba de acuerdo con su sexo, más que en base al trabajo que realizaban,⁵⁹⁴ muchos trabajos estaban simplemente prohibidos a las mujeres, y la educación superior estaba reservada en gran medida para los

⁵⁹⁰Ver Snell, J.G. In the Shadow of the Law: Divorce in Canada, 1900-1939. University of Toronto Press, Toronto, 1991, pág. 10, Tabla 1.

⁵⁹¹Ver Pike, R. Legal Access and the Incidence of Divorce in Canada: A Socio-historical Analysis, en Canadian Review of Sociology and Anthropology 12, no. 2, 1975.

⁵⁹²Para números de 1930, ver Urquhart, M.C. y Buckley, K.A.H., Historical Statistics of Canada. 2a. ed. F.H. Leacy, editor. Ministry of Supply and Services, Ottawa, 1983; para los de 1993, ver Dumas, J., et al. Report on the Demographic Situation in Canada. Statistics Canada, Ottawa, 1995, pág. 17.

⁵⁹³El que viudas y viudos se volvieran a casar era "históricamente importante cuando la muerte reducía la población adulta, pero ha perdido todo su relieve y ahora les incumbe casi exclusivamente a las personas ancianas. Sólo el 25% de los segundos matrimonios que involucran a viudos ocurre antes de los cincuenta, y los segundos matrimonios de viudos son sólo el 3% de los matrimonios. En el 50% de los casos, los viudos se casan con viudas". Dumas, J. y Peron, Y. Marriage and Conjugal Life in Canada. Statistics Canada, Ottawa, 1992, pág.

⁵⁹⁴Por supuesto, esto se da todavía hoy (ver Muzzin, L., Brown, G. y Hornosty, R. Gender Educational Credentials, Contributions and Career Advancement: Result of a Follow-up Study in Hospital Pharmacy, en Canadian Review of Sociology and Anthropology 32, no. 2, 1995, para un ejemplo reciente), pero al menos ya no es legal.

hombres. Es más, a las mujeres no se les consideraba personas para muchos propósitos (no fueron declaradas personas sino hasta 1929, con el famoso caso **Persons**).⁵⁹⁵

En términos de política social, reinaba el principio de los subsidios. Este asignaba la responsabilidad del bienestar de una persona primero a su familia; si la familia estaba imposibilitada, esa responsabilidad se le asignaba al siguiente nivel hacia arriba, y así sucesivamente. En la práctica, esto significaba que los padres/maridos eran los responsables por el bienestar económico, no solo del propio, sino también del de sus esposas y de la prole dependiente. (Por supuesto, muchas niñas y niños trabajaban por dinero a inicios del siglo veinte, y de esa manera contribuían a la sobrevivencia económica de la familia.) No obstante, los padres estaban investidos de esa responsabilidad. Como las cosas eran así, las familias en que había un padre/esposo en plenas capacidades no podían optar por ayuda económica, aunque él hubiera abandonado el cumplimiento de sus deberes.⁵⁹⁶

Lo contrario aplicaba al cuidado de la prole: la mujer era la reponsable de ella, a no ser que se probara que era una madre incompetente. Si se sabía que había cometido adulterio, se le consideraría una madre inadecuada, en cuyo caso el padre se quedaría con la custodia exclusiva. La doble moral imperaba: el adulterio de un marido no lo convertía en padre incompetente.⁵⁹⁷ Su capacidad como padre se medía en términos económicos; la de ella como madre, en términos morales, sexuales y sociales.

Es importante darse cuenta de que mientras la asistencia pública se consideraba legítima, en principio, cuando uno de los cónyuges estaba ausente o incapacitado, esto no significaba, necesariamente, que se otorgara. Por ejemplo, en 1937 la *Montreal Unemployment Relief Commission* decidió declarar inelegibles para ayuda a las siguientes clases de mujeres: `aquellas cuyos maridos están detenidos en instituciones provinciales, aquellas cuyos maridos las hubieran abandonado, y aquellas separadas de sus maridos y que se les hubiera otorgado la pensión (que el marido no hiciera los pagos no tenía importancia). También, al mismo tiempo, se sacó a las madres solteras de la lista.⁵⁹⁸ Estas madres y su prole estaban doblemente atrapadas: se les obligaba a depender económicamente de un hombre, y cuando él no cumplía con la manutención, nadie más asumía ese papel.

⁵⁹⁵El caso **Persons** involucró a cinco mujeres en Alberta, quienes probaron la constitucionalidad del ser persona femenina peticionando un Decreto de Asamblea (*Order in Council*) para que la Suprema Corte de Canadá regulara esa cuestión. En 1928, la Corte Suprema dictó que las mujeres canadienses **no** eran personas en el sentido del *British North American Act* y que por lo tanto no eran elegibles al Senado (siendo la solicitud de tener una mujer nombrada en el Senado lo que impulsó este caso). Las cinco mujeres - Emily Murphy, Nellie McClung, Louise McKinney, Irene Parlby y Henrietta Muir Edwards - apelaron al Consejo Privado de Su Majestad (*Majesty's Privy Council*) en Londres, el cual concluyó que las mujeres sí **eran** personas. Para una descripción más detallada del caso, ver Eichler, M. Social Policy Concerning Women, en *Canadian Social Policy*. 2a ed. S.A. Yelaja, editor. Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, 1987, págs. 139-56.

⁵⁹⁶En 1955, los siguientes eran los criterios de elegibilidad para las pensiones a madres en varias provincias: en todas las provincias, las viudas y madres con maridos discapacitados eran elegibles para una pensión materna. Las mujeres abandonadas eran elegibles en todas las provincias menos Nova Scotia. Sin embargo, las mujeres con maridos en instituciones penales eran sólo elegibles en Newfoundland, PEI, Quebec, Saskatchewan y BC; las divorciadas o separadas, sólo en Newfoundland, Ontario, Saskatchewan y BC; y las madres solteras sólo en Newfoundland, Manitoba, Saskatchewan, Alberta y BC; pero no en las otras provincias. Ver Departamento de Salud y Bienestar Nacional, memorandum 1, División de Seguridad Social, 1955, citado por Haddad, J. *Women and the Welfare State: The Introduction of Mothers' Allowances in Ontario in the 1920s*. Tesis sin publicación, Universidad de Toronto, 1986, pág. 49.

⁵⁹⁷La doble moral todavía existe hoy (ver Robinson, I. et al. *Twenty Years of the Sexual Revolution, 1965-1985: An Update*, en *Journal of Marriage and the Family* 53, 1991). Sin embargo, es menos drástica de lo que solía ser.

⁵⁹⁸Snell, J.G. *In the Shadow of the Law: Divorce in Canada, 1900-1939*. University of Toronto Press, Toronto, 1991, pág. 25.

La homosexualidad era considerada una enfermedad. No era una orientación sexual que se pudiera afirmar con orgullo, ni siquiera admitir con cautela, en la mayoría de los círculos sociales. Por lo tanto, era vista como, o irrelevante a las políticas que afectaban a la familia, (ya que no conducía a la formación de ellas), o como diametralmente opuesta a los valores familiares.

Entonces, para dar forma a estos amplios bocetos, la familia patriarcal se basa en los ocho siguientes principios:

1. La ideología con respecto al género se basa en la noción de esferas separadas, lo cual a su vez resulta en desigualdad de género.
2. El matrimonio legal es el constituyente básico de una familia. Las uniones libres no generan los mismos derechos y responsabilidades que aquel. Niñas y niños de éstas se consideran ilegítimos, sin derechos legales de sus padres varones.
3. En el nivel nuclear, el ser miembro de la familia es tratado de manera equivalente al ser miembro del hogar.⁵⁹⁹ En consecuencia, cónyuge se iguala a padre o madre.
4. El hogar familiar se trata como unidad administrativa.
5. El marido es responsable del bienestar económico del hogar. La prole y la esposa son tratados como económicamente dependientes del marido, contribuyan, o no, al hogar con trabajo, remunerado o no.
6. La madre/esposa se ve como la responsable de brindar atención y servicios a quienes lo necesiten dentro de la familia.
7. La sociedad no tiene responsabilidad del bienestar económico de una familia si hay un marido/padre presente, y ninguna responsabilidad de proporcionar cuidados si hay una madre/ esposa presente. Sin embargo, si un cónyuge falta o está incapacitado, y si hay descendencia, la asistencia pública se considera legítima (aunque no siempre se otorga).
8. La homosexualidad se ve como una enfermedad o un crimen, y no se reconoce públicamente que existan obligaciones sociales, económicas o legales, entre quienes conforman parejas de un mismo sexo. El asunto se considera irrelevante a las políticas de familia, ya que las parejas de un mismo sexo se ven como antitéticas a la familia nuclear.

El modelo de familia de responsabilidad individual

Desde el cambio de este siglo, la familia y la sociedad han pasado por trastornos importantes, incluyendo varias guerras, una gran depresión y una recesión moderna, la cual es, para todo propósito, otra gran depresión. Las estructuras familiares han evolucionado sustancialmente. En consecuencia, también han evolucionado las políticas.

El cambio más grande se ha dado a nivel ideológico. De ser una sociedad que se basaba en la diferenciación de género, nos hemos convertido en una que se enorgullece de su

⁵⁹⁹El hecho de que la familia extensa haya predominantemente residido en más de un hogar, tanto históricamente como en el presente, no es importante en este contexto para ninguno de los modelos. El enfoque aquí es en padres y madres y su prole dependiente.

compromiso con un trato igualitario a los y las individuos, que hace caso omiso de las distinciones de género. Un buen ejemplo de esto es la incorporación de ese principio en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). Este simple cambio - en sí, resultado de muchos cambios más pequeños - vuelve a las familias al revés, o más bien, al derecho. Por supuesto, no quiere decir que hayamos alcanzado la igualdad de género en ningún sentido real. Es más, muchas/os críticas/os han argumentado que la introducción de la igualdad formal - dar trato igual a las personas a pesar de la continuación de las desigualdades existentes - ha, en realidad, reforzado las desigualdades existentes. Ha tenido, sin embargo, un gran efecto sobre el Derecho de Familia. Se ha erosionado bastante el estatus privilegiado de las parejas casadas legalmente, con las brechas abiertas por parejas en relaciones de hecho, y ultimamente, por las parejas de un mismo sexo. El concepto de ilegitimidad ha sido abolido para todas intenciones y propósitos.

Sin embargo, la mayoría de las políticas todavía consideran como equivalentes el ser miembro de la familia y del hogar a nivel nuclear, aunque a menudo ya no lo son. Esto se discutirá más adelante. Como consecuencia, los núcleos familiares son, para muchos (aunque no todos) propósitos, todavía considerados la unidad básica de administración, lo cual lleva a un número de problemas involuntarios no anticipados.

El Derecho de Familia asigna a esposos y esposas las mismas funciones económicas. Ambos son considerados responsables de su propio bienestar económico, así como también del de su cónyuge y su descendencia. Las esposas ya no son conceptualizadas como dependientes, sino como iguales al marido, y la prole es vista, al menos por el Derecho, como dependiente de ambos.⁶⁰⁰ Esto no siempre es así en la realidad económica, social y política. Se asume legalmente que padres y madres son igualmente responsables del cuidado de su prole, aunque en la práctica no es así.

La tendencia reciente del Derecho de Familia, de asumir iguales responsabilidades económicas y de cuidado entre esposas y esposos, madres y padres, deriva directamente del supuesto de la igualdad entre los géneros. Esto tiene un efecto paradójico: como ambos, padre y madre, se supone tienen capacidad de llenar las funciones de cuidado y de provisión, sigue que ambos tienen capacidad de ambas funciones; de esta conclusión se deduce que una u otro debería poder encargarse de ambas funciones. En contraste, bajo el modelo patriarcal, sólo una persona se suponía que llenaría, o la función económica, o la de atención. Bajo el modelo de responsabilidad individual, se prepara, por lo tanto, el terreno ideológico para un menoscabo de los derechos públicos de un número importante de familias, en especial para aquellas de padre o madre sola, porque no se da crédito al hecho de que una madre o padre necesita apoyo extra en la ausencia de su cónyuge. Dicha redefinición de las responsabilidades sociales no es, por otra parte, neutral en términos de género. Hay muchos más hogares jefeados por madres solas, que por hombres solos. Digo hogares y no familias, porque en la mayoría de los casos, el otro padre o madre está vivo aún. Sin embargo, por la tendencia a tratar como equivalentes como equivalentes el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar, el padre o madre ausente (por lo general el padre) es tratado como si no lo fuera en muchas políticas. Finalmente, las parejas de un mismo sexo van bien encaminadas hacia ser reconocidas como miembros de grupos familiares.

⁶⁰⁰Por ejemplo, el *Ontario Family Law Reform Act* afirma: "el propósito de esta sección es reconocer que el cuidado infantil, la administración del hogar y la provisión económica son responsabilidades conjuntas del y la cónyuge y que **la igual contribución** por los esposos, sea económica u otra, es **inherente a la relación conyugal** para asumir estas responsabilidades..." Enfasis agregado.

En general, podemos identificar los siguientes principios como subyacentes al modelo de familia de responsabilidad individual:

1. La ideología es de igualdad de género.
2. Los matrimonios legales ya no son la única unidad básica constituyente de una familia. En su lugar, se admite que las relaciones funcionales crean esta unidad básica. En consecuencia, el y la compañera en una relación de hecho se tienen como responsables del sustento económico de una y otro, tanto durante la unión como después de que ésta termina. No existen distinciones legales entre descendencia legítima e ilegítima.
3. En el nivel nuclear, el ser miembro de la familia es tratado de manera equivalente a ser miembro del hogar. Al ser así, cónyuge equivale a padre o madre. Recíprocamente, una madre o padre externo es en gran medida tratado como no padre o no madre.
4. El hogar es tratado como la unidad administrativa normal (con pocas excepciones).
5. Marido y esposa son igualmente responsables del bienestar económico propio, del de el o la cónyuge y del de la prole dependiente. La descendencia es considerada dependiente económica de madre y padre, y el y la cónyuge son considerados económicamente interdependientes, más que una como dependiente y el otro cabeza de familia.
6. Madres y padres son igualmente responsables de proporcionar atención y servicios a quienes en la familia lo necesiten.
7. La administración pública no tiene la responsabilidad del bienestar económico de la familia o del cuidado si está presente o un marido/hombre o una esposa/madre. Se otorgará ayuda temporal si el padre o la madre está ausente o incapacitado/a, pero la presunción básica es que un padre o madre es responsable del bienestar económico y cuidado de la niñez dependiente.
8. Las parejas homosexuales están comenzando a tener reconocimiento como una forma de familia válida.

En los capítulos siguientes, demostraré cómo el modelo de familia de responsabilidad individual es tan inapropiado como el modelo patriarcal, en principio tanto como en la práctica, como base sobre la cual formular las políticas de familia. Los problemas descritos se dan en Canadá y en general, en países altamente industrializados. A pesar de las variaciones en las legislaciones de familia, las tendencias sociales⁶⁰¹, económicas y legales⁶⁰² son similares a través de los países altamente industrializados, y están, por lo menos parcialmente, relacionadas a la adopción de alguna versión del modelo de responsabilidad individual.⁶⁰³

Sin embargo, antes de proseguir con esta crítica, es importante señalar las ventajas que tiene el modelo de responsabilidad individual sobre el viejo modelo patriarcal, ya que existe una fuerte y vocinglera minoría que clama por el retorno al modelo de familia patriarcal. El de

⁶⁰¹Inkeles, A. Modernization and Family Patterns: A Test of Convergence Theory, in *Conspectus of History* 1, no. 6, 1981; Popenoe, D. American Family Decline, 1960-1990: A Review and Appraisal, *Journal of Marriage and the Family* 55, 1994.

⁶⁰²Glendon, M.A. *The New Family and the New Property*. Butterworths, Toronto, 1981.

⁶⁰³Fineman, M. *The Nurtured Mother, the Sexual Family and Other Twentieth-Century Tragedies*. Routledge, New York, 1995, hace una mordaz crítica de aspectos de este modelo sin usar esta terminología en particular.

responsabilidad individual se basa en la noción de igualdad de género, mientras que el patriarcal se basa en la dominación masculina y la dependencia femenina, con la concomitante doble moral y las dificultades de dejar un matrimonio, aunque sea brutal para la mujer y/o la prole, o a veces para el hombre. El modelo de responsabilidad individual tiene, en principio, capacidad para encajar parejas de hecho y parejas homosexuales, aunque lo haya hecho tan imperfectamente.

La añoranza por un regreso al modelo patriarcal se basa en una visión nostálgica de ese tipo de vida familiar. Aquel es irreal y activamente dañino: al dar a conocer una versión idealizada de familia que no corresponde a la gama de familias en existencia hoy en día (ni en el pasado), y hacer presión para que haya políticas que privilegiarían este tipo de familia sobre otros tipos, el modelo patriarcal en realidad exagera la situación de familias que ya tienen problemas. Sus proponentes manejan un sesgo conservador que obvia los problemas de la violencia y la dominación. Le otorgan a una cierta estructura la capacidad inherente de funcionar bien, a pesar de la cantidad de evidencia de lo contrario.

Un modelo de familia adecuado debería de conducir a políticas que se dirijan a las necesidades de **todas** las familias. Un buen exámen es preguntar a cuáles políticas conduciría un modelo particular para familias de padre o madre sola y primeras familias de las cuales el o la ex cónyuge se ha vuelto a casar. Si el modelo no puede servir adecuadamente a estos tipos de familia tan comunes, definitivamente no es apropiado para los tiempos presentes.

Por ejemplo, afirmar que una familia consiste de "un hombre y una mujer casados viviendo con su descendencia dependiente"⁶⁰⁴ deja a la primera familia de este hombre (si es divorciado y tiene una niña del primer matrimonio) como una no familia. Ello justifica y legitima un sistema de políticas sociales y de impuestos, que en muchos casos condena a su prole con la primera esposa, a la pobreza con todas sus muchas desventajas sociales. En el caso de una pareja de lesbianas con hijas e hijos, la homofobia virulenta que acompaña el modelo patriarcal envenena la atmósfera para infantes y adultas que viven en dicha familia. Finalmente, continúa restringiendo las relaciones familiares a parejas, padres y madres, ignorando que otros agrupamientos pueden también efectuar funciones familiares.⁶⁰⁵

El modelo de familia de responsabilidad social

El modelo de responsabilidad social sería una alternativa tanto al modelo patriarcal como al de responsabilidad social. . . . Se desarrollará este modelo en el capítulo 7.

Capítulo 7: Modelo de familia de responsabilidad social

La ideología concerniente a la igualdad de género

En este capítulo preguntaré cómo **debe** ser contestada cada una de las ocho preguntas, dadas las actuales realidades políticas y sociales. Para hacerlo debo regresar sobre algunos de los puntos básicos. La ideología de igualdad de género no es un asunto lineal. Tanto Popenoe como Okin confiesan su adhesión a dicha ideología, con formas ampliamente diferentes de intentar implementarla, mientras que Fineman profesa desilusión con ella y la manera en que

⁶⁰⁴Gairdner, W.D. *The War Against the Family: A Parent Speaks Out on Political, Economic and Social Policies that Threaten Us All*. Stoddart, Toronto, 1992, pág. 59.

⁶⁰⁵Ver el capítulo 7 para una discusión de las relaciones familiares entre no parientes.

en la actualidad se pone en práctica en el Derecho. Sin embargo, es imposible argumentar a favor de la **desigualdad** de género porque la igualdad es constitucionalmente mandada, y porque la desigualdad de género es la base ideológica del modelo de familia patriarcal, con todos sus efectos horribles sobre la infancia y las mujeres. La tarea es ingeniar una forma de habérselas con la igualdad de género de manera que evite los problemas inherentes al modelo de familia de responsabilidad individual; esto no se debe traducir en un acercamiento género-neutral. Más bien, cualquier abordaje legal o político basado en la igualdad de género necesita ser no-sexista (o sea, que evite todos los problemas del sexismo). Esto, sin embargo, no nos proporciona aún una visión de una sociedad igualitaria **en principio**.

Los modelos existentes, aunque de gran ayuda para ciertos propósitos, por sí solos no ofrecen una visión de cómo sería una sociedad basada en la igualdad de género. ¿Necesitamos esa visión, cuando lo que nos interesa es la política de familia? Creo que sí. El fracaso de la legislación neutral en cuanto al género - lo cual sería una solución obvia en muchos casos si viviéramos en una sociedad en la cual la igualdad de género fuera la norma - nos alerta a la necesidad de que no podemos esperar plena igualdad de género en el nivel más bajo de organización en la sociedad (la familia) cuando esta está ausente en el nivel más alto (la nación y el mundo).

Las familias no son microcosmos aislados. Son estructuras organizacionales en las cuales la mayoría de las personas viven gran parte de sus vidas, de ahí su importancia para nuestro bienestar personal. Estas estructuras interactúan con la sociedad en general. Por ejemplo, si no valoramos el cuidado de las personas dependientes a nivel social, no le daremos crédito cuando estemos definiendo los otorgamientos de pensiones⁶⁰⁶, ni lo consideraremos trabajo real para lidiar con el de manera adecuada, etc. Esto tendrá efectos inevitables en quien da esa atención, lo cual, a su vez, afectará las relaciones familiares y le dará forma a la vida que resulte.

La sustitución del ideal de la igualdad de género con el ideal de la mínima estratificación

Dado que vivimos en una sociedad compleja, la imaginación falla cuando tratamos de inventar una sociedad basada en la igualdad para todas las personas que la conforman (siendo el sexo, aunque el más universal, sólo uno de los criterios alrededor de los cuáles se estratifican las sociedades).⁶⁰⁷ La formulación más simple sigue siendo aquella en el Manifiesto Comunista: "De cada uno (o una) de acuerdo con su capacidad, para cada uno (o una) de acuerdo con sus necesidades".⁶⁰⁸ Pero aún con esta fórmula, ¿quién determina qué es una "necesidad"? ¿Es el acceso a materiales artísticos, o a la privacidad, una necesidad tan importante como la comida, el abrigo y el techo? ¿Existe una jerarquía de necesidades? ¿Quién define cuál es esa jerarquía? ¿Quién valora la capacidad? Si una persona es talentosa pero vaga, cuáles son sus capacidades? ¿Debe la vagabundería considerarse una característica natural, o se deberá obligar a la gente a contribuir de acuerdo con su potencial? ¿Quién determina cuál es ese potencial? Una puede imaginarse la cantidad de casos legales centrados en estos asuntos.

⁶⁰⁶Ver Cassels, J. Pension Credits for Unpaid Work: A Discussion Paper. Trabajo sin publicación, Universidad de Victoria, 1995.

⁶⁰⁷Hasta en la ficción existen pocos ejemplos de sociedades en que hay dos sexos solamente que no están estratificadas por sexo; cf., Eichler, M. Science Fiction as Desirable Feminist Scenarios, en *Women's Studies International Quarterly* 4, no. 1, 1981.

⁶⁰⁸Marx, K. *Selected Writings in Sociology and Social Philosophy*. Penguin, Harmondsworth, 1961, pág. 263.

Aún bajo las condiciones más simplistas, entonces, es difícil imaginar cómo sería una sociedad igualitaria. Vivimos en una sociedad compleja, basada en una compleja división del trabajo, la cual exige a la gente desarrollar habilidades especializadas. Por ejemplo, una agricultora no puede hacer el trabajo de un piloto sin entrenamiento especializado. La diferenciación es un aspecto necesario de cualquier sociedad compleja. La diferenciación, sin embargo, inevitablemente lleva a la estratificación (Holter, 1970). Por lo tanto, es inevitable en una sociedad compleja, cierta medida de desigualdad. De esta manera, nuestra meta varía de ir hacia una sociedad basada en la igualdad, hacia una en la cual la desigualdad está minimizada. La tarea, entonces, ha girado, de imaginar una sociedad basada en la igualdad, hacia imaginar una sociedad mínimamente estratificada.

La conceptualización de una sociedad mínimamente estratificada

El primer paso es darse cuenta de que el fenómeno de la desigualdad/igualdad es multidimensional bajo todas las circunstancias. Si podemos definir las dimensiones prominentes de la desigualdad, habremos dado un paso hacia la definición de una sociedad mínimamente estratificada. Las siguientes doce dimensiones no son exhaustivas, pero son importantes sin duda.⁶⁰⁹

1. Duración de la vida.
2. El propio cuerpo.
3. Valor humano.
4. Procesos reproductivos.
5. Trabajo.
6. Propiedades.
7. Servicios.
8. Conocimiento e información.
9. Poder político.
10. Estilos de vida.
11. Representaciones simbólicas.
12. Relaciones afectivas.

Estas dimensiones se pueden utilizar para hacer preguntas empíricas. ¿Existen diferencias en las probabilidades de sobrevivencia basadas en raza, sexo, orientación sexual, religión, antecedentes étnicos, etc.? ¿Hay diferencias en el acceso a varios tipos de empleo, y cuáles son las condiciones de trabajo dentro de estas ocupaciones? ¿Qué posibilidades tiene una persona dentro de un determinado grupo, de ejercer poder político? Si la característica bajo escrutinio no predice el nivel que ocupará una persona dentro de una dimensión en particular, entonces la sociedad está mínimamente estratificada **a lo largo de esta característica en particular.**

Podemos pensar de éstas dimensiones como en una cañería. Si uno de los tubos (una dimensión) es muy largo y delgado, habrá mucha desigualdad en esta dimensión. Por ejemplo, cuando la renta más alta en una sociedad es de \$20 millones al año y la más baja de \$4 mil, la dimensión de propiedad es muy larga y delgada. Si el sistema de impuestos gravase con el 100% a todas las rentas sobre el límite de \$100.000, y subiese la renta más baja a 10.000, acercaría más los extremos. La dimensión de propiedad se condensaría para verse como un

⁶⁰⁹Estas dimensiones fueron desarrolladas primero, en Eichler, *Nonsexist Research Methods*, op. cit. Fueron deducidas de una amplia cantidad de literatura que trata de desigualdades de todo tipo.

rollo gordo, más que como una manguera delgada. Por lo tanto, una de las maneras de reducir la desigualdad, es disminuir las diferencias **dentro** de cualquier dimensión, o en todas.

El otro aspecto concierne al grado en que se comunican los diferentes tubos. Si se comunican muy bien, una persona o grupo se encontrará más o menos al mismo nivel en todas las dimensiones, sea abajo, al centro, o arriba. Esto significa que el estatus de una persona en una de las dimensiones se traslada al que tiene en otra - y de esta manera contribuye a un alto grado de estratificación. En contraste, cuando el estatus de una persona en una dimensión no tiene relación con el que tiene en otra, sugiere que existe menos estratificación.

Nuestra definición formal de estratificación mínima es la siguiente: **una sociedad o institución está mínimamente estratificada si (1) dentro de cada dimensión de estratificación, la desigualdad ha sido reducida a su posible mínimo, y (2) si la colocación de una persona dentro de una dimensión no tiene efecto en su colocación dentro de otra.**

El primer componente de esta formulación propone la estratificación mínima como un objetivo móvil. Por ejemplo, muchas discapacidades son fuentes naturales de desigualdad. Sin embargo, a medida que los medios tecnológicos se hacen asequibles para reducir la estratificación - sillas de ruedas, por ejemplo - podríamos necesitar disposiciones para acomodar las sillas de ruedas (legislación para que haya rampas u otros medios de acceso para la gente que las usa) para minimizar el acceso desigual a los servicios.

El segundo componente de nuestra definición de estratificación mínima se dirige al hecho de que la desigualdad es inevitablemente un fenómeno multidimensional. Si la gente está agrupada en posiciones altas (élite), o posiciones bajas, **a través** de varias dimensiones, existe un alto grado de estratificación. Si las personas que no tienen trabajo, o que tienen acceso sólo a trabajos mal remunerados, con poca autonomía, también son pobres, tienen una más baja expectativa de vida, son generalmente tratadas como si tuvieran menor valor humano, su reproducción está controlada por otras (e.g., por medio de esterilización involuntaria), no tienen, o casi no tienen, propiedades, tienen menor acceso a servicios que la gente en posiciones más elevadas, tienen poco acceso al conocimiento, etc., hay un alto grado de estratificación. En contraste, indican menos estratificación: el acceso gratuito a servicios de salud para todas las personas por igual; la educación gratuita (desde el kindergarden hasta la educación superior); fácil acceso a diversas fuentes de conocimiento en bibliotecas públicas, e importantes instituciones dentro de una sociedad, como leyes, gobierno, etc., que tratan respetuosamente a todas/os como iguales.

Una sociedad estaría mínimamente estratificada por sexo si:

- < mujeres y hombres tuvieran la más alta posible duración de vida biológica
- < tuvieran igual control sobre sus cuerpos
- < se consideraran y fueran tratadas/os como de igual valor humano
- < tuvieran igual control sobre sus procesos reproductivos
- < tuvieran igual control sobre la propiedad

- < tuvieran igual acceso a todo tipo de trabajo e igual grado de control sobre las condiciones de trabajo
- < tuvieran igual acceso a todos los servicios gratuitos y pagos, y recibieran igual cantidad de servicios que los que dan
- < tuvieran igual acceso a la creación de conocimiento y su transmisión, incluidas todas las formas de educación e información (incluyendo la capacidad de definir qué cuenta como noticia o como información de importancia general)
- < tuvieran igual oportunidad de ejercer poder político
- < tuvieran el mismo grado de control sobre su estilo de vida cotidiano
- < tuvieran igual control sobre las representaciones simbólicas en las imágenes religiosas, ritos de iglesia, ritos seculares (e.g., el otorgamiento de medallas, honores, órdenes, etc.), en representaciones visuales (e.g., pornografía, erotismo, videos, películas, anuncios, carteleras, estatuas públicas, estampillas, etc.), en retratos verbales (poesía, ficción, ensayo, biografía, etc.)
- < y en lo que respecta a la simetría o la asimetría de las relaciones afectivas

Las relaciones afectivas pueden ser muy importantes desde el nivel familiar hasta el nivel nacional. Sin embargo, el asunto es si los afectos son o no simétricos o asimétricos. En general, la parte a quién le importa menos tiene más poder dentro de una relación, que la parte a la que le importa más. Canadá, por ejemplo, se preocupa más por lo que Estados Unidos piensa sobre ella, que a la inversa. Para nuestros fines, esta dimensión no es relevante en el contexto de las políticas.

No hemos alcanzado el nivel de igualdad de género descrita, pero sin embargo, la existente hoy es considerablemente mayor que la que existía cien años atrás. Este acercamiento también nos permite comparar diferentes tipos y grados de desigualdad de género entre varios países, e.g., Arabia Saudita y Canadá. Si fuéramos a contestar las preguntas para las mujeres en Arabia Saudita y Canadá, encontraríamos que en la mayoría de las dimensiones (y quizá en todas), la desigualdad de género es más grande en Arabia Saudita que en Canadá.

La familia bajo la mínima estratificación

La mínima estratificación a nivel social y familiar

Para poder decir que las familias se basan en la igualdad, necesitamos demostrar que en la sociedad hay mínima estratificación con base en el sexo y el estatus conyugal.⁶¹⁰ Como

⁶¹⁰Esta es una doble simplificación deliberada. Las familias están organizadas por edad y género. He omitido la edad - y por lo tanto también la importante estratificación que se da entre la niñez y las personas adultas, y entre éstas y la vejez - para poder concentrarme en el género. También he puesto en una misma clase la estratificación que se da en base al estatus madre/padre. Hasta donde interactúa con el género (ser madre versus ser padre), se tomará un tanto en cuenta. Sin embargo, se podría hacer el

hemos visto, esto es lejano de la realidad. Sin embargo, todavía necesitamos considerar la respectiva posición de cónyuges como cónyuges.

Igualdad/desigualdad entre cónyuges

La pregunta es, entonces, si las personas son iguales con respecto a las varias dimensiones listadas previamente **en su capacidad como cónyuges**. Este análisis se puede llevar a cabo para parejas específicas, o para parejas en general. Yo analizaré la desigualdad/igualdad para parejas en general, y restringiré la discusión a parejas heterosexuales, por el momento.

En lo que respecta a la duración de la vida, ¿hay algo en el matrimonio que reduce o aumenta la duración de la vida de esposos y esposas? Como Jessie Bernard⁶¹¹ argumentó hace un cuarto de siglo, el matrimonio es bueno para los hombres. Los casados tienden a vivir más tiempo que los solteros. No pasa lo mismo con las mujeres. La información reciente sugiere un leve nivelamiento de este efecto, pero en general esta relación todavía se mantiene.⁶¹²

Por supuesto, hay otros factores además del matrimonio, que influyen la expectativa de vida. Por ejemplo, la gente más pobre tiene expectativas de vida más bajas que la gente rica. En Rusia entre 1990 y 1993, se dio una espeluznante caída de cinco años en la expectativa de vida, la cuál sólo puede explicarse por la rápida transición social que ha experimentado desde 1990.⁶¹³

análisis completo alrededor del estatus madre/padre. He escogido no hacerlo para mantener la relevancia de este acercamiento para los tres modelos en consideración.

⁶¹¹Bernard, J. *The Future of Marriage*. Bantam, New York, 1972.

⁶¹²La hipótesis de Samuelsson, G. y Dehlin, O. *Family Network and Mortality: Survival Changes through the Lifespan of an Entire Age Cohort*, en *International Journal of Aging and Human Development* 37, no. 4, 1993, de que las redes de recursos de las familias normalmente benefician más a hombres que a mujeres, fue apoyada por el primer estudio longitudinal de un cohorte total nacido en una localidad sueca. "Los hombres solteros y los divorciados, y también los viudos, tienen menores tasas de sobrevivencia comparados con mujeres en estas mismas categorías. El descubrimiento de que la viudez y el divorcio eran factores "positivos" para la sobrevivencia de las mujeres también parecería estar de acuerdo con esta perspectiva". *Idem.*, pág. 290.

Al examinar una muestra representativa de alemanes en la vieja República Federal Alemana (antes de la integración de la anterior República Democrática Alemana), Klein encontró que la viudez aumenta el riesgo de mortalidad por un factor de 1.5, y el divorcio por un factor de 2.1. Klein, T. *Soziale Determinanten der Lebenserwartung*, en *Kolner Zeitschrift fuer Soziologie und Sozialpsychologie* 45, no. 4, 1993. Sin embargo, encontró que las mujeres también corren un mayor riesgo de mortalidad por un factor de 1.7, aunque no existe diferencia entre ser viuda o divorciada.

Examinando todas las muertes canadienses entre 1951 y 1981, Trovato y Lauris encontraron que de un cabo al otro, el matrimonio era más beneficioso para los hombres que para las mujeres en la reducción de la mortalidad. Trovato, F. y Lauris, G. *Marital Status and Mortality in Canada: 1951-1981*, en *Journal of Marriage and the Family* 51, 1989. Utilizando la misma información establecida y con un enfoque en el suicidio, Trovato encontró que "el cambio de soltero a casado produce más reducción en el riesgo de suicidio para los hombres que para las mujeres". Trovato, F. *Sex, Marital Status and Suicide in Canada: 1951-1981*, en *Sociological Perspectives* 34, no. 4, 1991, pág. 137 y ver también pág. 440.

⁶¹³En 1990, la expectativa general de vida era de 69.2 años y en 1993 era de 66. Separadas por sexo, era de 63.8 en 1990 y de 59 en 1993 para los hombres. Para las mujeres, era de 74.3 en 1990, y de 73 en 1993. Los números vienen del Informe Nacional para la Cuarta Conferencia sobre la Situación de las Mujeres (en ruso), Moscú, 1994, pág. 24. Esta información fue traducida y suministrada por Yevgeni Issraelyan.

En contraste, el control sobre el propio cuerpo está íntimamente ligado al matrimonio. Hasta 1983,⁶¹⁴ en Canadá, un hombre tenía derecho legal a tener acceso al cuerpo de su esposa con fines sexuales, lo quisiera ella o no - en otras palabras, él podía violarla legalmente.⁶¹⁵ Esto cambió cuando la violación marital se convirtió en crimen.⁶¹⁶ La violación es sólo una forma de usar el cuerpo de otra persona para propósitos propios. La violencia física es otra. Como hemos visto, las mujeres son más propensas a ser atacadas por sus citas, novios, compañeros o maridos y a menudo, por sus ex novios y ex maridos.

Operacionalizar (i.e., transformar) el valor humano en variables medibles es difícil. A nivel societario, podemos estudiar la existencia, la extensión y grado de protección activa y efectiva de las leyes de derechos humanos. A nivel familiar, la ley actual asume que esposas y esposos son de igual valor, en la medida que supone igual responsabilidad y capacidad. Ya no asume que el varón es el "amo" de la esposa o el "cabeza" de familia, como era bajo el modelo patriarcal. El que entre cónyuges se den o no igual valor es una pregunta estrictamente empírica que varía de pareja en pareja.

En lo concerniente a procesos reproductivos, la igualdad toma dos formas: poder reproducirse si una quiere y tiene capacidad para hacerlo, o no reproducirse si no lo quiere. Cualquiera de los cónyuges puede prevenir la reproducción si ambos sexos tienen acceso igual e **independiente** a la contracepción, o si ambos están en iguales posibilidades de rehusar tener relaciones sexuales. Para las mujeres, el acceso al aborto es crucial.⁶¹⁷ Para concebir un niño o una niña, se necesita, ya sea la cooperación activa de una pareja, o el poder de una persona (presumiblemente el varón) para forzar a la otra. Como la reproducción necesariamente involucra al menos⁶¹⁸ a dos personas, no puede haber tal cosa como el "derecho a reproducirse" **individual**.⁶¹⁹

El trabajo incluye el acceso a todo tipo de empleo, control sobre sus condiciones, así como la ejecución de tareas no remuneradas. Como las mujeres continúan teniendo desventaja en el mercado laboral, no hay igual acceso a todas las clases de trabajo para hombres y mujeres. El control sobre las condiciones laborales tiende a ser asociado con más autonomía

⁶¹⁴Bala, N. Legal Principles for Families, Children and Youth: A Discussion Paper. Department of Justice, Ottawa, 1995.

⁶¹⁵Para un análisis de la prevalencia, naturaleza y seriedad de la violación marital, ver Russel, D.E.H., Rape in Marriage. Collier Books, New York, 1982.

⁶¹⁶Ver también Kaganas, F. y Murray, C. Law Reform and the Family: The New South African Rape-in-Marriage Legislation, en Journal of Law and Society 18, no. 3, 1991, para una interesante discusión sobre el debate alrededor de este asunto en Africa del Sur.

⁶¹⁷Hasta después de la Segunda Guerra Mundial, el aborto estaba restringido casi en todas partes. Las leyes sobre aborto fueron liberalizadas en la mayoría de los países de Europa del Este y Central en los años cincuenta, y en la mayoría de los países altamente industrializados durante los sesenta y setenta. Algunos países del Tercer Mundo también suavizaron las restricciones al aborto durante este período, entre los cuales los más notorios fueron India y China. Desde la caída del Muro de Berlín, las leyes de aborto en algunos de los países previamente socialistas, se han vuelto más restrictivas. Ver Childbirth by Choice Trust. Abortion in Law and History. Toronto, 1992; Boland, R. Abortion Law in Europe in 1991-1992, en Journal of Law, Medicine and Ethics 21, no. 1, 1993; David, H.P. Abortion in Europe, 1920-91: A Public Health Perspective, en Studies in Family Planning, 23 no. 1, 1992; Funk, N. Feminism and Post-communism, en Hypatia 8, no. 4, 1993; Newman, K. Progress Postpone: Abortion in Europe in the 1990s. International Planned Parenthood Federation, London, 1993; Sachdev, P. International Handbook on Abortion. Greenwood Press, New York, 1988.

⁶¹⁸Las nuevas tecnologías reproductivas pueden involucrar a más gente, aunque el embrión se genere con el óvulo y el esperma de la pareja.

⁶¹⁹La mayoría de las personas tienen una capacidad individual de reproducirse innata que puede (con mala intención o no) ser dañada o quitada. Aunque les neguemos a las personas individuales el "derecho" de reproducirse, puede existir la "capacidad" de reproducirse para las mujeres que utilizan los bancos de esperma.

en los empleos de más alto nivel. Las mujeres tienen menor acceso a empleos de alto nivel, y por lo tanto, menor control sobre las condiciones de trabajo que los hombres. Si las mujeres varían sus aspiraciones profesionales porque tienen que moldear sus propios empleos alrededor de aquellos de los maridos, o por las exigencias familiares, tanto la familia como el mercado laboral reducen el acceso de las mujeres a trabajos mejor remunerados y más prestigiosos. Sin embargo, la cantidad de tales empleos es limitada tanto para hombres como para mujeres. Realistamente, la mayoría de la gente busca un trabajo con una paga y condiciones laborales decentes. El hecho de que quienes trabajan tiempo parcial no tengan igual protección que quienes trabajan tiempo completo, trae desventajas a más mujeres que hombres.

En cuanto al trabajo no remunerado, señalamos antes que las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de ejecutar trabajo no remunerado en la familia. Esto tiende a acompañar al matrimonio, y es, por lo tanto, un importante aspecto que persiste de la desigualdad entre cónyuges.

La propiedad incluye todo tipo de bienes - dinero, bonos, acciones y otras propiedades. En realidad, la mayoría de las personas tienen sólo dos tipos principales de propiedad: su capacidad de ganar dinero (que está en función directa del tipo de empleo que tengan) y su casa. Con respecto a los empleos, hemos visto que las mujeres tienden a estar agrupadas en los empleos de menor remuneración y prestigio. Sin embargo, el Derecho de Familia en Canadá decreta que al divorciarse, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio se dividan en partes iguales. A pesar de tan equitativa división, la mujer, en promedio, termina con menos propiedades que el hombre. Existen cuatro factores para esta desigualdad.

Primero, si la más importante propiedad consiste en beneficios relacionados con el empleo (principalmente, la capacidad de ganar a lo largo de la vida), entonces el hecho de que la esposa obtenga la mitad de los bienes acumulados por el esposo durante el matrimonio le hace un reembolso parcial por el pasado, pero la sigue dejando en desventaja para el futuro, desde el día de la separación en adelante. A no ser que reciba manutención personal, ella tendrá que mantenerse con su propio salario. Si el matrimonio le ha dificultado o interrumpido su carrera, esto le afectará para el resto de su vida laboral y hasta sus años de retiro.

Segundo, la esposa, por lo general, tiene la custodia de la prole, y como los bienes se dividen entre cónyuges, y no entre quienes conforman la familia, dos o más personas (esposa e infantes) reciben tanto como una sola (el marido). Tercero, las pensiones para los y las niñas son usualmente inadecuadas, no se ajustan a la inflación, y encima de todo, a menudo se incumplen. Cuarto, aunque el valor de la casa matrimonial se reparte al divorciarse, dadas las probabilidades de que la esposa gane menos, ella tendrá menor capacidad de adquirir una nueva, o de comprar al marido su mitad de la casa común. Si la esposa tuviera un mejor empleo que el esposo, sólo uno de los factores antes mencionados aplica, y es que ella tiene más probabilidades de obtener la custodia de la prole y, por lo tanto, una repartición de bienes por igual le trae desventajas económicas. Sin embargo, el resto de los factores trabajarán a su favor.

Los servicios son gratuitos o pagados. Como se señaló anteriormente con respecto a los gratuitos, los maridos tienden a recibirlos más de sus esposas, que a la inversa. En cuanto a los pagados, ¿cuáles son asequibles a qué precio? ¿Invierte el Estado una cantidad igual del dinero recaudado por impuestos, en servicios para mujeres en sus roles de esposa y madre, que el que se invierte en servicios para hombres en sus papeles de esposos y padres? ¿Qué proporción de ese dinero se gasta en el cuidado infantil, en la administración del hogar y la

mantención de familias en general, comparado con lo que se gasta en los servicios que benefician principalmente a los hombres? Por ejemplo, ellas dependen más del transporte público que ellos, sin embargo, los subsidios públicos para automóviles privados son más altos que los subsidios para aquel.⁶²⁰ ¿Por qué en épocas de crisis fiscal, usualmente se reduce el transporte público, en lugar de trasladar parte del gasto público en los automóviles privados a sus dueños?⁶²¹

Los estilos de vida varían mucho de pareja a pareja. El asunto principal no es quién administra el estilo escogido, sino quién lo escoge. ¿Es una decisión conjunta, o es impuesta por uno de los cónyuges? ¿Controla uno de ellos el estilo de vida de la otra al regular sus actividades, decidir con quién se asocia, planear rutinas diarias, o decidir y establecer los tipos de comportamiento adecuados, etc.?

En esta cultura, las mujeres se encuentran en desventaja cuando se trata de representaciones simbólicas. La mayoría de las estatuas públicas son de hombres. La figura de Dios, en las principales religiones monoteístas, es invariablemente masculina. Los medios y la publicidad, implacablemente, objetizan el cuerpo femenino. Dentro del matrimonio, el apellido es quizás el símbolo más fuerte. Cuando las esposas conservan el propio, indica igualdad de género; cuando toman el del marido, desigualdad.

Finalmente, las relaciones afectivas dentro del matrimonio son muy importantes. En general, la persona a quien le importa más la pareja está en una posición más débil que a quien le interesa menos. A las mujeres se les enseña, y es esperado socialmente de ellas, que carguen con la mayor parte del trabajo emocional necesario para mantener y sostener un matrimonio. A los hombres se les estimula para que piensen de sí mismos como independientes, y esto puede calar hasta en el ámbito de sus relaciones emocionales.⁶²² Este aspecto es importante para entender las desigualdades, pero queda fuera del alcance de las políticas públicas ya que obviamente el grado de interés que una persona tenga por una relación, ni debería ni podría ser regulada por el Estado.

Es importante ver la desigualdad como un fenómeno multidimensional. Sirven para reducirla las políticas que, o disminuyen la desigualdad en una de las dimensiones, y/o suben a la cónyuge que en general se encuentra en una posición más baja en varias de las dimensiones, a un nivel más alto en otras. Si nos enfocamos en minimizar las desigualdades que resultan del matrimonio, o de ser madre o padre, en vez de en lograr la igualdad (particularmente aquella que resulta en igual trato), tendremos una fuerte herramienta a mano que nos permitirá evaluar si ciertas políticas crean, mantienen, dejan incólumne, o reducen la desigualdad en una situación dada. Nuestro primer componente del modelo de familia de responsabilidad social es, entonces, este: (1) **Existe un compromiso ideológico para reducir al mínimo la estratificación basada en el sexo.**

⁶²⁰Para ver algunos de los costos públicos relacionados con los automóviles privados, ver Zuckerman, W. *End of the Road: The World Car Crisis and How We Can Solve It*. Lutterworth Press, Cambridge, 1991; Zielinski, S. *Access over Excess: Transcending Captivity and Transportation Disadvantage*, en *Change of Plans: Towards a Non-sexist Sustainable City*. M. Eichler, ed. Garamond, Toronto, 1995.

⁶²¹Se me ocurren varias opciones: se podrían aumentar las tarifas de las licencias (y no los pasajes del tránsito público); se podría aumentar el impuesto a los combustibles; se podrían cobrar peajes a quienes manejan dentro de la ciudad, exceptuando a las personas discapacitadas y las que se dedican a hacer entregas o repartos, etc.

⁶²²Esto no quiere decir que los hombres tengan menor necesidad de relaciones que dan sustento emocional, sino que esta necesidad puede ser menos centrada en una persona en particular, i.e., mientras haya con quién tener la relación, puede ser suficiente.

El matrimonio como relación legalmente privilegiada

La Corte Suprema de Canadá ha registrado repetidamente en sus decisiones una defensa al matrimonio heterosexual (legal o de hecho) como una institución que merece ser privilegiada en términos de acceso a ciertos beneficios. En **Egan v. Canadá**, un homosexual pidió pensión conyugal, a la cual hubiera tenido derecho de haber sido la persona con quien vivía del sexo opuesto. Al rechazar su demanda, los jueces argumentaron:

...(la) principal razón de ser (del matrimonio) ... está firmemente ligada a las realidades biológicas y sociales, de que las parejas heterosexuales tienen la capacidad única de procreación, que la mayor parte de la niñez es producto de éstas relaciones, y que es cuidada y atendida por quienes viven en esa relación. En este sentido, el matrimonio es, por naturaleza, heterosexual. Sería posible definirlo legalmente para que incluya a las parejas homosexuales, pero esto no cambiaría las realidades sociales y biológicas que subyacen al matrimonio tradicional.⁶²³

La pregunta es si la prole es generalmente atendida y cuidada por quienes están en una relación heterosexual. Depende. Si interpretamos esto como que recibe cuidado y atención de aquella misma pareja heterosexual que puso los insumos genéticos, entonces cada vez es menos este el caso, como hemos visto anteriormente, dadas la cantidad y proporción de infantes que nacen de madres solteras⁶²⁴, o cuyos padre y madre se divorcian o separan. Estos niños y niñas son atendidas principalmente por sus madres, con ayuda de su cónyuge (si lo hay), sea o no esta persona el padre biológico. En el último caso, el paralelo con la situación de las madres lesbianas es sorprendente: en una relación lésbica, la prole es atendida y cuidada por la madre y su compañera (una mujer). Los jueces fusionan los roles conyugales y materno/paternales, lo cual es muy común pero lleva a varias dificultades.

La pensión conyugal es asequible a cualquier pareja heterosexual, sea casada o de hecho, después de que hayan convivido por al menos un año. Como señalan los jueces disidentes en **Egan v. Canada**, la capacidad de procreación es irrelevante en este contexto. Una pareja heterosexual de edad avanzada con un año de convivencia, y que nunca haya criado niñas y niños en conjunto, podrá recibir esta pensión si reuniera los demás requisitos de elegibilidad. Dado el contexto, entonces, la fusión de los roles marital y conyugal es particularmente drástica. El Magistrado LaForest se dirige a esta fusión de la manera siguiente:

No me preocupa el hecho de que no todas estas parejas heterosexuales tengan hijas e hijos. Es la unidad social que tiene la **capacidad** singular de procrear infantes y que generalmente asume su crianza, y como tal se garantiza el apoyo del Parlamento para llenar sus necesidades. Esta es la única unidad en la sociedad que expende recursos para el cuidado de los y las niñas en forma prolongada y rutinaria ... ya sea que madre o padre dejen el trabajo remunerado o que ambos paguen impuestos extra (after tax dollars) para cuidado infantil, esta es la unidad en la sociedad que fundamentalmente sujeta otras relaciones sociales y otros aspectos de la sociedad.⁶²⁵

⁶²³Egan v. Canadá, S.C.C., 1995, expediente 23636 Lamer, C.J; La Forest, Gonthier; y Major, J.J., pág. 4.

⁶²⁴Muchas de las mujeres y su prole viven en uniones libres y, por lo tanto, deben restarse del total.

⁶²⁵Egan y Nesbit v. the Queen, 1995, párr. 25.

Sin embargo, como hemos visto, **no** es la única unidad que tiene capacidad de procrear, ni es tampoco la única que generalmente asume el cuidado de la niñez. Es más, encontramos una creciente discrepancia entre la paternidad social y la biológica. De existir una unidad única, ésta sería la de madre-infante.⁶²⁶ No podemos darle privilegios a las parejas casadas o heterosexuales en general, para promover un buen cuidado infantil o más grandes beneficios sociales para la sociedad.

Ya no podemos justificar los beneficios a parejas, casadas o de hecho, solamente porque crían a la niñez para el Estado, porque las relaciones heterosexuales (legales u otra) ya no son una variable relacionada necesariamente con la crianza infantil. ¿Existen otras razones para privilegiar a las relaciones de pareja? El Magistrado LaForest cita una segunda función de esta relación: "es la unidad en la sociedad que forma la base fundamental para otras relaciones sociales y otros aspectos de la sociedad".

Existe notable evidencia de que las relaciones íntimas de las personas sirven como anclas para otras relaciones e influyen cómo una experimenta otros aspectos de la sociedad. Cuando se trata de adultas/os que ni son dependientes ineludibles, ni están en estado de dependencia derivada (de dar cuidado a tiempo completo), surgen al menos dos cuestiones separadas. ¿Es de interés para el Estado alentar a las personas adultas para que vivan juntas? ¿Por lo tanto, debería haber beneficios para aquellas que están en dichos arreglos? ¿Crea el vivir en pareja una obligación de mantenerse el uno a la otra más allá de la duración de la unión? Más adelante hablaré de este punto. Aquí me mantendré dentro de la primera pregunta.

Habiendo dispuesto del argumento de que la función del cuidado infantil se lleva a cabo sólo dentro de las familias heterosexuales nucleares, la pregunta es si la función de "anclar" es suficiente para asegurarles un estatus especial a las relaciones heterosexuales. Si la respuesta es NO, involucraría un cambio de política que mejoraría la situación de algunas parejas y sería desventajoso para otras; aquellas a las que se les reducen los beneficios por su renta familiar ganarían, mientras que aquellas que reciben beneficios simplemente con base en su relación de pareja (e.g., exención conyugal) perderían.

Si, por otro lado, una quiere argumentar (y ese argumento se justifica también) que es beneficioso para la sociedad que las personas vivan juntas en agrupaciones de apoyo, sugeriría que todas éstas, sin importar los sexos de las personas adultas, deberían ser privilegiadas. Además, se podría argumentar que las agrupaciones de más de dos que decidan vivir interdependientemente deberían por igual ser elegibles para los mismos (prorratados) beneficios que las parejas, heterosexuales y homosexuales, casadas o no. En cualquier caso, no hay razón para privilegiar las uniones heterosexuales y no las otras. Nuestro segundo componente del modelo de responsabilidad social de la familia es: (2) **Las relaciones funcionales constituyen una unidad familiar. El matrimonio legal está incluido pero no es más privilegiado que otras relaciones.**

Supuestos sobre la incongruencia/congruencia en el ser miembro de la familia/hogar y roles conyugales

⁶²⁶Esto está cambiando con las nuevas tecnologías reproductivas, pero en términos puramente numéricos alrededor del mundo, todavía podríamos considerar que esta es la única unidad en lo concerniente a la congruencia entre maternidad/paternidad social y biológica. También es la única unidad en la cual la mayor parte del cuidado infantil es proporcionado por la madre.

Como hemos visto en capítulos anteriores, la incongruencia entre el ser miembro de la familia y del hogar es generalizada y no muestra señales de disminuir. El basar las políticas en una **suposición** inexacta de la realidad trae problemas. El acercamiento más razonable sería, por lo tanto, el de no hacer tales supuestos. Sin embargo, este no es asunto fácil. Es necesario ver las relaciones familiares a través de los hogares, así como también dentro de los hogares.

Dado que padres y madres tienen responsabilidades con su prole, no hay razón para que dicha responsabilidad cese si uno de ellos ya no vive con sus hijas e hijos.⁶²⁷ Debemos conceder que el padre o la madre que no comparte un hogar con su prole, aún tiene responsabilidades económicas con ella.

El asunto se complica más con respecto a cónyuges de madres (o padres) que tienen la custodia (padrastrós y a veces madrastras). Los padrastrós y madrastras adquieren derechos paterno/maternales parciales por medio de su comportamiento de cuidado real. Con respecto a las obligaciones de manutención de la prole después de la disolución de la unión, parece sensato adjudicar cierta responsabilidad a los padrastrós (o a las madrastras) **dependiendo de la duración de la relación y la edad de los y las niñas**. Una regla empírica en potencia podría ser que las obligaciones de manutención para hijas e hijos no-biológicos no debería exceder la duración de la unión.⁶²⁸ Ya que las obligaciones del padre biológico continuarían sea como sea, algo de mantenimiento sería asequible. Cómo se traduciría esto a políticas prácticas si, por ejemplo, el padre biológico estuviera ausente o fuera pobre y el padre social fuera rico, se discutirá en el próximo capítulo. El tercer componente del modelo de familia de responsabilidad social es este: (3) **En el nivel nuclear el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar pueden ser, pero no se asume que lo sean, equivalentes. Por lo tanto, lo marital no se identifica automáticamente con paternazgo/maternazgo, y éstos no se identifican inmediatamente con lo conyugal.**

La unidad de administración

Dado que ya no existe un supuesto de equivalencia entre el ser miembro del hogar y de la familia, no tiene sentido tomar el hogar como la unidad de administración para la mayoría de los propósitos. (Hay algunas excepciones, como las cuentas de detalles de consumo en el hogar: residencia familiar, servicios, etc.) En su lugar, deberíamos tomar a la persona individual como la unidad de administración. Esto no es ni rebuscado ni diferente de lo que Canadá hace hoy o hizo antes en algunos casos. El actual sistema canadiense de seguridad en salud funciona con base individual: o sea, cada ciudadana/o y residente permanente tiene derecho al acceso a los servicios de salud básicos **como individuo/o**. Las y los niños están registrados como descendientes de su padre y madre, pero tienen acceso a los servicios **en derecho propio**. Si se fueran a vivir con una tía, padrino, o madre de crianza por un año, aún tendrían derecho a servicios de salud.

⁶²⁷Sin embargo, los derechos paterno/maternales del padre o la madre que no convive se verán negativamente afectados, porque de otra manera, el padre o madre que tiene la custodia no puede llevar a cabo, adecuadamente, su rol materno (o paterno), así como tampoco vivir su vida sin trabas que le pondrían decisiones del o la excónyuge. Ver el razonamiento del Magistrado Abella en *MacGyver v. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4^o), Ont. C.A.

⁶²⁸Si un padrastro/madrastra continúa pagando voluntariamente, no hay problema, por supuesto. Si un padrastro/madrastra desea continuar su contacto social con la prole, y esta desea lo mismo, en principio, esta relación se debe alentar, si es beneficioso para los y las niñas - sin importar si el padrastro/madrastra paga o no manutención. De hecho, esto es lo que pasa con muchos/as padres/madres biológicas (principalmente padres) hoy en día. Solamente alrededor del 16% paga pensión, pero alrededor del 50% mantiene algún contacto con la descendencia, lo cual significa que hay una substancial minoría que mantiene algún vínculo sin pagar manutención.

De manera similar, la asignación familiar se le pagaba a la persona que brindaba las atenciones principales (la madre), **a no ser que quien los brindaba fuera otra persona**, en cuyo caso se le pagaba a esa otra persona. En otras palabras, la asignación familiar iba ligada al o la infante, e iba con ella si la persona que la cuidaba cambiaba.⁶²⁹ En el presente, "el sistema canadiense de impuesto a la renta se está moviendo, de enmienda en enmienda, hacia un sistema basado en el estado civil."⁶³⁰ La tributación individual, comparada con la de pareja, "asegura la autonomía y ayuda a que las mujeres tengan mayor igualdad al aligerar los costos de las oportunidades tributarias del matrimonio."⁶³¹

Un sistema similar se podría adoptar para las personas adultas que necesitan atención: la asignación para ésta va ligada a ellas como individuos. Si tienen la capacidad de decidir, ellas definen a quién se le paga, sea a alguien de la familia o alguna otra persona. Si no pueden tomar ésta decisión, la asignación por cuidados va a la persona que se los está dando. Esto eliminaría el ir y venir entre el familismo y el individualismo y le permitiría a los y las familiares proporcionar el cuidado a los y las dependientes ineludibles sin ser penalizados económicamente por ello. El cuarto componente del modelo de familia de responsabilidad social es, por lo tanto: (4) **La persona individual es la unidad de administración (con pocas excepciones).**

Los supuestos que atañen a la dependencia/interdependencia económica y la provisión de atención

Primero, tenemos que diferenciar las distintas formas de dependencia. Están: la dependencia ineludible con su correlativo de dependencia derivada; la interdependencia que se crea cuando se convive y se mezclan asuntos; la dependencia temporal, como cuando una persona adulta decide estudiar y se hace económicamente dependiente de otra. Esta dependencia no es ni inevitable ni derivada, ni tampoco se da necesariamente en un contexto de interdependencia (la cual implica contribuciones mutuas), pero es, sin embargo, real e importante.

Los y las dependientes ineludibles incluyen a la niñez, y a personas adultas que necesitan atención por enfermedades crónicas o temporales, discapacidad, senilidad, etc. Bajo el modelo de sociedad de responsabilidad individual, el cuidado de estas personas es deber de la familia. Generalmente se convierte en responsabilidad de las mujeres dentro de la familia (en la práctica, aunque no por ley). De esta manera, se conceptualiza como una tarea privada, una parte del "trabajo doméstico" o "trabajo de familia". El concepto de trabajo doméstico se refiere al trabajo no remunerado que ejecuta una persona de la familia o del hogar para otra de ellas, o para ella misma, e incluye el mantenimiento y las funciones de servicios personales.⁶³² Se han propuesto muchas otras definiciones, pero usualmente el trabajo doméstico o de familia se define por la naturaleza de la tarea: instrumental, como limpiar y comprar; emocional, como la

⁶²⁹Desde entonces, lo que antes era la asignación familiar se ha incluido en el *Child Tax Credit*, que se basa en los ingresos familiares, y por lo tanto inclina la balanza hacia un trato a la familia/hogar como la unidad de administración.

⁶³⁰Maloney, M. Women and the Income Tax Act: Marriage, Motherhood and Divorce, en *Canadian Journal of Women and the Law* 3, no. 1, 1989, pág. 187.

⁶³¹Idem., pág. 191. No concuerdo con todas las propuestas de Maloney. Específicamente, estoy en desacuerdo con su posición sobre la renta imputada - la tributación del trabajo doméstico de la mujer (ver págs. 192-203). Ella no toma en cuenta la doble naturaleza del trabajo no remunerado que se hace en la casa: trabajo útil a la sociedad (el cuidado de dependientes ineludibles) y el trabajo útil a lo privado (servicios y cuidado de adultos en plena capacidad física y mental).

⁶³²Ver Eichler, *Families in Canada Today*, op. cit., págs. 140-64.

subsistencia y guía a las personas allegadas; trabajo exterior (e.g., de jardín) y de interior (e.g., barrer); tareas diarias repetitivas, como la preparación de la comida; las no frecuentes ni repetitivas, como arreglos menores, etc.

Si vemos la imagen con un par de lentes diferentes y nos preguntamos quién se beneficia del trabajo no remunerado que se hace en casa, veremos un cuadro bastante diferente - una parte del trabajo tiene utilidad social, y otra, privada. Un simple test sirve para identificar cuál es cuál: si un tipo de cuidado no lo brindara una persona dentro de la familia, ¿lo asumiría la administración pública? Si la respuesta es afirmativa, estamos ante un tipo de atención de **utilidad social** que brindan las personas individuales, a menudo dentro de sus casas, como la que se le da a los y las dependientes ineludibles. De ser negativa (como cuando la esposa brinda servicios a un marido en plenas capacidades mentales y físicas, a un hijo o hija adulta, para ella misma, o cualquier otra persona adulta), entonces es un servicio de **utilidad privada**.

El Estado se beneficia directamente del cuidado a los y las dependientes ineludibles de dos maneras: la atención privada es a menudo (¡no siempre!) de mejor calidad que la atención institucionalizada, y, definitivamente, es más barata. De esta manera el Estado ahorra grandes cantidades de dinero. Por lo tanto es de interés del Estado apoyar el cuidado de los y las dependientes inevitables por todos los medios a mano.

Sin embargo, ¿le es útil al Estado dicho cuidado solamente cuando lo brinda una persona miembro de la familia? ¿Y quién es precisamente esa persona? Esta es, obviamente, una pregunta de respuesta indeterminada. En una época, se consideraba que los cónyuges de hecho no eran familia; ahora se les define como tal, para todos los fines y propósitos. Las parejas del mismo sexo están forjando su camino hacia allí. Con la paternidad parcial, a los padres no biológicos (y a las madres) se les ha otorgado estatus familiar, aunque el padre o madre biológica está aún cercano, y aunque la pareja conviva en un matrimonio de hecho, no formal.

Antes de analizar un ejemplo de atención no familiar, debemos señalar que la dependencia tiene al menos dos componentes importantes en este contexto: (1) la dependencia del hecho mismo de brindar atención (cambiar pañales, alimentar, jugar, vigilar constantemente a la criatura; proporcionar comida, posiblemente vestir y brindar otra ayuda práctica a la persona adulta dependiente); (2) La dependencia económica tanto de quien recibe atención, como de quién la brinda; esta última es una dependiente derivada, porque atender a alguien todo el día,⁶³³ le imposibilita ganarse la vida a tiempo completo.⁶³⁴

Ahora examinaré un ejemplo empírico de comportamiento de cuidado entre no parientes para proporcionar elementos para una discusión de las relaciones de dependencia entre no familiares.

Relaciones de apoyo entre no parientes

⁶³³El término de tiempo completo es problemático. Los empleos a tiempo completo implican trabajar 8 horas diarias, cinco días a la semana. Eso deja libres, todavía, 2 días de 24 horas cada uno y 16 horas cada día de la semana. Si una persona requiere atención durante todo el día, estamos hablando de tres trabajos a tiempo completo más tres empleos de tiempo parcial los fines de semana, no de uno.

⁶³⁴Existen, por supuesto, cualquier cantidad de variaciones y combinaciones. Si otra persona o institución, como un centro diurno o un servicio casero, da atención parcial, quien se encarga del cuidado puede trabajar remuneradamente a tiempo parcial; o a tiempo completo, si dicha atención se da a tiempo completo.

El parentesco se puede definir como las relaciones entre personas vinculadas por sangre, matrimonio o adopción. Les otorgamos cualidades especiales a estas relaciones, sin embargo

hay relaciones de parentesco que están muy (a veces por completo) inactivas, y hay relaciones con personas con las cuales no estamos conectadas ni por sangre, ni matrimonio, ni adopción, que pueden ser tan multifacéticas, importantes y permanentes como las relaciones por parentesco.

Algunas veces, dichas relaciones se constituyen como parentescos ficticios: esto se refleja en comentarios como "Ella es como una hermana para mí", "Lo considero mi hijo", "Esta es tu tía Fátima", etc. Algunas culturas, especialmente en América Latina, tienen un sistema de padrinos y madrinas formal, el cual asigna derechos y obligaciones culturalmente entendidos a quienes tienen una relación de madrina o padrino.

En Norte América esto es menos usual. En un estudio comprensivo de la amistad,⁶³⁵ Rubin ha explorado las muchas formas en las que el parentesco y la amistad son semejantes y desemejantes, y cómo son experimentados de manera diferente por hombres y mujeres. Una de las más importantes diferencias entre las dos clases de relaciones es que la de parentesco es socialmente - y a menudo legal y económicamente - apoyada. La parentela heredará de una persona que muere intestada y no tiene familia cercana inmediata. En los acontecimientos especiales de la vida, como los matrimonios, nacimientos, bat mitzvah, aniversarios importantes, o funerales, se espera que la familia participe, y esta expectativa se nos transmite de múltiples formas. Por ejemplo, cuando tal acontecimiento involucra al cónyuge de una pareja heterosexual, amistades, colegas y vecindario asumen que esto afecta a la otra cónyuge, y hace comentarios en ese sentido. Podrían no hacer tal esfuerzo si se tratase de una pareja homosexual. Hay gran cantidad de tarjetas impresas que celebran las relaciones de las parejas heterosexuales. ¿En las tiendas, cuántas tarjetas que celebren los aniversarios de parejas del mismo sexo se pueden encontrar? La parentela puede, con facilidad, excluir al cónyuge del mismo sexo como nuera, yerno, etc.⁶³⁶

Este no es el caso con las amistades: "la amistad, en nuestra sociedad, está afianzada sólo por un vínculo emocional. Sin pacto social, momento ritual, ni juramento de lealtad y constancia para conservarla, la amistad se convierte no sólo en la relación social más olvidada de nuestro tiempo, sino, muy a menudo, en la más frágil."⁶³⁷

Mientras que la amistad se vive en gran medida como una relación condicional, el parentesco es incondicional. Una no elige a la mayoría de la parentela (sí se escoge el o la cónyuge en nuestra sociedad, aunque no sus parientes, que se convierten en familia política a través del matrimonio), pero siempre escoge y es escogida por sus amistades.

Algunas amistades asumen responsabilidades sociales y económicas entre ellas. Un ejemplo de esto es la historia del caso de John, que se presentará más adelante. Otras formas de asumir responsabilidades son ser madrina o padrino de una criatura, permitir a alguien que lo necesita quedarse en casa, o brindar servicios durante las emergencias. Las amistades

⁶³⁵Rubin, L.B. *Just Friends: The Role of Friendship in Our Lives*. Harper and Row, New York, 1985.

⁶³⁶No sugiero que en todas las ocasiones individuales se espera o se desea la participación de toda la familia, pero existe una construcción social que la legitima como "normal".

⁶³⁷Rubin, op. cit., pág. 191.

también tienden a compartir actividades de diversión y entretenimiento, salir juntas de vacaciones, etc.

La mayoría de la gente tiene algunas amistades, pero existen marcadas diferencias en la forma en que hombres y mujeres practican la amistad. Rubin encontró que las mujeres tienen más posibilidades que los hombres de entablar amistades cercanas. Encontró que los hombres casados, en particular, no tienen generalmente más amigos que su esposa, de quien se tienden a expresar como su "mejor amiga", si es que mencionan a alguien como amigo.⁶³⁸ La mayor parte de las mujeres que entrevistó, en contraste, casadas o no, no tuvieron dificultad para nombrar amigas, incluyendo una "mejor amiga", quién generalmente no era su marido.

La mayoría de los hombres tienen "amigos del camino" (con quienes **hacen** cosas) más que "amigos del corazón" (gente con la que la conexión está en el **ser**, más que en el **hacer**). Las mujeres tienden a tener ambas clases de amistades.⁶³⁹ La diferencia numérica es abrumadora: del grupo de hombres con más posibilidades de tener amistades (aquellos menores de cuarenta que viven en centros urbanos, en los cuales había más probabilidad de haber sido influenciados por el movimiento feminista) menos de una quinta parte tenía un amigo que ocupara un lugar importante en sus vidas emocionales.⁶⁴⁰ En otras palabras, más del 80% de ellos carecía de una amistad cercana, fuera del matrimonio. Para las mujeres, sin embargo, las amistades son muy importantes, aún cuando están casadas. Las amistades pueden ser una línea salvavidas en épocas de estrés, y una fuente de gozo en otras.

Sin embargo, afianzar las amistades de manera legal probablemente las destruiría, ya que por su naturaleza, son relaciones voluntarias. Esto es, por supuesto, lo que las hace frágiles, pero también tan especialmente gratificantes. Dado que un o una amiga no puede ser obligada a participar en la vida de una, la amistad es un obsequio siempre nuevo. En contraste, el matrimonio es un regalo que, una vez entregado, sólo se puede retirar bajo circunstancias extremadamente difíciles.

Hoy quizás la línea entre familia y amistad está más borrosa de lo que estuvo en el pasado. Las personas de edad madura salen con otras después de un divorcio, y presentan su "amigo/a" a amistades y familia. La amistad puede o no incluir relaciones sexuales, que pueden o no llevar a una relación intencional permanente. Tales amistades, si involucran una pareja heterosexual que convive, puede convertirse en una relación por ley consuetudinaria. Por supuesto, si la pareja es del mismo sexo, generalmente reconocemos esa relación como algo más que amistad - e.g., al permitir que un o una empleada de una compañía declare a su cónyuge del mismo sexo como beneficiaria/o en un programa de beneficios de la empresa - pero todavía no la ponemos en igual categoría que una relación por ley consuetudinaria en todos los aspectos.

Las relaciones de apoyo entre no parientes son tan antiguas como las relaciones de apoyo entre la parentela. Es, sin embargo, difícil discernir el alcance de tales relaciones, tanto antes como ahora, por lo cual no se pueden dar estadísticas sobre el asunto. En su lugar presentaré la siguiente historia del caso de un hombre y sus relaciones de apoyo durante un período de más o menos veinte años.

⁶³⁸ Idem., pág. 64.

⁶³⁹ Idem., pág. 106.

⁶⁴⁰ Idem., pág. 142-43.

Historia de Caso: El Cuento de John⁶⁴¹
por Meg Luxton

John nació en 1946 y se crió en una comunidad de clase trabajadora en Canadá. A los 16 empezó su trabajo remunerado como obrero de producción para una gran fábrica industrial, adonde trabajó hasta 1994, cuando fue despedido como parte de un plan de reestructuración de la planta. Cuando fue cesado, dependían económicamente de él seis personas, y tres se beneficiaban indirectamente de la renta subsidiada que recibían de él. De esas nueve personas, solamente dos, su madre y padre ancianos, serían oficialmente reconocidos como "familia".

Vistazos rápidos a cada uno de los censos realizados durante su vida adulta sugieren que las relaciones reales en las cuales él estaba involucrado (cohabitación, gastos compartidos tanto dentro de su hogar como con otras personas, la atención que daba y las relaciones emocionales de larga duración comprometidas con amistades y niñas/os) serían ampliamente indetectadas por los actuales supuestos de la recolección de censos.

Más importante aún, su compromiso de por vida con la comunidad nunca fue reconocido formalmente. No podía reclamar personas dependientes en su declaración de impuestos a la renta, no podía obtener beneficios para ellos en su lugar de trabajo, y como él lo señaló, si alguna de éstas personas enfermaba, no se le incluiría a él en las consultas médicas, ni podría él conseguir un permiso por funeral si cualquiera de ellas moría.

En 1976, John vivía solo en la pequeña casa que había comprado con sus ahorros. Jane, una amiga cercana, quien tenía una niña y un niño pequeños - Patricia de 5 y Michael de 3 - se tuvo que mudar de su apartamento; John la invitó a vivir con él. Durante cinco años las cuatro personas vivieron juntas. Las dos personas adultas nunca tuvieron lo que ellas considerarían una "relación conyugal"; no eran amantes y mantenían separadas las finanzas personales. Sin embargo, contribuían por igual a todos los gastos del hogar y de cuidado infantil a través de una cuenta común, y compartían la atención emocional y práctica de la niña y el niño.

En 1981, Jane se mudó a otra casa con su nuevo amante y las criaturas. Después de unos meses, John invitó a dos compañeros de trabajo, Peter y Stephen, a vivir con él. Peter tenía un hijo de cinco años, David, quien también vino a vivir con ellos. Los tres adultos nunca tuvieron lo que ellos llamarían una "relación conyugal", pero sí mancomunaban todo su dinero en una cuenta y compartían todas las tareas del hogar, incluyendo toda la atención práctica y emocional que David requería. John continuó cuidando a Michael y Patricia, quienes venían a la casa a menudo; también le daba una mesada a Jane para ayudarla a mantenerles.

En 1986, tanto Peter como Stephen habían sido cesados y se habían ido a otras ciudades a trabajar. David se fue con Peter, pero venía a visitar a John por un mes cada verano y mantenían contacto cercano por teléfono y cartas.

Poco después, un viejo amigo de estudios de John se pasó a vivir con él. Tony tenía la custodia compartida de su hija de siete años, Kathy; ella pasaba seis meses con su madre en otra ciudad y seis meses con Tony. John y Tony mantenían cuentas separadas pero compartían por igual los gastos de la niña y de la casa. Compartían las tareas del hogar y cuando Kathy estaba con ellos, John compartía su cuidado. John mantuvo una responsabilidad

⁶⁴¹ De Luxton, Meg. Economic and Emotional Caring and Sharing Relationships Study; Field Notes, junio 1994, Ontario.

activa por Michael y Patricia. Les siguió dando una mesada de varios cientos de dólares a cada uno. David también siguió visitándolo durante los veranos.

En 1991 John se mudó a una casa nueva. Todavía la primera casa era suya y se la alquiló a Jane al costo, para que viviera allí con su amante y su nuevo bebé. John se había pasado a esta casa nueva porque estaba al lado de su madre y padre ancianos; de esta manera, podía darles atención regular. Les veía a diario, comía con ellos a menudo y les daba apoyo económico. Continuó dándoles pensión a la chica y los chicos. Le daba a Michael una mesada que cubría cuarto y comida mientras estudiaba en una universidad de la comunidad; pagaba los gastos completos de renta y atención diurna de Patricia y su nueva bebé Sarah (nacida en 1991) y cuando David fue admitido en la universidad, estuvo de acuerdo en pagarle los estudios y los gastos de residencia por cuatro años.

Año	Cohabitantes	Economía compartida	Atención
1976	Jane (28) Patricia (5) Michael (3)	hogar	infantil
1981	Stephen Peter David (5)	ingreso total	infantil
1986	Tony (40)	hogar mesadas	infantil
1991	nadie	mesadas a varias personas renta subsidiada	infantil

Este caso en particular es de un grado extremo de colaboración de un individuo. Aunque generalmente el grado en que se comparte es menor, podemos no obstante asumir que la ayuda que se da entre amistades y las personas allegadas es considerable. ¿Qué significado tiene esto para los propósitos de las políticas? ¿Se deberían considerar "familiares" dichas relaciones?

La respuesta a esta pregunta no es simple. No siempre es del interés de todas las personas el ser reconocidas como miembros de la familia de otra persona. Cuando el resultado de tal reconocimiento es que una corte ordene el pago de una pensión, quien la tiene que pagar podría muy bien preferir no ser considerada miembro de la familia. Por el otro lado, cuando el reconocimiento implica acceso a ciertos beneficios, derechos, servicios, o información sobre o acceso a la persona importante para una (por ejemplo, cuando esté en un hospital), la misma persona que podría preferir no ser considerada familia en términos de responsabilidades económicas, podría muy bien preferir ser considerada miembro de la familia en este contexto.

Esta posición tan variable no tiene nada de ilógico. La gente puede estar deseosa de asumir responsabilidades que rehusarían si las mismas fueran obligatorias. En el caso de John, ¿debería verse obligado a continuar pagando manutención a las varias partes a las cuales daba apoyo mientras tenía empleo, aunque esto significara que tenía que vender su casa? Por el otro lado, mientras él acepta su responsabilidad de manera voluntaria, ¿debería tener

derecho a deducirlo del impuesto sobre la renta o a poder incluir a las criaturas dentro de sus programas médicos y dentales?

Sistemas potenciales para las relaciones de dependencia entre no parientes

En este contexto es necesario hacer tres preguntas. Primero, ¿una vez que se han asumido responsabilidades con personas dependientes, deben éstas volverse permanentes? Si no, este es un sistema voluntario ocasional; si sí, es uno involuntario continuo. Segundo, ¿deben las responsabilidades ser mutuas? De ser así, es un sistema simétrico; si no, es asimétrico. Tercero, ¿deben las responsabilidades que se asumen de manera voluntaria (al menos al inicio) ser socialmente reconocidas, o no?

Si aplicamos las dos primeras preguntas al caso de John, llegamos a cuatro tipos de sistemas: 1) de obligaciones continuas involuntarias y asimétricas; 2) voluntario asimétrico; 3) continuo, involuntario, simétrico; y 4) voluntario simétrico.

Si nos acercamos al **sistema continuo, involuntario asimétrico**, se puede argumentar que John asumió una actitud paternal con su comportamiento anterior, el cual generó ciertas expectativas entre sus dependientes, lo cual, a su vez, les da derecho a continuar recibiendo apoyo de él. Esto sería similar a la construcción de las obligaciones de manutención que dan derecho a reclamar pensión a los padrastros que se han comportado de forma paterna hacia la prole de su esposa, y a quienes se les ordena pagar pensión después de que la unión se disuelve. El juez por lo tanto, ordena que John venda su casa para que David pueda terminar su último año de estudios.

Alternativamente, el **sistema voluntario asimétrico** nos lleva a argumentar que John ayudaba a estas personas por pura bondad y que sería malvado penalizarlo por su generosidad anterior, en un momento en el cual él no puede dar más ayuda. Una lógica tan perversa, podríamos argumentar, podría desanimar a personas generosas de comportarse como tales. Bajo este sistema, ninguna de las personas que anteriormente dependían de él podría ponerle una demanda a John para que continúe dando su apoyo.

El **sistema continuo, involuntario, simétrico** va un paso más allá. Sugiere que la gente que John apoyó durante tanto tiempo, ahora tiene la obligación de mantenerlo a él. Las personas a quienes John apoyó tienen obligación moral y **legal** de apoyarlo tanto como puedan. Por ejemplo, en vez de que John tuviera que vender la casa para que David continúe sus estudios, éste tendría que salirse de la universidad para ayudar a John, de manera que no tuviera que vender su casa. Se podría argumentar que esta obligación sería sólo para los adultos, porque ellos tenían la opción de aceptar o rechazar su ayuda, mientras que los y las menores no. Por otro lado, se podría argumentar que los y las niñas eran las beneficiarias directas de su generosidad, y por lo tanto comparten las obligaciones, como sucede con hijos e hijas adultas, que se les obliga (por ley, aunque no tan a menudo en la práctica)⁶⁴² a mantener

⁶⁴²Por ejemplo, las personas tienen derecho a una renta suplementaria basada en sus propios ingresos, o en el caso de una pareja, sus ingresos juntos, aunque tengan hijos e hijas adultas en buenas condiciones económicas. El impuesto sobre la renta federal permite a los contribuyentes deducir la manutención de personas de las cuales fueron o "completamente dependientes", o "dependientes" (según el año en cuestión) mientras eran niños/as (definido en diferentes casos hasta la edad de dieciocho o diecinueve años). Bajo este reglamento, John no podría deducir la manutención de sus dependientes, ni tampoco podrían sus anteriores dependientes deducir sus gastos si lo tuvieran que mantener en momentos de necesidad, ya que él sólo dio ayuda parcial, no exclusiva.

a madre y padre, si así lo necesitan. Bajo este sistema John puede demandar a cualesquiera de sus anteriores dependientes no familiares para que lo ayuden a mantener su casa.

Finalmente, bajo el **sistema voluntario simétrico**, las personas que antes dependían de John se unen voluntariamente para juntar sus recursos y encontrar la forma de que él conserve su casa. Esto lo hacen por obligación moral, y él no podría demandar a ninguna/o.

De los cuatro sistemas, el voluntario asimétrico parece ser el menos constrictivo. Poco se ganaría (y potencialmente mucho se perdería), tratando de obligar a las personas a mantener a no parientes a los cuales mantuvieron durante algún tiempo por bondad. Ni sería adecuado reforzar una responsabilidad recíproca hipotética cuando al inicio no ha existido un contrato para dicha interdependencia. Sin embargo, John todavía no está contento. Este sistema no enfrenta el asunto que él hizo surgir: que no tenía derecho a asistir a importantes acontecimientos sociales, que sus dependientes no eran reconocidos como tales en términos de política social, que él no recibió beneficios para el pago de impuestos, etc.

Aquí es cuando entra el **sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido**. Este sistema reconocería que además de las relaciones paterno/maternas y de matrimonio, todas las demás relaciones son voluntarias y parciales. En términos de pensión, significaría que John ya no tiene la obligación de darla si ya no lo desea, o si ya no lo puede hacer. Ni estarían las personas involucradas tampoco obligados a proveerle, a no ser que voluntariamente lo escogieran y pudieran hacerlo. Sin embargo, durante el tiempo en que John se encargaba de ellos, sus gastos de manutención hubieran sido deducibles como si hubiera estado relacionado con estas personas por consanguinidad, matrimonio o adopción. El grado en el cual participaba de la atención infantil lo hubiera hecho acreedor del derecho de participar en asuntos sociales relacionados con las criaturas. Por ejemplo, hubiera sido elegible para un permiso por duelo si alguna moría, o permiso por enfermedad en caso de que alguna enfermara (si la empresa para la cual trabajaba contara con tales beneficios). El sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido, entonces, reconocería las contribuciones reales de las personas, evitaría penalizar a aquellas que son decentes y generosas mientras premia a las egoístas, y no impondría obligaciones de manutención entre adultas no emparentadas.

En términos de política social, el sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido tiene sentido. El Estado se beneficia en la medida que una contribuya de **manera tangible** al cuidado de una persona dependiente ineludible, o le facilita a otra hacerlo por medio de apoyo económico. Más allá, si alguien apoya a una persona adulta que depende temporalmente, y que de otra manera solicitaría apoyo estatal, el Estado también se beneficia. Tendría sentido, entonces, que dicha gente reciba cualesquiera beneficios sean asequibles de manera prorrateada, de forma que para cada dependiente hay una cantidad máxima que pueda reclamar en la declaración de impuestos (esto para evitar esquemas fraudulentos). O sea, que John podría haber reclamado la manutención que pagaba a varias personas mientras ellas, parcialmente, dependieran de su contribución económica.

En cuanto a las obligaciones de manutención, parece sensato hacer una distinción entre el matrimonio legal, el cual es una situación cuasi contractual en la que se entra deliberadamente, y todas las demás situaciones en las cuales no se asumieron dichos contratos. Esto responde a la pregunta previa sobre las obligaciones de manutención entre parejas de hecho y las obligaciones de cónyuges de hecho hacia sus hijastras e hijastros en caso de que la unión se disuelva. En ambos casos estamos tratando con relaciones de dependencia entre no parientes. Si se aplica el sistema voluntario asimétrico socialmente reconocido, significa que las obligaciones de manutención **legales** (no necesariamente las

morales) terminan cuando la unión se disuelve. Por supuesto, en el caso de adultos que viven juntos, la división de bienes todavía estaría por lograrse, y si una de las personas que integra la unión se vio en desventaja **por causa de la unión**, ella (o él) debería tener derecho a pagos compensatorios, e.g., para llevar capacitación avanzada para mejorar las perspectivas de trabajo, etc. Ya estamos listas para formular el quinto componente del modelo de responsabilidad social: (5) **Todas las relaciones de dependencia son socialmente reconocidas, sin importar si son entre parientes o no. Los y las miembros de una unidad interdependiente son responsables de su propio bienestar económico y del de los y las demás. Madres y padres son ambos responsables del bienestar de su prole, vivan o no con ellos/as.**⁶⁴³

Disposiciones sobre la atención a la prole de una familia

Dado el primer componente, tanto madres como padres son responsables de la atención de sus menores dependientes, ya sea que la brinden ellas/os mismas/os, o que paguen parcial o totalmente la porción que les corresponde. La responsabilidad fundamental no cambia aunque un padre, o madre, no viva con la prole.

Es importante hacer una distinción entre obligaciones y derechos paterno/maternos. El no hacerlo permitiría que hombres (y algunas mujeres) abusivos o irresponsables se despojen de sus obligaciones económicas. El sexto componente del modelo de responsabilidad social es: (6) **Madres y padres son responsables de proporcionar atención y cuidado a su prole. Padres y madres conservan las responsabilidades paterno/maternas - las cuales no están ligadas a los derechos paterno/maternos - aunque no vivan con la prole.**

La división adecuada de responsabilidades privadas y públicas

Como hemos visto antes, el brindar atención a los y las dependientes ineludibles tiene alto valor social, no sólo privado. Las políticas sociales deberían reconocer ésta como una importante función familiar que merece apoyo público tangible. Sin embargo, hay dos categorías de dependientes ineludibles: niñas/os y adultas/os. Es sensato hacer una distinción entre ellas, porque los y las niñas se obtienen mediante la cooperación voluntaria (esperamos) entre dos personas adultas, quienes, por lo tanto, comparten la responsabilidad, con la sociedad, por el bienestar de estas criaturas, mientras que las personas adultas no se vuelven dependientes ineludibles voluntariamente.

Si no se dispone de atención familiar, el Estado cargará con el costo del cuidado de los y las dependientes ineludibles. Las personas miembros de la familia a menudo podrían preferir cuidar a las personas adultas dependientes, sin poder asumir los costos de esto. Bajo el modelo de responsabilidad individual, el ir y venir entre familismo/individualismo haría difícil la atención por parte de personas miembros de la familia, y a veces imposible. Sin embargo, considerar el costo del cuidado de dependientes ineludibles adultos/as como responsabilidad social, les posibilita a las personas en la familia brindar ellas mismas esta atención, si es posible y se desea mutuamente.

⁶⁴³Esto está de acuerdo con los principios elaborados por el *Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee*, 1995, pág. 3, los cuales incluyen los siguientes (hay un total de ocho principios):

1. Padres y madres tienen responsabilidad legal por la manutención de sus hijas e hijos.
2. La legislación sobre manutención infantil no deberá hacer distinciones por sexo entre padres, madres, hijas e hijos.
3. La decisión de manutención infantil se deberá hacer sin tomar en cuenta el estado civil de madre y padre.

Al considerar a la niñez como dependiente ineludible, la sociedad ya asume una relativa gran responsabilidad por ella. La educación pública para menores de seis años de edad en adelante, es una forma de atención que permite a padres y madres trabajar para ganar dinero (y las escuelas le cuestan a quienes pagan impuestos una cantidad considerable de dinero). Por lo tanto, son los primeros seis años los cruciales. Tendría sentido considerar el cuidado infantil como una responsabilidad de tres, compartida por igual entre padre, madre y sociedad. Si cada criatura tuviera acceso a cuidado diurno gratuito, el tiempo sería equivalente a un empleo de tiempo completo, dejando dieciseis horas diarias por cinco días, y veinticuatro horas sábados y domingos, durante las cuales padres y madres tendrían que ver por su prole. Por supuesto, existe una variedad de formas en las cuales madres, padres y sociedad comparten la responsabilidad por la niñez, como es la compensación económica, los campamentos de verano, etc.

Existe respaldo social considerable para el apoyo público a la atención de los y las dependientes ineludibles. Un 85% de las personas entrevistadas, en una muestra nacional canadiense, estuvieron de acuerdo con que debería haber pagos de manutención a las familias que cuidan familiares de edad avanzada, y de esas, el 70% estaría deseoso de pagar más impuestos para financiar dicha iniciativa. El apoyo a un servicio nacional de cuidado infantil subsidiado no es tan alto, pero siempre es considerable: el 77% apoyaría tal iniciativa, y el 73% de esos pagaría más impuestos para ese fin.⁶⁴⁴

Lo que a menudo no se toma en cuenta, sin embargo, es que si en realidad hay solamente una madre (o un padre), esta madre o padre - bajo nuestro actual modelo de familia de responsabilidad individual - está supuesta/o a llevar la carga de dos. Esto tiene poco sentido. Por lo tanto, cuando sólo hay una madre o padre, es necesario que el Estado supla la contribución, que de otra manera daría el o la otra madre o padre. Como se afirmó anteriormente, esto no incluye a familias de una sola madre o padre, en las cuales el segundo padre o madre está viva pero no cohabita, ya que sus responsabilidades permanecen sin cambio. Solamente si este padre o madre muere o está incapacitado/a para contribuir, asumiría el Estado su parte de la responsabilidad. El séptimo componente del modelo de familia de responsabilidad social es: **(7) La administración pública comparte la responsabilidad, con padre y madre, de la atención a la niñez dependiente. Si en verdad un padre o madre está ausente o imposibilitado para contribuir su parte, la sociedad pagará el costo de su contribución. El costo de la atención de las personas adultas dependientes ineludibles es responsabilidad pública, mientras que el cuidado en sí puede ser dado por una persona de la familia.**

Presunciones acerca de la heterosexualidad/homosexualidad

Este asunto, de hecho, se ha tocado previamente. No hace ninguna diferencia, en términos de beneficio para el Estado o para los y las miembros de una unidad interdependiente, si los y las miembros son del mismo sexo o de sexo opuesto. Las parejas de un mismo sexo deberían poder casarse, o de tener un arreglo conyugal alternativo equivalente. Cuando esto sea posible, si no llegaran a casarse legalmente, recibirían igual trato que una pareja heterosexual de hecho. El octavo y último componente del modelo de familia de responsabilidad social es: **(8) No hay distinción entre las parejas del mismo sexo y de sexo opuesto en términos del trato que reciben del Estado.**

Componentes del modelo de familia de responsabilidad social

⁶⁴⁴Angus Reid Group. The State of the Family in Canada. Angus Reid Group, Ottawa, 1994, pág. 52-53.

1. Hay un compromiso ideológico para minimizar la estratificación basada en el sexo.
2. Las relaciones funcionales constituyen una unidad familiar. El matrimonio está presente, pero no es privilegiado sobre otras relaciones.
3. A nivel nuclear, el ser miembro de la familia y el ser miembro del hogar pueden ser equivalentes, pero no se asume que lo sean. Por lo tanto, ser cónyuge no se identifica automáticamente con ser padre o madre, y ser padre o madre no se identifica automáticamente con ser cónyuge.
4. La persona individual es la unidad de administración (con pocas excepciones).
5. Todas las relaciones de dependencia son socialmente reconocidas, sin importar si son entre parientes o no. Las personas adultas en una unidad interdependiente son responsables de su propio bienestar económico y del de los y las demás. Padres y madres son ambos responsables del bienestar económico de la prole, vivan o no con ella.
6. Madres y padres son ambos responsables del cuidado y atención de su prole. Padres y madres conservan las responsabilidades paterno/maternas - las cuales no van ligadas a los derechos paterno/maternos - aunque no vivan con su prole.
7. La administración pública comparte la responsabilidad, con madre y padre, del cuidado de la niñez dependiente. Si un padre o una madre está ausente o incapacitado/a para contribuir con su parte, la sociedad pagará el costo de su contribución. El costo del cuidado de adultos y adultas dependientes ineludibles es responsabilidad pública, aunque el cuidado en sí lo dé una persona de la familia.
8. No hay distinción entre las parejas del mismo sexo y las de sexo opuesto en términos de trato por parte del Estado.

Conclusión: La precaución es la madre de la sabiduría

Mientras que yo encuentro el resultante modelo de familia de responsabilidad social racional, justo, práctico y por lo tanto atractivo, algunos comentarios de precaución son, sin embargo, apropiados. Es más fácil derivar principios en teoría que aplicarlos a situaciones de la vida real, especialmente si la propuesta involucra un cambio radical. No sólo se requiere una enorme voluntad política, sino que además, ningún sistema social complejo cambia nunca en todos sus aspectos simultáneamente y en la misma dirección. Por lo tanto, aplicar principios que podrían proporcionar (si todos se iniciaran al mismo tiempo y de una vez) una base más justa y eficaz para todas las políticas pertinentes, pueden (si se inician gradualmente), de hecho, aumentar las desigualdades si los principios no se aplican cuidadosamente. Una debe siempre estar al acecho de los efectos no planeados y no deseados.

DESIGUALDADES DE GENERO EN LAS CONSECUENCIAS ECONOMICO-FINANCIERAS DEL DIVORCIO

Marcela Huaita Alegre*

Introducción

Durante la segunda mitad del presente siglo, la codificación en materia de familia en Latinoamérica ha sufrido cambios importantes, en relación a la regulación de las relaciones matrimoniales. Los dos cambios quizás más importantes están relacionados, por un lado, con la adopción de un sistema de divorcio alternativo al divorcio-sanción, el divorcio-remedio y el divorcio por causa objetiva. Por otro lado, la adopción del principio de igualdad y no discriminación entre varón y mujer, implicó la revisión de los principales cuerpos normativos y su consiguiente adecuación en torno a los deberes y derechos de los cónyuges durante el matrimonio y con posterioridad al mismo.

Ambas modificaciones, revolucionaron en su momento las sólidas y tradicionales bases del Derecho Civil Latinoamericano, lográndose en la mayoría de casos una mixtura y sobreposición de sistemas y principios que hace difícil la comprensión de los regímenes matrimoniales vigentes en nuestros países, tanto para los estudiantes de derecho como para los usuarios mismos del sistema, es decir para las mujeres y los varones que ven sus vidas reguladas por leyes externas y muchas veces lejanas a sus propios deseos y percepciones.

Creemos que, para una cabal comprensión de los profundos cambios adoptados y los rezagos y contradicciones que aún quedan en nuestras leyes, es necesario introducirnos en el tema haciendo una rápida revisión histórica de los principales cambios producidos por las dos "revoluciones" antes acotadas.

Luego de esta rápida revisión, entraremos de lleno a la materia que nos ocupa y que son las consecuencias económico-financieras del divorcio en varones y mujeres. Para ello, en primer lugar, vamos a revisar dos importantes instituciones: los regímenes patrimoniales en el matrimonio (Comunidad de Bienes, Separación de Patrimonios, Participación en los Gananciales, entre otros) y el derecho alimentario entre ex-cónyuges. En ambos casos, analizaremos cómo el principio de "culpabilidad" se hace presente para establecer diferencias entre los cónyuges, el tratamiento diferenciado para con la mujer que aún es conservado por algunas normas y la facultad discrecional que le puede ser reconocida al juez para alterar el acuerdo de las partes.

Al mismo tiempo que hacemos el análisis del proceso latinoamericano, trataremos de enfocar el desarrollo que en esta materia se ha venido dando en otros países, específicamente en Estados Unidos. Así nos referiremos a los modelos para la distribución de "*property*" y "*alimony*" desarrollados en la doctrina del common law, con algunas referencias a otros países.

En la parte final de este trabajo, presentaremos los modelos que subyacen en los sistemas vigentes en Estados Unidos, tratando de encontrar algunos criterios alternativos para

*La autora agradece los comentarios que recibiera de Lauren Gilbert, Alda Facio y Joan Williams a versiones preliminares de este artículo, que sin duda han contribuido a enriquecerlo. Sin embargo, los límites del mismo son de absoluta responsabilidad de la autora.

Latinoamérica que puedan servir a los operadores del Derecho (jueces, abogados/as, estudiantes y a las mismas partes involucradas) a encontrar soluciones apropiadas a sus necesidades.

A lo largo de este artículo, una pregunta frecuente que nos haremos y que invitamos hacer al/ a la lector/a, es qué consecuencias pueden tener estos regímenes en relación con las mujeres, si existe algún tipo de discriminación en la norma o en su aplicación, así como qué modelos podrían ser más equitativos teniendo en cuenta la realidad de las mujeres latinoamericanas.

Debido a la amplitud del tema y al carácter de nuestra investigación, no trabajaremos aquí la cuestión de los alimentos para los hijos y las consecuencias que tiene para la mujer el asumir su cuidado y tenencia en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que la llamada "feminización de la pobreza" es en parte debida a esta realidad que aún está insuficientemente documentada en el caso de Latinoamérica.

1. Revisión histórica

1.1 Divorcio en los códigos civiles latinoamericanos

La tradición del derecho hispánico en Latinoamérica en materia de derecho de familia ha tenido una profunda influencia, como se demuestra en el hecho de que una buena parte de los códigos civiles promulgados el siglo pasado reconocía la validez del matrimonio eclesiástico celebrado bajo el rito de la Iglesia Católica, tal como lo habían venido haciendo las Partidas y la Real Cédula de Felipe II de 1564⁶⁴⁵. La característica fundamental de este tipo de matrimonio fue su indisolubilidad; una segunda característica de este régimen matrimonial fue la potestad marital "basada en la autoridad del marido y el deber de obediencia de la mujer"⁶⁴⁶.

Aún después de haberse dictado leyes de matrimonio civil, que secularizaban la institución del matrimonio, estas dos características impregnaron por largo tiempo la regulación del matrimonio en Latinoamérica⁶⁴⁷. Actualmente, seis países son regulados por Códigos Civiles que tuvieron sus orígenes en el siglo pasado: Chile (1857), Ecuador (1861), Argentina (1861), Uruguay (1868), Guatemala (1877) y México (1884)⁶⁴⁸, de los cuales la mayor parte, si no todos, han sufrido importantes modificaciones en el área que nos ocupa. A pesar de ello la influencia de la codificación del siglo pasado mantiene su vigencia como veremos más adelante.

1.1.1 Matrimonio indisoluble

La característica de indisolubilidad matrimonial es únicamente mantenida en Chile⁶⁴⁹ cuyo Código Civil si bien permite la separación de los cónyuges no autoriza el divorcio vincular y por consiguiente la posibilidad de un nuevo matrimonio. Sin embargo, en la práctica, muchas

⁶⁴⁵ Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I, 2a edición. Ed. Astrea, Bs. As., 1993, pág. 137.

⁶⁴⁶ Idem., pág. 340

⁶⁴⁷ En Colombia el matrimonio eclesiástico sigue teniendo efectos civiles pero a partir de la Ley 25 de 1992, éstos cesan por el divorcio. Ver Secretaría de Mujer y Género. Consejería Presidencial para la Política Social. Mujer y Divorcio. Elementos para la Discusión. Santafé de Bogotá, 1995 [en adelante Mujer y Divorcio].

⁶⁴⁸ Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales de España y Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Mujeres Latinoamericanas en cifras. Tomo Comparativo. Chile, 1995, pág. 140 [en adelante Mujeres Latinoamericanas].

⁶⁴⁹ Ley del Matrimonio Civil, Art. 191. 10 de enero de 1884.

parejas consiguen reestructurar segundos matrimonios a través de una "puerta falsa" como es la anulación del matrimonio basado en la incompetencia del oficial del registro civil⁶⁵⁰. Pero más allá de este caso anecdótico, la gran mayoría de países oscila entre el divorcio exclusivamente basado en causales y el divorcio por mutuo acuerdo⁶⁵¹, optando en la mayoría de casos por aceptar ambas formas de disolución del vínculo. En el otro extremo encontramos el caso de Nicaragua que además de aceptar el divorcio por mutuo acuerdo, permite la disolución del vínculo por voluntad de una de las partes y sin expresión de causa⁶⁵².

1.1.2 Divorcio

Antes de entrar al tema principal de este artículo, las consecuencias económicas del divorcio, queremos dar una rápida revisión de las formas en que éste puede ser solicitado en la tradición latinoamericana. Como todos sabemos, desde tiempos romanos las dos grandes formas de divorcio eran el Divorcio Bona-Gratia y el Divorcio-Repudio, equivalentes a los actuales: Divorcio por mutuo acuerdo y Divorcio por voluntad unilateral.

En general, cuando se trata de un divorcio por mutuo acuerdo los cónyuges necesitan ponerse de acuerdo sobre determinados elementos que van a formar parte del convenio de divorcio como son: la tenencia de los hijos menores, la división de los bienes comunes y la pensión alimenticia a cargo de uno de los cónyuges a favor del otro y de los hijos.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, la ley les permite acceder a un divorcio por voluntad unilateral que muchas veces es restringido a un número de situaciones, "causales", que deben ser probadas u otras veces es más bien amplio y basta la expresión de la voluntad de uno de los cónyuges. En este caso, las consecuencias sobre la tenencia de los hijos menores, el reparto de bienes y la pensión alimenticia es definida por el juez⁶⁵³. Así, algunos códigos establecen reglas estrictas y en otros se le da un margen más amplio a la discrecionalidad judicial, como veremos más adelante en relación con los aspectos económicos del divorcio⁶⁵⁴.

Comencemos entonces por repasar las formas en que puede darse el divorcio por voluntad unilateral:

A) Principio de falta en la separación o divorcio

El llamado "divorcio sanción" responde a la pregunta de cuál es la causa del divorcio⁶⁵⁵ y por tanto supone que hay un esposo "culpable" quien cometió algún hecho ilícito por lo cual hay que sancionarlo, mientras que el otro cónyuge es la víctima "inocente" de dicha mala acción. En esta concepción se considera que hay una razón única o por lo menos principal por

⁶⁵⁰ Velasco, Eugenio. De la disolución del matrimonio. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973, pág. 9.

⁶⁵¹ Mujeres Latinoamericanas, op. cit., pág. 144.

⁶⁵² Ley N° 38 de Nicaragua, Art. 11. 29 de abril de 1988. [Ley para la disolución del Matrimonio por voluntad de las partes].

⁶⁵³ Idem.

⁶⁵⁴ En cuanto a la distribución de los bienes por ejemplo, en el caso de Costa Rica la ley establece que al disolverse el matrimonio, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro (Código de Familia de Costa Rica, Art.41). Mientras que en el caso de Nicaragua, la ley establece que en caso que las partes no se hayan puesto de acuerdo, el Juez debe decidir la distribución teniendo en cuenta algunos criterios como si existen hijos menores comunes, a quien le corresponde la guarda, el aporte y esfuerzo de cada cónyuge, la existencia de un solo inmueble, entre otros. (Ley N° 38 de Nicaragua, Art. 11).

⁶⁵⁵ Zannoni, op. cit., pág. 18

la cual la vida en común se hace insoportable, de ahí que se hagan listados de "causales" para facilitar al juez la ameritación de los hechos. Las "causales" más comunes en los códigos latinoamericanos⁶⁵⁶ son:

- < Adulterio⁶⁵⁷
- < Maltratos o violencia conyugal⁶⁵⁸
- < Injuria grave⁶⁵⁹
- < Atentado contra la vida del otro cónyuge⁶⁶⁰
- < Abandono del hogar conyugal⁶⁶¹
- < Incumplimiento de deberes de asistencia y alimentación⁶⁶²

En términos de género algunas de estas causales han sido casi exclusivamente alegadas por las mujeres como es el caso de "maltratos"⁶⁶³ o han dado lugar a un *doble parámetro*⁶⁶⁴ en su valoración como el caso de "adulterio". Ambas situaciones responden a una construcción social de las características de ser "varón" y ser "mujer" en nuestras sociedades⁶⁶⁵. Así la agresividad y violencia de los varones ha hecho difícil muchas veces que la causal de "maltratos" sea admitida como causal de divorcio a menos que se demuestre una excesiva crueldad. Igualmente respecto de la definición de adulterio, la pretendida "*concupiscencia*" de los varones ha hecho que no se considere adulterio el sólo hecho de mantener relaciones sexuales con persona extraña a la esposa sino que se exigía, en algunos casos, la existencia de una concubina permanente⁶⁶⁶. Si bien estos parámetros han sido superados en el texto de la ley, en muchos casos siguen vigentes en la mentalidad de los operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales).

B) Divorcio-Remedio

Cercano al principio de divorcio-sanción, se desarrolló el principio del "divorcio-remedio" en el cual se comprenden situaciones que si bien no han sido "culpa" de uno de los cónyuges, ponen en peligro la continuidad de la vida en común. Es decir, en este caso se admite el quiebre del matrimonio en una situación objetiva-situación conyugal- y no subjetiva -culpa-.

⁶⁵⁶Respecto a la jurisprudencia norteamericana las causales más frecuentes por las que se permite el divorcio por falta son similares a las de los países latinoamericanos, a saber: Adulterio, Crueldad física, Crueldad mental, Atentado de muerte, Abandono. Ver American Bar Association. Guide to Family Law. 1996, pág. 68 y sgts.

⁶⁵⁷ Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

⁶⁵⁸ Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

⁶⁵⁹ Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

⁶⁶⁰ Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

⁶⁶¹ Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

⁶⁶² Chile, Costa Rica, Guatemala.

⁶⁶³Así lo corrobora un estudio realizado en base a estadísticas judiciales en el Perú. Ver Cabello, Carmen Julia. Matrimonio y Divorcio, pág. 534, en La familia en el derecho peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Pontificia Universidad Católica, 1992.

⁶⁶⁴ También conocido como doble moral, que se refiere a cuando una misma conducta es evaluada con distintos parámetros para uno y otro sexo. Ver Facio, Alda. Cuando el género suena cambios trae. Metodología de género del fenómeno legal. 2a. Ed. ILANUD, San José, C. R., 1996.

⁶⁶⁵ Ver la discusión de las características del "macho" latinoamericano en sección 1.2.1.

⁶⁶⁶ Por ejemplo las legislaciones de Guatemala, El Salvador y Nicaragua. Estas legislaciones tipifican de adulterio "el que comete la mujer casada que yace con varón que no es su marido y quien yace con ella sabiendo que es casada"; mientras que en el caso del hombre casado, este comete adulterio "siempre y cuando tuviera concubina dentro de la casa conyugal". Ver Faune, María Angélica. Transformaciones en las familias centroamericanas. Agudización de la situación de inequidad de las mujeres, en Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. IIDH, San José, C.R., 1996.

Entre las causales que son admitidas en los códigos latinoamericanos⁶⁶⁷ que se enmarcan en esta corriente, tenemos:

- < Alcoholismo o uso de sustancias que puedan generar toxicomania⁶⁶⁸
- < Condena por delito a pena privativa de libertad⁶⁶⁹
- < Ausencia⁶⁷⁰
- < Grave dolencia mental⁶⁷¹
- < Enfermedad grave, incurable y contagiosa⁶⁷²

En términos de carga de la prueba, estas causales siguen la mecánica del divorcio por falta, es decir uno de los cónyuges alega la causal en que ha incurrido el otro y deberá demostrar las dificultades que atraviesa el matrimonio a causa de dicha situación. En algunos casos, el hecho que uno de los cónyuges quiera divorciarse alegando una situación de enfermedad del otro, puede tener la consecuencia de tener que asumir una pensión alimenticia de carácter permanente a favor del cónyuge enfermo.

C) Incorporación del divorcio por ruptura de la vida en común

Cuando la concepción del divorcio cambia de la pregunta "¿cuál es la causa del conflicto conyugal?" (Divorcio-sanción) a la pregunta "¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio?" (Divorcio-remedio)⁶⁷³, nos acercamos a la posibilidad de aceptar la incorporación del divorcio basado en una causa objetiva, como es la ruptura de la vida en común, sin que se tenga que demostrar por qué se llegó a dicha situación de facto.

Esta última forma de divorcio, en las décadas recientes ha reemplazado al divorcio por falta en muchos sistemas legales, sobretudo en Europa⁶⁷⁴ y norteamérica⁶⁷⁵. Sin embargo, los códigos latinoamericanos se resisten a incorporar esta figura, siendo admitida sólo en algunos países como Argentina, Brasil y Costa Rica, en los que se exige de 3 a 1 año de separación de hecho previa a la solicitud de divorcio.

Un sistema de este tipo, supone un mayor respecto por la libertad individual de cada uno de los cónyuges por lo que no se ve la utilidad de continuar la existencia de un matrimonio cuando una de las partes desea verse apartado de ella. Sin embargo, si bien podría decirse que esta formulación del divorcio es acorde con tendencias modernas de la relación conyugal, en la que ambos cónyuges están sujetos a los mismos derechos y reponsabilidades, debe coexistir con roles más bien tradicionales, que desarrollan muchas parejas y que son socialmente funcionales mientras el matrimonio está vigente.

⁶⁶⁷Encontrándose un gran paralelismo en las causas consideradas para un divorcio en la jurisprudencia de Estados Unidos: Alcoholismo (drunkenness), Uso adictivo de drogas, Insania, Impotencia (usualmente desconocida por la pareja al momento del matrimonio), Contagio de uno de los esposos con enfermedad venérea. Ver American Bar Association, op. cit., pág. 68.

⁶⁶⁸Argentina, Chile, Guatemala, Perú.

⁶⁶⁹Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú.

⁶⁷⁰Chile, Costa Rica, Guatemala.

⁶⁷¹Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala.

⁶⁷²Guatemala, Perú.

⁶⁷³Zannoni, op. cit., pág. 18.

⁶⁷⁴Francia, 1975.

⁶⁷⁵En los últimos 30 años el "no-fault" ha reemplazado al divorcio por falta, revolución que comenzó en 1970 en California, cuando este estado instituyó el primer sistema basado exclusivamente en "no-fault" divorcios. Ver Weitzman, Lenore. The divorce revolution: The unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America. The Free Press, New York, 1985, pág. 40.

Es decir, el desarrollo legislativo hacia un divorcio por ruptura de la vida en común muchas veces puede entrar en franca contradicción con situaciones personales de los cónyuges que corresponden a arreglos familiares asimétricos. Por dar un ejemplo, pensemos en una pareja que estuvo casada por 20 años, en los cuales la mujer desempeñó el rol de ama de casa durante los últimos 18 y que luego de un largo matrimonio se ve enfrentada a un proceso de divorcio por ruptura de la vida en común, que supone que los bienes deben repartirse por igual entre ambos cónyuges porque los dos contribuyeron por igual durante el matrimonio y además no le corresponde derecho a pensión alimenticia por no encontrarse en "estado de necesidad"⁶⁷⁶.

En un principio ello parecería muy justo y alguien podría decir hasta "conveniente" a la mujer porque se reconoce su contribución como "ama de casa" durante el matrimonio a pesar de no haber aportado en términos monetarios al patrimonio común. Pero, ¿qué pasará con esa mujer después del divorcio? Para mantenerse tendrá que encontrar un trabajo remunerado, ¿cuáles son sus posibilidades?, ¿cuál es la experiencia acumulada?, ¿cuáles son sus condiciones en el mercado de trabajo? Al otro lado tenemos al esposo, quien después del divorcio queda con el mismo capital en bienes que su ex-cónyuge; ¿cuál es su situación frente al mercado de trabajo?, es la misma que la de la mujer?, ¿o por el contrario tiene ventajas comparativas, como son: la experiencia acumulada, la red de contactos profesionales, la capacitación técnica o profesional, una mayor valoración de estas habilidades en comparación con aquellas desarrolladas en las tareas del ama de casa, entre otras?

¿Qué tan justa nos parece ahora la división de los bienes en 50/50 para cada cónyuge y el no derecho a pensión alimenticia regulada en la mayor parte de códigos latinoamericanos? Estas son algunas de los conflictos que deben enfrentar los abogados/as y jueces cuando están frente a una situación de divorcio. En ese sentido, en los últimos años se viene reconociendo como un fenómeno no querido de las nuevas concepciones de divorcio, la feminización de la pobreza en la etapa post-divorcio. Con ello no queremos decir que se debe volver a etapas anteriores como es el divorcio por falta⁶⁷⁷, sin embargo, creemos que amerita el análisis y reflexión de las y los estudiosos en la materia para tratar de encontrar soluciones adecuadas a la realidad cotidiana de las familias.

A manera de resumen, podemos presentar los principales cambios en la regulación del divorcio, según el cuadro elaborado por Lenore Weitzman en su libro *La Revolución del Divorcio*.

⁶⁷⁶Generalmente, el divorcio que no es basado en falta, elimina la obligación de pensión alimenticia entre los cónyuges. Ver Sección 3 de este artículo.

⁶⁷⁷En un estudio socio-jurídico realizado con jueces en Colombia, varios jueces consideraron que la ley de divorcio podría reducirse a 4 supuestos: mutuo acuerdo, separación de cuerpos judicialmente decretada y de hecho, incumplimiento de las obligaciones conyugales y enfermedad grave e incurable. Ver *Mujer y Divorcio*, op. cit., pág. 28.

CAMBIOS EN LA REGULACION DEL DIVORCIO ⁶⁷⁸	
DIVORCIO TRADICIONAL	DIVORCIO SIN CULPA
Ley restrictiva Protege al matrimonio	Ley permisiva Facilita el divorcio
Causas específicas Adulterio, Crueldad, etc.	Sin causas Ruptura marital
Marco moral Culpabilidad v. Inocencia	Marco administrativo No responsabilidad
Falta Una parte causa el divorcio	Sin falta La causa del divorcio es irrelevante
Necesidad del consentimiento del esposo inocente Esposo inocente tiene el poder de "prevent" o demorar el divorcio	No se necesita consentimiento Divorcio unilateral. No se necesita consentimiento ni acuerdo
Género como base de las responsabilidades Esposo responsable por alimentos Esposa responsable por custodia Esposo responsable por alimentos para hijos	Neutralidad de género en las responsabilidades Ambos responsables del <i>self-support</i> Ambos elegibles para custodia Ambos responsables por alimentos para los hijos
Beneficios financieros relacionados con la falta Alimentos para el cónyuge "inocente" Mayor parte de la propiedad para el cónyuge "inocente"	Beneficios financieros basados en la equidad Alimentos para el cónyuge basado en la necesidad Propiedad dividida en partes iguales
Adversarial Una parte culpable, la otra inocente Ganancia financiera probándose la falta	No adversarial Partes ni culpables ni inocentes No ganancia financiera por cargos Promueve amigable resolución

⁶⁷⁸ Weitzman, op. cit.

1.2. Relación hombre-mujer dentro del matrimonio

Acompañando este cambio en la concepción del divorcio, encontramos una transformación en la concepción de la relación varón-mujer al interior del matrimonio, que es la segunda "revolución" en materia de derecho familiar en los últimos años.

1.2.1 Potestad marital

La segunda característica que habíamos mencionado del matrimonio está en relación con la "potestad marital" que no es otra cosa que el poder que la ley le reconoce al marido sobre la mujer que es su esposa. La evolución en torno a esta temática es quizá un tanto más compleja que la producida en materia de divorcio y encontramos una mayor variación en las legislaciones de nuestros países.

La "potestad marital" es parte de lo que tradicionalmente se ha denominado "patriarcado"⁶⁷⁹ que es el sistema que reconoce un poder casi omnipotente del padre sobre todos los miembros de la familia y que ha constituido la base social sobre la que se desarrolló el Occidente. Durante largos siglos este orden fue considerado como *natural* y fue respaldado por la religión, la moral y el Derecho. La mujer no fue vista como un sujeto en sí misma sino que estaba en función de las necesidades del varón, sometida a su dominio vía el control de la fecundidad (capacidad reproductora) y la división sexual del trabajo. Socialmente este control se logró mediante la demarcación de dos esferas bien definidas: la pública del trabajo y la política y la privada de la familia y la gestión de los afectos.

En Latinoamérica, al enmarcarse en la tradición occidental, el Estado depositó en la familia la responsabilidad de la reproducción social de este orden, confinando a la mujer en el ámbito doméstico, y reconociendo al matrimonio y a la familia legalmente constituida como célula fundamental de la sociedad, tomando características *sui generis* debido al complejo cultural del *machismo*, propio de nuestras sociedades⁶⁸⁰.

Según ello, la imagen del hombre latino, es decir el *macho*, es que de joven será jactancioso y pependenciero, buscando seducir a la virgen; y de mayor, dada su debilidad o incontinencia sexual, le será infiel a su mujer con quien se casó para "fundar una familia", pero a la que nunca le hará conocer su pericia en los asuntos sexuales. Una vez casado, el hombre deberá ser un buen proveedor, teniendo a una mujer e hijos dependientes. Correlato de esta superioridad moral, la conducta sexual de la mujer debe ser absolutamente controlada; "el ideal dicta no sólo castidad premarital sino también frigidez post-nupcial por lo que la mujer no debe manifestar interés sexual alguno, proyectando su realización como persona a través de sus hijos".⁶⁸¹

En la actualidad, estos estereotipos estarían siendo revisados gracias a la participación de la mujer en mundos mixtos, más universales: trabajos y estudios superiores. La mujer, identificada con la maternidad, estaría pasando de una hipervaloración del espíritu de sacrificio a la responsabilidad del cuidado.⁶⁸² Por su parte, la identidad del hombre también estaría

⁶⁷⁹ Complementaria a esta potestad, podemos encontrar el poder del pater familias sobre los hijos.

⁶⁸⁰ Pescatello, Ann. Hembra y macho en Latinoamérica. Ensayos. Diana, México, 1977.

⁶⁸¹ Estas características de la mujer corresponderían a un complejo cultural paralelo al machismo que Stevens denomina como "marianismo". Ver Stevens, Evelyn. Marianismo: la otra cara del machismo en Latinoamérica, en Pescatello, op. cit.

⁶⁸² Fuller, Norma. El caso de la mujer de clase media en el Perú: Discursos y representaciones sobre la identidad femenina. Informe de Investigación. Lima, 1992

entrando en crisis dado que, por las adversas condiciones económicas, cada vez puede cumplir menos con su papel de único proveedor en la familia, y en el ámbito laboral y político se percibe una mayor competencia femenina.⁶⁸³

Al respecto, si bien existe una percepción de la creciente participación de las mujeres en la actividad económica, que en las últimas dos décadas registró incrementos de doce o más puntos porcentuales, debe decirse que actualmente la tasa de participación femenina fluctúa entre 20% y 35%, muy por debajo de los varones quienes participan en el mercado laboral en un 70%⁶⁸⁴. Asimismo, según la CEPAL, la participación de las mujeres, a diferencia de lo que ocurre con los varones, presenta diferencias muy marcadas según edad, nivel de educación, estrato socioeconómico y lugar que ocupan dentro del hogar.⁶⁸⁵ En cuanto a su participación política, si bien ésta ha sido importante en relación con los movimientos sociales, esto no se refleja en los partidos políticos, en donde las mujeres excepcionalmente superan el 25% de los cargos de dirección, y mucho menos en los cargos de alta jerarquía tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo⁶⁸⁶.

De otra parte, como veníamos diciendo, la "potestad marital" si bien ha sido superada en muchos ámbitos aún podemos encontrarla en algunas formulaciones legales referentes a los diferentes deberes y derechos de los cónyuges entre sí, como en relación con la capacidad de la mujer casada y también en cuanto a la relación con los hijos. Así podemos encontrar un principio general de "igualdad entre cónyuges" acompañado de algunas limitaciones a la mujer como por ejemplo: que el marido puede oponerse a que realice actividades fuera del hogar⁶⁸⁷, que los actos de comercio de la mujer no comprometen los bienes de la sociedad conyugal a menos que su esposo lo autorice⁶⁸⁸, limitaciones en cuanto a la fijación del domicilio conyugal y la administración de los bienes de la sociedad conyugal⁶⁸⁹, entre otras.

1.2.2 Incorporación del principio de igualdad y no discriminación entre los sexos

Como decíamos, al compartir tanto el hombre como la mujer la responsabilidad de ser los proveedores de la familia, se rechaza la jerarquía masculina y el afecto se vuelve cada vez más importante como base de la relación de pareja. La reciprocidad en el amor, una mayor comunicación en cuanto a los intereses y un tratamiento igualitario en todos los ámbitos serían las nuevas reglas exigidas por las mujeres. Sin embargo, el contexto social en que se desenvuelven estas relaciones no siempre favorece los principios igualitarios, encontrándose mayor resistencia en el varón, puesto que éste es el que ha gozado de la situación de privilegio.

Así el principio de igualdad entre los cónyuges, ha tenido una importante influencia en los aspectos económicos del matrimonio. Según Borda:

⁶⁸³ Fuller, Norma. *Identidades masculinas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.

⁶⁸⁴ Ver capítulo referente a participación económica, en *Mujeres Latinoamericanas*, op. cit., pág. 66 y sgts.

⁶⁸⁵ Ver CEPAL, *Panorama Social de América Latina 1995. Género, Pobreza y Participación: Tendencias Recientes*. (LC/G.1886-P).

⁶⁸⁶ Ver capítulo referente a participación sociopolítica, en *Mujeres Latinoamericanas*, op. cit., pág. 157 y sgts.

⁶⁸⁷ Código Civil de Guatemala, Art. 1141. Según un reciente informe, este tipo de restricciones al ejercicio de profesiones u oficios por parte de mujeres, en cuanto se requiere autorización del marido, existen en Bolivia, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la Mujer en las Américas. Informe Anual 1998.

⁶⁸⁸ Venezuela. Ver *Mujeres Latinoamericanas*, op. cit., pág. 140.

⁶⁸⁹ República Dominicana. Ver *idem*.

La emancipación de la mujer ha traído la decadencia y desaparición de los regímenes comunitarios basados en la administración exclusiva por el marido. Se prefiere o bien la separación de patrimonios o bien una comunidad en que cada uno de los cónyuges administra y dispone de los bienes que ha aportado al matrimonio y de los que adquiere con su trabajo personal, adecuándose así al principio de la igualdad jurídica de los esposos⁶⁹⁰.

A pesar de esta actualización de la norma jurídica que permite que en la mayor parte de países se regule un sistema de bienes de comunidad parcial en el que hay bienes comunes y bienes propios de ambos cónyuges, debemos decir que en la práctica muchas veces -a pesar de la norma jurídica- los varones siguen teniendo el control exclusivo de los bienes.

2. Régimen patrimonial de bienes en el matrimonio

En este estudio no vamos a hacer un examen exhaustivo de los regímenes patrimoniales vigentes en cada uno de los países de Latinoamérica, lo que pretendemos es analizar cómo el respeto cada vez mayor a la autonomía de la voluntad que, como hemos visto, por un lado ha permitido la sobreposición de un divorcio por causa objetiva a un divorcio por falta, también genera algunas contradicciones y vacíos legales en el momento de la disolución del régimen patrimonial -consecuencia obligada de la disolución del vínculo- así como analizar el impacto diferenciado en términos de género en la aplicación de estas reglas. Para ello nos detendremos un momento para revisar de manera sucinta los principales regímenes patrimoniales vigentes en los códigos civiles de algunos países de Latinoamérica.

2.1 Régimenes patrimoniales en los códigos civiles latinoamericanos⁶⁹¹

2.1.1 Regulación patrimonial en el matrimonio

Cuando se estudian los regímenes patrimoniales en el matrimonio encontramos una gran diversidad que va desde sistemas rígidos que no permiten la libertad entre los cónyuges hasta aquellos en que la voluntad de éstos es determinante en cuanto a su futuro patrimonial. Generalmente, se reconocen alternativas diferentes entre las que deben optar los cónyuges, presumiéndose la existencia de un régimen específico en caso que no haya una voluntad expresa manifestada.

A pesar de la variedad existente y los detalles que cada país ha introducido en su legislación, trataremos de identificar algunos regímenes típicos vigentes en las legislaciones bajo análisis.⁶⁹²

2.1.1.1 Régimenes típicos

A) Régimen de separación de bienes

En éste régimen, cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes antes y después del matrimonio, los administra de manera independiente y es responsable por las deudas contraídas. Cada cónyuge está obligado a contribuir en el presupuesto familiar durante el

⁶⁹⁰ Borda, Guillermo. A. Tratado de Derecho Civil, Familia, Tomo I. 9a ed., Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 210.

⁶⁹¹ Los códigos en que se basa el estudio son los de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica Guatemala, Nicaragua y Perú.

⁶⁹² Ver Borda, op. cit., pág. 206 y sgts; Zannoni, op. cit., pág. 378 y sgts.

matrimonio y generalmente se admite la realización de contratos con contenido patrimonial entre los cónyuges. Al finalizar el matrimonio, los ex-cónyuges continúan con la administración de su patrimonio sin necesidad de ninguna liquidación.

Para la adopción de este sistema, en la mayoría de casos, se requiere una declaración expresa de parte de los cónyuges y el cumplimiento de ciertas formalidades, como su constitución por Escritura Pública, en beneficio de terceros.

B) Régimen de la comunidad universal

Todos los bienes, tanto los adquiridos antes como los que se adquirirán con posterioridad al matrimonio son considerados bienes comunes de ambos cónyuges. Al disolverse la sociedad, los bienes son repartidos en partes iguales a cada cónyuge, sin importar su origen.

C) Régimen de la comunidad relativa

Este es quizás el régimen más extendido y el que acepta la mayor parte de variaciones. En este régimen, podemos distinguir los bienes propios de cada cónyuge y los bienes comunes pertenecientes a la sociedad conyugal. Generalmente, se reconocen como bienes propios aquellos aportados al matrimonio por cada uno de los cónyuges, los adquiridos por herencia, donación o legado y los adquiridos con el producto de aquellos, aún cuando esta adquisición sea posterior al casamiento. Son considerados bienes comunes, aquellos adquiridos durante el matrimonio, producto del esfuerzo de cualquiera de los esposos o con las rentas y frutos de los bienes propios. En la mayoría de países que asumen este régimen, se presumen comunes todos los bienes y más bien se detalla con precisión aquellos que serán considerados como "propios". En otras palabras, al momento de disolución de la sociedad conyugal todos los bienes se presumen comunes salvo prueba en contrario.

D) Régimen de participación

Durante el matrimonio este régimen opera como el de separación de bienes, es decir que cada cónyuge administra y dispone de sus bienes, sin embargo reconoce un derecho de participación entre los cónyuges al momento de su disolución. Esta participación es en forma de crédito para balancear las ganancias entre los cónyuges, es decir, al momento de la disolución del régimen el cónyuge con menos gananciales adquiere un crédito que se hace efectivo sobre los gananciales del otro, de tal manera que cada uno reciba partes iguales de los gananciales.⁶⁹³

2.1.1.2 Otras instituciones

Además de los regímenes típicos, en algunas legislaciones se mantienen instituciones especiales en relación con los bienes de la mujer:

A) La dote⁶⁹⁴

⁶⁹³Zannoni, op. cit., pág. 384.

⁶⁹⁴Código Civil de Brasil, Art. 2781 y sgts; Código Civil de Argentina, Art. 1243 y sgts.

Según Borda, la dote consiste en "los bienes que la mujer, sus padres o terceros aportan al matrimonio para ser administrados por el marido..., están destinados a subvenir los gastos del hogar, son inalienables y deben ser restituidos por el marido a la liquidación de la comunidad"⁶⁹⁵.

B) Los bienes reservados⁶⁹⁶

Por su parte los bienes reservados son aquellos que la mujer administra de manera independiente, generalmente es previsto en los regímenes en que el marido es el responsable de la gestión de los bienes del matrimonio.

2.1.1.3 Capitulaciones matrimoniales⁶⁹⁷

Las Capitulaciones Matrimoniales son los acuerdos que los futuros cónyuges pactan en relación con las relaciones de orden económico que regularán su matrimonio. En estas convenciones, los cónyuges pueden adoptar uno de los regímenes antes mencionados o establecer reglas distintas apropiadas a su situación patrimonial, dependiendo del margen de discrecionalidad que la ley permita. Algunas veces se admite el pacto de éstas, sólo de manera previa al matrimonio y, en otros casos, se permite que puedan ser pactadas o modificadas durante el mismo.

2.1.2 Régimenes subsidiarios a la voluntad de las partes

El régimen de comunidad absoluta de bienes era el que más se ajustaba al principio de indisolubilidad matrimonial. Sin embargo, la transformación del matrimonio cedió paso a la posibilidad de que la voluntad de los cónyuges sea también la que determine el régimen patrimonial que deba regir su vida en común, llegándose al sistema de capitulaciones matrimoniales que les permite a los cónyuges pactar con amplia libertad lo relativo a sus bienes. A pesar de ello, y debido a la exigencia de formalidades que evidencien la voluntad de los cónyuges, en la mayoría de países se ha adoptado un sistema básico, ya sea de comunidad parcial o de participación en los gananciales, el que funciona en caso no se logre probar la existencia de otro tipo de regímenes pactado entre los cónyuges, dejándose en libertad a éstos de optar por algún otro régimen, de manera alternativa.

CUADRO: REGIMENES PATRIMONIALES					
	SEPARACION DE BIENES	COMUNIDAD UNIVERSAL	COMUNIDAD PARCIAL	REGIMEN PARTICIPACION	CAPITULACIONES
ARGENTINA			Obligatorio		

⁶⁹⁵Borda, op. cit., pág. 208.

⁶⁹⁶ Código Civil de Brasil, Art. 3101.

⁶⁹⁷ Código Civil de Chile, Art. 1715; Código Civil de Nicaragua, Art. 153; Código de Familia de Costa Rica, Art. 37.

BRASIL	x	x	Subsidiario a falta de capitulaciones		x
CHILE			Subsidiario a falta de capitulaciones	x	x
COSTA RICA				Subsidiario a falta de capitulaciones	x
GUATEMALA	x	x	Subsidiario a falta de capitulaciones		x
NICARAGUA	Subsidiario a falta de Capitulaciones				x
PERU	X		Subsidiario a falta de declaracion expresa		

Como puede verse en el cuadro anterior, los dos regímenes más comunes y que actúan subsidiariamente a la voluntad de las partes son el de comunidad parcial y el de participación en los gananciales. Es en estos regímenes, en los que vamos a centrar nuestro análisis por ser los de uso más extendido, no siendo necesaria ninguna formalidad para su vigencia.

2.1.3 Disolución de los regímenes patrimoniales

¿Qué pasa cuando al momento del divorcio, los cónyuges se ven enfrentados a la difícil decisión de tener que dividir el patrimonio compartido hasta ese momento? Cuáles son las reglas aplicables? ¿Es lo mismo dividir los bienes en el caso de un matrimonio de corta duración y sin hijos que en el caso de matrimonios con hijos pequeños o matrimonios que se divorcian después de 15 años de convivencia? Se pueden aplicar las mismas reglas ¿cuando ambos cónyuges trabajan y tienen ingresos propios que cuando uno de ellos ha permanecido en el hogar durante el transcurso del matrimonio sin aportar bienes de valor considerable al patrimonio común? ¿cuando existe un restringido patrimonio que cuando los bienes son cuantiosos? ¿Qué pasa con la economía de las mujeres después del divorcio? ¿Qué alternativas se han planteado en otros sistemas? ¿Cómo han venido funcionando?

La respuesta a estas y otras preguntas no es fácil, por el contrario es sumamente compleja. Además ésta es una problemática que no sólo va afectar el sistema de bienes sino que también está en directa relación con la posibilidad de recibir una pensión alimenticia del otro cónyuge.⁶⁹⁸ Sin embargo, para efectos de facilitar el análisis trabajaremos cada institución por separado, aunque insistimos el problema tiene que ser enfrentado en diversos niveles.

A) ¿Qué es lo que prevén los códigos?

En el caso que el matrimonio se haya regido por el régimen de separación de patrimonios, parece lo más adecuado que al momento de la disolución del vínculo, cada uno de los cónyuges continúe con la administración de sus propios bienes, mientras que tratándose del régimen de la comunidad parcial o de participación, los códigos analizados establecen la

⁶⁹⁸La cuestión sobre el derecho a alimentos a favor de los hijos comunes excede nuestro análisis, por lo que no será desarrollada en este artículo.

regla de división por partes iguales de los bienes comunes o del saldo de los gananciales a ser liquidados, respectivamente.⁶⁹⁹

Esta regla parece estar acorde con el principio de igualdad de los cónyuges y el reconocimiento del trabajo doméstico que durante muchos años no fue suficientemente valorizado, perjudicando de esta manera a la mujer al momento del divorcio. Así parece entenderlo Borda cuando afirma, comentando lo previsto por el Código Civil Argentino:

Esta disposición supone un **beneficio notable**, pero indudablemente justo, **para la mujer**. Ordinariamente es el hombre el que aporta la mayor parte si no todas las entradas al hogar; cuando al cabo de una convivencia más o menos prolongada quedan algunos bienes, casi siempre habrán sido el fruto de sus esfuerzos. Si, pues, a la disolución de la comunidad, **los bienes se liquidaran en proporción a los respectivos aportes**, tal como acontece en las sociedades comunes, la mujer recibiría muy pocos bienes, o ninguno, y ello no es justo. La vida del hogar está normalmente organizada sobre la base de que **el hombre aporte el sustento económico y la mujer trabaje en las tareas de dueña de casa y en la educación de los hijos, labores éstas que son económicamente improductivas**. Pero el matrimonio forma un todo indisoluble. Así como las tareas que la mujer desempeña permiten al hombre ocupar su tiempo en sus negocios sin las preocupaciones y trabas que de otro modo tendría, así también es equitativo que las ganancias que éste obtenga pertenezcan a ambos. Y por encima de todo está la consideración de que esa unión de cuerpos y almas que es el matrimonio es también una unión de intereses y supone lógicamente la copropiedad de todos los bienes ingresados durante ese tiempo.⁷⁰⁰

Según el esquema propuesto por Borda, la familia "típica"⁷⁰¹ sigue siendo una en donde la mujer es "ama de casa" y el hombre cumple preferentemente con el rol de "proveedor". Esta concepción de la "vida del hogar" nos parece muy provocativa ya que muestra como tradicionalmente el trabajo que las mujeres realizan en el hogar no se considera "aporte" porque es "económicamente improductivo". Vale la pena detenernos aquí y analizar esta aseveración pues esta concepción tiene como consecuencia la infravaloración de la contribución de la mujer a los bienes obtenidos durante el matrimonio y, en general, al producto material de la sociedad.

En relación con ello, debe ser revisado el concepto de "producción" como actividad económica para que en ella sean incluidas las actividades que se realizan en los hogares para la producción de bienes y servicios. Por otro lado, debe decirse que gracias a que hay un trabajo familiar que no es pagado, el varón puede participar en el mercado laboral y cumplir con su rol de "trabajador-proveedor", sin embargo, la ganancia obtenida por éste finalmente es el producto de dos esfuerzos, uno en el ámbito familiar y otro en el mercado laboral.⁷⁰²

⁶⁹⁹Esta es la regla que siguen los códigos de Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Brasil y Perú, entre otros, cuando los cónyuges no expresan su voluntad de regirse por un sistema diferente.

⁷⁰⁰Borda, op. cit., pág. 377. Énfasis Añadido.

⁷⁰¹Aunque su comentario se restringe a la realidad argentina, creemos que puede ser extendido a los demás países latinoamericanos, ya que esta concepción se repite en muchos autores "clásicos" que son lectura obligatoria de los estudiantes de derecho.

⁷⁰²Una interesante perspectiva sobre la complementariedad del modelo de familia con el del mercado ha sido desarrollada por Joan Williams. Ver Williams, Joan. *Unbending Gender: Market Work + Family Work in the 21th Century*. Oxford University Press, de próxima publicación. En el contexto de América Latina, los trabajos de Elizabeth Jelin han explorado la estructura del trabajo en el hogar y en el mercado, desde el campo de las ciencias sociales.

Por otro lado, además de la natural reacción que genera en nosotros el que se siga presentando esta marcada división de roles entre los cónyuges como la familia natural y prototípica⁷⁰³, a la que se van a aplicar las reglas de la división de bienes, no estamos de acuerdo con la afirmación sobre que esta regla suponga un "beneficio notable para la mujer". En segundo lugar, es importante hacer presente que la cuestión no se agota en la división de bienes al momento de la liquidación de la sociedad y debe ser enfrentada de manera integral en relación con la administración y disposición de bienes durante el matrimonio. En lo que se refiere a nuestro análisis, el esfuerzo por establecer una sola regla a las distintas situaciones conyugales hace que las consecuencias sean injustas en muchos casos, como trataremos de ilustrar más adelante.

B) Excepciones: Principio de culpa y beneficio a la mujer

La regla general de la división de los bienes comunes por partes iguales entre los cónyuges, se ve alterada básicamente por dos reglas: el principio de culpa y la protección a la mujer.

Como la disolución de la sociedad conyugal es, en la mayor parte de casos, consecuencia de la ruptura matrimonial, nuestros códigos han sancionado al cónyuge "culpable" del divorcio con la pérdida de los gananciales que procedan de los bienes del otro, especialmente en los casos en que existe una separación previa al divorcio. Esta regla existe en los códigos de Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Perú, justificándose en el hecho que si uno de los cónyuges no participó en la vida matrimonial, fruto de la cual son los gananciales, no tiene derecho a exigir participar en ellos por el tiempo que estuvo ausente.

En el caso de Chile, existe además una disposición que establece la regla de que la mujer hace antes que el marido las deducciones permitidas en bienes y en dinero y si no alcanzan los bienes comunes las puede deducir de los bienes del marido, de manera tal que ella no se vea afectada por las eventuales pérdidas producto de la gestión de los bienes durante el matrimonio⁷⁰⁴.

La pregunta que nos hacemos es que si estas excepciones a la regla general de división por partes iguales solucionan de alguna manera las cuestiones planteadas. Creemos que no; la existencia de una regla general para casos tan diversos como los propuestos no es afrontado por nuestras legislaciones de manera sistemática. Por el contrario, la única excepción a la regla general está orientada a equilibrar la participación de los gananciales ya que sería, a todas luces injusto que un cónyuge que no participó en el acrecentamiento del caudal común y que más bien estuvo lejos del hogar, se beneficie con los frutos ganados con el trabajo del otro cónyuge.

2.1.4 Diferencias de género en el post-divorcio

⁷⁰³En América Latina, existe una gran diversidad de estructuras familiares que rompen el mito de la familia ideal. Para el caso de Centroamérica, esta realidad está estúpidamente documentada por María Eugenia Fauné. Según un estudio, citado por ella, en Costa Rica "el país más estable y con el menor índice de pobreza en la región, (se) constató que alrededor del 50% de las familias coincidían con los rasgos de la familia nuclear conyugal típica. El resto diferían de este modelo, y en muchos casos, no presentaban siquiera los rasgos principales, ni al inicio ni a lo largo de todo el ciclo de vida familiar". Por otro lado, un estudio realizado en El Salvador concluyó que "no existía un solo tipo de familia en El Salvador, sino múltiples formas de estructura y organización familiar que diferían sustancialmente del perfil de la "familia ideal" asumida culturalmente." Ver Faune, op. cit., pág. 284.

⁷⁰⁴Código Civil de Chile, Art. 1773.

Nuestra pretensión es analizar como la variable género es importante para entender la problemática familiar en especial cuando nos enfrentamos a reglas neutrales que parecerían beneficiar a la mujer por no ser discriminatorias, pero que al ser analizadas a la luz de la realidad podrían estar perjudicando en sus efectos a una buena parte de ellas.

En ese sentido, es conveniente recordar la definición de discriminación que ha plasmado la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

Para los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.⁷⁰⁵

Es decir que para determinar si existe discriminación en contra de la mujer, no es suficiente analizar únicamente la norma legal, sino que se tiene que evaluar los resultados de estas normas. Enfocándonos en nuestra problemática, lo que queremos analizar es si acaso estas normas pretendidamente "neutrales", en la práctica perjudican a las mujeres divorciadas, especialmente a aquellas que han pasado muchos años como amas de casa y a otras que tienen a su cargo a niños de corta edad.

Según un estudio realizado en Lima, Perú, el mayor número de divorcios se presenta en los cónyuges de 25 a 45 años⁷⁰⁶, lo cual es corroborado con otra investigación desarrollada en Colombia la cual arroja que "los matrimonios que más acuden al proceso de divorcio, bien sea contencioso o de mutuo acuerdo, son los que tienen entre 6 y 10 años de duración ... [siendo] también alto el porcentaje en los matrimonios entre 2 y 5 años de duración"⁷⁰⁷.

A ello le sumamos la realidad económica de muchos matrimonios en América Latina en donde los bienes que la pareja ha podido acumular no son cuantiosos y que en un gran porcentaje son realmente escasos. Es decir "en una región en la que más de la mitad de los niños vive en condiciones de pobreza, en la que la mayoría de las familias se encuentra en la etapa de expansión, en que los servicios públicos se reducen mucho antes de haber alcanzado una cobertura universal y en la que se observa una marcada discrepancia entre las exigencias que plantean los patrones de familia internalizados y las provenientes del medio"⁷⁰⁸, nos preguntamos si es posible aplicar una división de bienes por partes iguales entre los cónyuges y cuáles son las consecuencias que la aplicación acrítica del principio de igualdad y no discriminación conlleva.

Por otro lado, esta discusión ha sido planteada también en otras realidades como la norteamericana en donde la incorporación del divorcio sin culpa y la distribución de bienes entre los ex-cónyuges así como el otorgamiento de pensiones alimenticias bajo el standard de

⁷⁰⁵Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, A.G. Res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) pág. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.

⁷⁰⁶Cabello, op. cit., pág. 538.

⁷⁰⁷Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 35.

⁷⁰⁸CEPAL. La familia en América Latina y el Caribe: algunas consideraciones sociodemográficas. Santiago, 1994, pág. 10.

igualdad entre los cónyuges, trajo como consecuencia la creación de una amplia brecha entre la situación post-divorcio de los varones por una parte y la situación de las mujeres y los niños, de la otra, en la que estos últimos experimentaban una marcada declinación de su standard de vida mientras que por el contrario, los varones lograban posiciones más ventajosas que sus ex-parejas.⁷⁰⁹

Esta investigación demostró:

cómo las reglas neutrales al género -reglas designadas para tratar a los varones y a las mujeres *igualmente*- han servido en la práctica para privar a las mujeres divorciadas (especialmente amas de casa con muchos años y madres con hijos menores) de la protección legal y financiera que las antiguas leyes le proveían. En lugar de reconocer su contribución como ama de casas y madres y en vez de compensarlas por la pérdida de oportunidades y el deterioro de su capacidad de ingresos, ahora enfrentan una ley de divorcio que las trata *con igualdad* y espera que ellas sean *igualmente* capaces de autosostenerse después del divorcio.⁷¹⁰

Aún cuando reconocemos la distancia existente entre la realidad norteamericana y la de las familias en América Latina, creemos que en este aspecto la perspectiva de género nos puede ayudar a comprender estas diferentes realidades y buscar pistas comunes que nos ayuden a encontrar propuestas legales más justas.

En esta búsqueda es necesario tener presente que el principio de igualdad de trato se aplica cuando ambas partes están en idénticas condiciones, por lo que habrá que preguntarse si mujeres y varones se encuentran en idéntica posición al momento de enfrentar un divorcio, especialmente cuando se cambia de un régimen familiar de roles interdependientes a otro que asume autosuficiencia de los cónyuges. El trato supuestamente "igualitario" en situaciones en donde los cónyuges están posicionados diferentemente puede tener y de hecho tiene resultados discriminatorios.

Por otro lado, si bien criticamos la visión de una familia en la que la división de roles es estricta, como la presentada por Borda; eso no nos impide ver con nitidez que las mujeres a pesar de participar cada vez más en el mercado de trabajo⁷¹¹, lo hacen en peores condiciones que los varones. En efecto, el hecho de que ellas continúen en la mayor parte de los casos con la responsabilidad de la crianza, hace que los trabajos de las mujeres sean más inestables, menos remunerados, y que éstas se enrolen en labores a medio tiempo o tengan que salir del

⁷⁰⁹En el caso del estado de California esto ha sido ampliamente documentado por Lenore Weitzman en su libro, op. cit., pág. 504. El sugerente análisis realizado por esta autora trajo como consecuencia una larga discusión entre los investigadores norteamericanos tanto en las revistas especializadas en el derecho de familia como aquellas orientadas a los derechos de las mujeres. Sobre esta discusión puede consultarse a Kay, Herma Hill. Equality and Difference: A perspective on No-Fault Divorce and its aftermaths, 56 U. Cin. L. Rev. 1, 80 (1987), Fineman, Martha Albertson. The Illusion of Equality: The Rhetoric and Realty of Divorce Reform. University Of Chicago Press, Chicago, 1991, pág. 252, entre otros.

⁷¹⁰Weitzman, op. cit., pág. xi.

⁷¹¹En general, la participación de las mujeres en el trabajo remunerado es ya una tendencia estructural en América Latina; en los años 80 su participación en el mercado de trabajo llegó a un 20.03%, tendencia que ha ido en aumento en los 90. Krawczyk, Miriam. Mujeres en la región: Los grandes cambios. Revista de la CEPAL, Nº 49, Santiago, Chile, abril, 1993, págs. 7-19. Sin embargo, existen marcadas diferencias entre países. Así en las dos últimas décadas Brasil, Cuba, México y Uruguay registraron incrementos de doce o más puntos porcentuales en sus tasas de actividad femenina, en tanto que Argentina, Ecuador, Guatemala, Panamá y Perú tuvieron aumentos menores a cinco puntos. Bolivia, Chile, Honduras y Venezuela registraron aumentos de ocho puntos porcentuales, pasando de 19,2% a 27,2%. Ver Mujeres Latinoamericanas, op. cit., pág. 68.

mercado temporal o definitivamente, lo cual implica pérdida de su capacidad de obtener ingresos, menor experiencia acumulada, menor calificación, etc. Todo ello tiene directa implicancia y no debe ser perdido de vista cuando -en el caso individual- nos enfrentamos con la dificultad de la división de bienes al momento del divorcio.

2.2 Distribución de la propiedad marital en el derecho norteamericano⁷¹²

El intentar trabajar de manera comparativa los dos sistemas más extendidos en América, es decir, la tradición civilista propia de Latinoamérica y la tradición anglosajona desarrollada principalmente en los Estados Unidos, nos obliga a hacer una rápida aproximación de cuáles han sido las soluciones desarrolladas por la jurisprudencia norteamericana enfrentada a la problemática que nos ocupa.

En primer lugar debemos decir que el derecho norteamericano otorga un mayor poder discrecional a los jueces, de lo que normalmente es reconocido en los países de tradición civilista, lo cual no siempre es mirado con un signo positivo. Esta mayor discrecionalidad del juez, en muchos casos suele dar lugar a una falta de certeza sobre como será resuelta una disputa, lo que estaría dando una mayor ventaja al cónyuge que tiene el tiempo, dinero y vigor para esperar la solución. Más aún algunos estudios estarían indicando que en el ejercicio de esta no controlada discreción judicial: "Los jueces como regla tienden a proteger el estandar de vida del esposo a expensas de la ex-esposa y los hijos"⁷¹³.

Mientras los códigos latinoamericanos tienden a crear principios y establecer reglas fijas, en la tradición anglosajona, ello será la excepción más que la regla. Aún así, intentaremos hacer algunas generalizaciones⁷¹⁴.

2.2.1 *Marital o community property*

Aunque cada estado define de manera independiente qué es considerado dentro de la "propiedad marital", generalmente se incluye propiedad e ingresos adquiridos durante el matrimonio. Cuando está frente a una "propiedad marital" la corte tiene el poder de dividir la misma entre las partes. Ninguna de éstas tiene un derecho automático a permanecer con algún bien en el evento de un divorcio, aún cuando el título estuviera a nombre de uno de los esposos.⁷¹⁵ Una pensión también es usualmente considerada como "marital property", aún cuando hayalla sido ganado por el trabajo de uno de los cónyuges.

2.2.2 División de la *marital property*

A) *Equally in the distribution*⁷¹⁶

⁷¹²En la jurisprudencia norteamericana la economía post-divorcio es analizada en forma conjunta tanto en relación con la *marital property* (bienes que forman parte del patrimonio común) como lo relativo al *alimony* (Derecho de alimentos entre cónyuges). Sin embargo, para una mejor comprensión nuestra aproximación la haremos siguiendo el esquema civilista analizando cada una de estas instituciones de manera separada.

⁷¹³Glendon, M.A. *Divorce law*, en *Abortion and Divorce in Western Law*, 1987, pág. 92.

⁷¹⁴En esta parte seguiremos el esquema propuesto en el libro sobre *Family Law* de la *American Bar Association*, op. cit., pág. 71 y sgts.

⁷¹⁵Salvo que el bien haya permanecido como "*non-marital property*" que son bienes mantenidos fuera de la masa conyugal a nombre de uno de los esposos, generalmente adquiridos antes del matrimonio o por herencia, aunque no todos los estados admiten esta figura.

⁷¹⁶Igualdad en la distribución.

Algunos pocos estados como California, asumen que la propiedad debería ser dividida por partes iguales entre los cónyuges. Esta aproximación supone que aún cuando las contribuciones de los cónyuges puedan ser diferentes en naturaleza, ellas contribuyen igualmente al matrimonio. Se busca que los cónyuges no gasten tiempo y dinero arguyendo quién debería recibir una mayor parte sin permitir a la corte dividir los bienes de acuerdo a las necesidades presentadas en los casos individuales.

B) *Equitable distribution*⁷¹⁷

En este caso, la corte divide la "*propiedad marital*" de la manera que piensa más justa. Una variedad de factores son considerados, los mismos que permiten flexibilidad y mayor atención a la situación financiera de ambos esposos después del divorcio. Sin embargo, el poder discrecional de la corte hace que el tema de la resolución de la propiedad sea menos predecible.

Algunos factores considerados por los estados en la aplicación del principio de "*equitable distribution*" son:

- < Bienes propios
- < Posibilidades de ingresos
- < Quién ganó la propiedad
- < Prestación de servicios en el hogar (trabajo doméstico)
- < Pérdida y disipación de los bienes
- < Falta
- < Duración del matrimonio
- < Edad y Salud de las partes
- < Consecuencias tributarias
- < Acuerdos prematrimoniales

2.3 Análisis comparado

Si tratamos de realizar un análisis comparativo entre lo que en los códigos civiles se considera en un típico régimen de comunidad parcial -que como hemos comentado anteriormente es el más generalizado por ser el subsidiario a la voluntad de las partes- encontraremos algunos de los factores mencionados entre los bienes que se consideran propios o en su defecto aquellos que se presumen comunes.

Así, el Código Civil de Guatemala establece que "el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieran durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros".⁷¹⁸ precisando más adelante que: "No obstante lo establecido en los artículos anteriores, son bienes propios de cada cónyuge los que adquiera por herencia, donación u otro título gratuito, y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la comunidad".⁷¹⁹ Mientras que se dividirán por mitad al disolverse el patrimonio común:

⁷¹⁷Distribución equitativa.

⁷¹⁸Código Civil de Guatemala, Art. 124.

⁷¹⁹Idem., Art. 127.

1. Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes;
2. Los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y
3. Los que adquiriera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.⁷²⁰

Así en ambos regímenes se trata de respetar la titularidad de los bienes que cada cónyuge aportó al matrimonio (bien propio) como la propiedad ganada durante la vigencia del matrimonio (bien común), para efectos de la distribución de los bienes al momento del divorcio. Asimismo, el principio de falta se encuentra presente cuando se sanciona el abandono injustificado del hogar conyugal por uno de los cónyuges, con la pérdida de los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan desde el día del abandono⁷²¹.

Sin embargo, encontramos otros factores que son tomados en cuenta en el sistema norteamericano a los cuales no se les ha dado la importancia que ameritan en nuestro sistema jurídico. Entre estos factores están: posibilidad de generación de ingresos, prestación de servicios en el hogar (trabajo doméstico), duración del matrimonio, edad y salud de las partes, entre otros. Estos elementos, que quizás por ser más subjetivos son difícilmente plasmados en nuestras leyes, podrían ser de suma importancia para el efecto de lograr una situación económica más balanceada entre los ex-cónyuges. Es necesario precisar que lo que buscamos es un tratamiento igualitario para los cónyuges pero no basado en una igualdad formal, sino en una igualdad substantiva que tenga resultados equitativos para las partes y no discriminatorios.

2.3.1 Asimetría conyugal

Analizamos una situación hipotética y comparemos la situación económica entre dos ex-cónyuges con posterioridad al divorcio. Varón: 45 años, con estudios superiores, con experiencia laboral en el área de 20 años y desempeñándose como empleado en la misma institución durante los últimos 15 años. Mujer: 43 años, con estudios superiores, con experiencia laboral en una empresa por 5 años, luego de los cuales se dedicó al cuidado de sus hijas por otros 6 años (2 hijas de 12 y 9 años), posteriormente sólo ha trabajado en ventas sin ningún vínculo laboral estable. Ninguno aportó bienes propios al momento de casarse, sin embargo a lo largo del matrimonio (14 años) adquirieron un carro y la propiedad de la casa en donde viven.

Si al momento del divorcio, aplicamos la regla de 50/50 para cada uno de los cónyuges respecto de los bienes adquiridos, ¿en qué condiciones quedarán? ¿Cuál es la posibilidad de generarse ingresos por parte de cada uno de ellos? ¿Podrán mantener su standard de vida después del divorcio?

Resulta relativamente fácil suponer que las posibilidades de mantener o aún elevar su standard de vida dependerá en gran parte de cómo se inserten en el mercado laboral. Suponiendo que ambos compitiesen por el mismo puesto de trabajo, ¿quién tiene "ventajas comparativas"? Obviamente una persona tendrá mejores posibilidades de inserción en el mercado laboral si además de los estudios tiene experiencia acumulada, está actualizada en el

⁷²⁰Idem., Art. 124.

⁷²¹Idem., Art. 141.

área de trabajo, tiene contacto con otras personas que están desarrollando su trabajo en el mismo campo, etc.

En ese sentido, es bastante realista pensar que el varón se encuentra ubicado en mejores condiciones que la mujer frente al mercado laboral. La mujer "perdió" la oportunidad de mantener este standard cuando tuvo que salir del mercado laboral para dedicarse a la crianza de las hijas de ambos⁷²².

Para efectos del ejemplo, sólo estamos considerando la variable relativa a la posibilidad de generarse ingresos, por supuesto la realidad es mucho más compleja si pensamos en que a esta variable se le suman muchas otras como el hecho que probablemente la mujer después del divorcio mantenga la tenencia de las niñas lo que aumenta considerablemente su carga de trabajo por el doble o triple rol que debe desempeñar y, por otro lado, las dificultades con que aún nos tenemos que enfrentar las mujeres para participar en igualdad de condiciones en el mercado laboral.

Por eso, cuando decimos que es importante que se valore la prestación de servicios en el hogar (trabajo doméstico), no sólo queremos que se le otorgue el derecho a participar en iguales condiciones que el varón al momento de la distribución de bienes, como un beneficio generosamente concedido, sino que además creemos que se tiene que ir más allá y reconocer que esta división formalmente "igualitaria" puede resultar sumamente injusta cuando los esposos están inigualmente situados.

A) Costo de las oportunidades perdidas

En efecto, al decidirse la salida del mercado laboral de uno de los cónyuges, los efectos que ello produce son asumidos de manera compartida por la pareja al reducirse sus ingresos durante el matrimonio pero, al mismo tiempo, también comparten sus ventajas, como son un mayor bienestar de los hijos y el disfrute de una cierta calidad de vida. Sin embargo, al momento de la ruptura, el costo de la depreciación de los ingresos que fueron asumidos inicialmente por ambos cónyuges son cargados a la persona que interrumpió su carrera laboral y la cual ve disminuída su capacidad de generarse ingresos⁷²³.

En ese sentido, se han desarrollado algunos modelos para estimar el "costo de las oportunidades perdidas" para efectos de conseguir una mayor equidad en la distribución del patrimonio al momento del divorcio. Uno de estos modelos ha sido desarrollado por Kathleen Funder⁷²⁴, según el cual se deberían tener en cuenta los siguientes principios:

- ⟨ Que la compensación sea por la futura pérdida de ingresos post-separación, para compensar la pérdida acumulada que determina el ingreso a la fuerza de trabajo en un nivel bajo. (No es para compensar la pérdida de ingresos

⁷²²La realidad de las mujeres que trabajan es bastante compleja y no pretendemos aquí dar ninguna regla; únicamente queremos cuestionar algunos principios muy arraigados en nuestras legislaciones. Por otro lado, tampoco pretendemos decir que las mujeres deben mantenerse en el mercado laboral de cualquier manera, pues muchos estudios han mostrado que no es tanta la diferencia entre las horas que dedica una mujer a las tareas domésticas cuando tiene un trabajo remunerado que cuando es ama de casa, lo cual revierte de diferente manera en contra de la mujer pues lo que se ve afectada es su salud. Ver Rendón, Lisa; Langer, Ana; y Hernández, Bernardo. Condiciones de Vida y Mortalidad Materna en América Latina. Revista Cubana de Salud Pública, enero-junio, 1995.

⁷²³Ver Funder, Kathleen. Australia: A proposal for reform, en Maclean, Eekelaar and Mavis. Family Law. Oxford University Press, 1994, pág. 203.

⁷²⁴Idem., pág. 205.

durante el matrimonio, pues éstos se suponen han sido soportados por la economía familiar, sino para compensar la perspectiva de menores ingresos post-separación)

- ⟨ Que la compensación sea calculada y finita, pues ésta idealmente debería ser descontada una sola vez y por toda la deuda del patrimonio común neto al momento de la separación

De otro lado, según la mencionada autora el procedimiento para hacer el pago de las compensaciones sería el siguiente:

- ⟨ Determinar el valor neto del patrimonio después de haber sido descontadas todas las obligaciones contraídas;
- ⟨ Deducir de esta cantidad neta la deuda calculada según los principios anteriores, pagable a una de las partes; y
- ⟨ Dividir lo remanente por partes iguales entre las partes.

Se puede pensar que esta descompensación entre la capacidad de generarse ingresos en los ex-cónyuges podría verse resuelta mediante el otorgamiento de pensiones alimenticias⁷²⁵ a favor del cónyuge perjudicado -y que la realidad nos indica que en casi la totalidad de casos es la mujer-. Sin embargo, creemos que existe una diferencia importante entre el otorgamiento de una pensión alimenticia que se rige básicamente por el principio de "necesidad del alimentista y capacidad del alimentante", lo que la hace reajutable de acuerdo a ello, y, por otro lado, la contribución que cada parte ha hecho a la economía del matrimonio. No estamos hablando aquí únicamente de reconocerle una pensión a la esposa como "ayuda" a su sobrevivencia sino del derecho que ella tiene a que se reconozca su contribución no monetaria al patrimonio conyugal en el momento de la distribución de los bienes.

Esta propuesta sin embargo, tiene algunas limitaciones en su aplicación. El costo de las oportunidades perdidas, puede verse muy claramente en el ejemplo propuesto en donde ambos cónyuges gozan de similar nivel educativo y por tanto -en teoría al menos- similares posibilidades de desarrollarse en el mercado de trabajo. Sin embargo, si pensamos en casos en donde los cónyuges no tienen el mismo nivel educativo, y es la mujer la que no tiene profesión justamente porque se dedicó a la crianza de los hijos e hijas, ¿cómo se haría este cálculo? ¿cuáles son sus oportunidades perdidas en el mercado? Comenzar el ejercicio partiendo de cuáles habrían sido sus oportunidades educativas o de calificación si no hubiera asumido la crianza, nos parece excesivo, pero atenernos a las posibilidades que el mercado le ofrecerá a esta mujer, nos parece injusto. Por ello, frente a los límites de esta teoría han surgido novedosas propuestas como la que detallamos a continuación.

B) Trabajo en la familia y trabajo en el mercado

En relación al carácter de las contribuciones de cada cónyuge al patrimonio familiar, en el interesante trabajo desarrollado por Joan Williams⁷²⁶, se sostiene que la devaluación del trabajo realizado en el hogar y la calificación de este trabajo como "improductivo" o "hecho por amor" ha tenido como consecuencia que los esposos obtengan un beneficio económico directo proveniente del trabajo familiar desarrollado por la esposa. En ese sentido, se analiza que la participación en el mercado laboral en un trabajo a tiempo completo, por ejemplo, no sería

⁷²⁵Ello lo revisaremos en la siguiente sección.

⁷²⁶Williams, op. cit., Chapter 4. Deconstructing the Ideal Worker Norm in Family Entitlements.

posible si este "trabajador ideal" no cuenta con el soporte del trabajo realizado en la familia – usualmente por la esposa-. Por ello, al momento de valorizarse los bienes y definirse su titularidad, se propone que en la medida que el aporte económico es producto de un trabajo conjunto (en el mercado y en la familia), los bienes deben pertenecer a ambos cónyuges por igual.

La propuesta va mas allá todavía y plantea que aún después del divorcio, la esposa al asumir en la gran mayoría de casos el cuidado de los niños o niñas, estará realizando un trabajo que le permite al varón continuar en el mercado desempeñándose como trabajador a tiempo completo, por lo que la mujer conservará el derecho a una parte de los bienes que adquiera el ex-esposo, puesto que estos bienes siguen siendo producto de un trabajo conjunto, en el mercado laboral y en la familia.

2.3.2 Bienes no tradicionales

Otro elemento que creemos debe tenerse en cuenta es la existencia de ciertas inversiones durante el matrimonio que pueden dar frutos a uno de los cónyuges en desmedro del otro. Ello es importante sobre todo en países en donde la educación es un valor fundamental y la posibilidad de acceder a mejores condiciones de vida.

Como sabemos, una gran parte de familias en Latinoamérica tiene relativamente pocos bienes tangibles (carro, inmuebles, joyas, acciones) que repartir al momento del divorcio. Sin embargo, muchas veces existen determinados bienes intangibles que son importantes y quizá más valiosos y que son considerados parcialmente en nuestras legislaciones.

En la jurisprudencia norteamericana estos otros bienes se han venido en llamar "*career assets*". El término "*career assets*" hace referencia a un amplio número de formas no tradicionales de propiedad como son: pensiones y beneficios de jubilación, licencia para la práctica de una profesión o negocio, seguros de salud, reputación de negocios, derechos a la participación de compañías de bienes o servicios, calificaciones profesionales, etc.

A) Pensiones⁷²⁷

En Argentina, por ejemplo, se reconoce como bien propio de cada cónyuge las jubilaciones⁷²⁸ y pensiones⁷²⁹. Según Borda, el derecho a estos beneficios son personalísimos, si bien reconoce que las "mensualidades percibidas durante el matrimonio tienen, desde luego, naturaleza ganancial, y por tanto los bienes adquiridos con ellas también lo son".⁷³⁰ Nosotros creemos que desde el momento que las pensiones de jubilación son generadas por el trabajo realizado durante el matrimonio, son bienes comunes. En ese sentido, Zannoni⁷³¹ distingue entre "el derecho" a la jubilación o pensión que es un derecho personal del cónyuge, y lo percibido por jubilación o pensión que sería por analogía un "fruto civil" y por tanto un bien ganancial, sujeto a división entre los cónyuges. Este tipo de beneficio es importante por

⁷²⁷La consideración de las pensiones como patrimonio común puede revestir mayor interés actualmente cuando en la región se está pasando de regímenes estatales de seguridad social en donde las pensiones eran más o menos homogéneas para todos los trabajadores a un sistema privado de pensiones en donde éstas dependerán de los ingresos alcanzados individualmente, creando ciertas expectativas, máxime si le sumamos el hecho de la asimetría en la capacidad de generarse ingresos que analizamos en el punto anterior.

⁷²⁸Pensión que recibe el cónyuge al momento del retiro del trabajo.

⁷²⁹Pensión que se genera a la muerte de la persona.

⁷³⁰Borda, op. cit., pág. 248.

⁷³¹Zannoni, op. cit., pág. 456.

ejemplo cuando nos enfrentamos a parejas que se divorcian después de matrimonios prolongados en donde el beneficio efectivo sólo es percibido cuando la persona se jubila, lo cual puede producirse con posterioridad al divorcio; entonces sería importante que se considere como bien ganancial no sólo las mensualidades percibidas sino también las que aún no han ingresado al patrimonio común pero que fueron generadas durante el matrimonio.

Un segundo problema, difícil de resolver por cierto, es cómo se valorizan y se dividen estos "ingresos diferidos". Al respecto habrían por lo menos hasta dos aproximaciones.⁷³² La primera es que se haga un cálculo aproximado del beneficio esperado, de tal manera que éste sea considerado en el patrimonio a ser dividido entre los cónyuges. Sin embargo, como este es un "bien" que aún no ha ingresado de manera efectiva, esta fórmula podría ser complicada y hasta injusta. Por ello la segunda opción es que se le reconozca al otro cónyuge el derecho a percibir un porcentaje de la pensión cuando ésta sea percibida en forma efectiva. Nuevamente, tenemos que hacer la distinción que, en este caso, el porcentaje percibido no tiene la característica de "Pensión alimenticia" puesto que tiene su origen en el patrimonio que es común a ambos cónyuges por efectos del matrimonio. Es decir, el porcentaje que pueda ser fijado, puede serlo limitado a un tiempo hasta que se llegue a la cantidad fijada o puede pactarse de manera permanente, sin que se pueda ver modificado por el cambio de la situación de los ex-cónyuges, como suele suceder con las pensiones alimenticias.

B) Estudios

La importancia que representa la inversión en los estudios de uno de los cónyuges en las familias que se enfrentan a la problemática del divorcio, se ha demostrado en algunas investigaciones como la ya citada realizada en el Perú.

Según la autora,

la mayor incidencia de divorcio se da en aquellas personas de mejor grado de instrucción por su tipo de ocupación, es el caso de los profesionales, empleados y miembros de una institución militar o policial y estudiantes preeminentemente de instrucción superior, la excepción la constituye el rubro *su casa* para las cónyuges⁷³³.

Dichos resultados guardan relación con lo hallado en el estudio de Colombia, según el cual los cónyuges que más acuden al proceso de divorcio, son los de clase media⁷³⁴. Estos estudios estarían sugiriendo que si bien la educación y profesionalización de los cónyuges es una característica importante en los casos de divorcio, ésta puede ocultar desigualdades de género cuando aparece la categoría *su casa* como la más concurrida en el caso de las mujeres⁷³⁵.

En los Estados Unidos, una investigación en la que se entrevistó a una muestra de personas que representaban la población de parejas divorciadas arrojó que uno de cada seis

⁷³²Weitzman, op. cit., pág. 120.

⁷³³Cabello, op. cit., pág. 539. Énfasis añadido.

⁷³⁴Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 35.

⁷³⁵Según el estudio de Cabello, el mayor porcentaje de mujeres corresponde a la categoría "su casa" con un 33.74 % seguida de "empleada" con un 27.19%, mientras que para los varones la categoría ocupacional más concurrida es la de "empleado" con un 40.43% seguida de "profesional" en un 18.18%. Cabello, op. cit., pág. 539.

esposos había adquirido alguna educación durante los años de matrimonio⁷³⁶. Más aún, se encontró que las situaciones más graves correspondían a casos en los que uno de los cónyuges -usualmente la esposa- mantuvo la carrera profesional del otro cónyuge con la expectativa que ella compartiría los frutos de su inversión a través de la capacidad de generarse ingresos por parte del esposo, lo cual no sucede cuando el divorcio sobreviene al corto tiempo de haberse completado los estudios.

Algunas alternativas que se plantean a esta problemática han sido el reembolso de la inversión y, de otro lado, el pago de una compensación.⁷³⁷ En el primer caso, se reconoce un derecho de reembolso cuando se demuestra que el cónyuge perjudicado ha contribuido de manera importante a la educación o capacitación de su pareja, siempre y cuando el divorcio ocurra en los 10 años posteriores. Esta limitación se debe a que se presume que durante los 10 años siguientes la esposa que contribuyó puede beneficiarse de los mayores ingresos producto de la capacitación del cónyuge. En el segundo se le reconoce un derecho de pensión en beneficio del cónyuge perjudicado.

Las formas de valoración de la educación profesional puede ser calculada en base a los costos incurridos o a los beneficios generados⁷³⁸. Con el primer método se calcula los costos financieros de la educación al momento en que ésta fue adquirida tomándose en cuenta, no sólo el costo académico sino también el costo de los libros, transporte y en general cualquier otro gasto relacionado. La segunda aproximación es un tanto más difícil pues está en relación con la capacidad de generación de ingresos que tiene el esposo que recibió la educación. En ese caso, el monto de los beneficios a que tendría derecho el otro cónyuge resultaría de calcular el valor actualizado de la capacidad de ingresos del esposo que recibió la educación, substrayendo el valor actualizado de la capacidad de ingresos que éste tenía previamente así como el valor actualizado de los costos de la educación.⁷³⁹ La diferencia será la ganancia de la inversión que el cónyuge que no estudió debería compartir.

Aún cuando nos parezcan de difícil aplicación estos principios, debemos tener presente el valor creciente que este tipo de bienes tienen hoy en día para la familia en Latinoamérica. Este mayor valor se debe en parte a las dificultades económicas propias que atraviesan nuestros países y, en parte, debido a los cambios del mundo moderno. Actualmente las personas invierten más en su formación y su capacidad de generarse ingresos que en otras épocas. Por ello, si no se tiene en cuenta el valor de estos bienes cuando se hace una liquidación de la sociedad conyugal, podría estarse dejando por fuera un importante patrimonio común.⁷⁴⁰

⁷³⁶Weitzman, op. cit., pág. 124

⁷³⁷Idem., pág. 127 y sgts.

⁷³⁸Idem., pág. 131 y sgts.

⁷³⁹Weitzman cita el ejemplo de un caso médico en Wisconsin, en donde se utilizó este método. En primer lugar se comparó el promedio de ingresos de las familias de médicos en ejercicio con el promedio de ganancia de hombres blancos con 5 o más años de de educación universitaria. La diferencia entre éstas dos figuras fue de \$ 24,976 por año. Sobre un cálculo de 25 años de vida laboral la diferencia ascendió a \$ 624,400. Se calcularon los ingresos que el esposo habría obtenido si no hubiera ido a la escuela de medicina, deduciéndose de la cantidad previamente determinada, resultando una cantidad aproximada entre \$ 110,837 y \$132,402, dependiendo de los valores de actualización aplicados. Ver Weitzman, op. cit., pág. 132.

⁷⁴⁰Una institución que es muy importante tener en cuenta y que ameritaría un mayor estudio sobre su aplicación práctica es la "atribución del hogar conyugal" que aparece por ejemplo en la legislación argentina en los casos de divorcio por demanda conjunta. Código Civil de Argentina, Art. 236.

Ahora bien, una institución muy importante que es necesaria tomar en cuenta cuando analizamos el fenómeno de la economía post-divorcio es el derecho a alimentos entre los ex-cónyuges que es el punto a analizar en la siguiente sección.

3. Derecho alimentario entre ex-cónyuges

La prestación de alimentos entre los cónyuges es una de las formas en que se expresa el deber de asistencia propio del matrimonio, por ello al reconocerse al hombre tradicionalmente el deber de sostener económicamente a la familia, se le confería a la mujer el derecho de percibir alimentos de parte del marido, aún en los supuestos de separación.

La mayor autonomía de la mujer y su reconocimiento como titular de deberes y derechos en igualdad de condiciones con el varón hizo que esta concepción cambie, aceptándose el hecho que al cesar estos derechos y obligaciones matrimoniales con el divorcio, cesara también la obligación de prestar alimentos entre ex-cónyuges. Sin embargo, las legislaciones muestran una diversidad de soluciones, en atención a la situación de los ex-esposos y a las posibles nefastas consecuencias que podrían resultar de no reconocerse el derecho alimentario en algunos casos.

3.1 Codificación Latinoamericana

El Código Civil Peruano establece como regla general que "por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer"⁷⁴¹ Sin embargo, seguidamente se contemplan algunas excepciones:

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otros medios, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

...

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio⁷⁴².

De manera tal que si bien la regla dice que el derecho a alimentos se extingue, ésta puede verse alterada en dos casos, básicamente por el *principio de culpa* y por el *estado de necesidad*.

3.1.1 Principio de culpa

A pesar que, como hemos dicho, el principio de culpa esta siendo superado en los casos de divorcio por el divorcio-remedio, el mutuo acuerdo y aún por el divorcio por ruptura de la vida en común, en materia de alimentos sigue jugando un rol importante.⁷⁴³ En ese sentido,

⁷⁴¹ Código Civil de Perú, Art. 350.

⁷⁴² Idem.

⁷⁴³ En el caso del estudio hecho en el Perú el porcentaje de divorcios por causal asciende a un escaso 20.3% en comparación con el divorcio por mutuo disenso 79.6%. Por su parte, en Colombia las cifras son de 30% y 70 % respectivamente, bastante similares. Ver Cabello, op. cit., pág. 533; Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 21.

la mayoría de códigos estudiados sanciona al cónyuge culpable al pago de una pensión alimenticia, algunas veces sumando a ello algunas condiciones que evidencien la necesidad del otro cónyuge y otras basándose únicamente en el hecho de la falta⁷⁴⁴.

Así en el caso argentino se establece que "el cónyuge que hubiere dado causa a la separación personal ..., deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos."⁷⁴⁵ En dicho caso, la regulación de la pensión de alimentos se configura primordialmente como sanción al "causante" de la separación. Por ello si el otro dió razones para la misma, no tendrá derecho a exigir dicha pensión.

Por su parte el Código Peruano, antes citado combina dos criterios: No basta con la existencia de la culpa sino que además el cónyuge solicitante de los alimentos deberá probar que carece de bienes o que se encuentra imposibilitado de trabajar, para que se efective la pensión alimenticia.⁷⁴⁶

3.1.2 Alimentos a la cónyuge

Si bien el principio de culpa no hace distinciones entre varón y mujer, en la generalidad de los casos cuando se concede una pensión alimenticia es en beneficio de la mujer. Así lo revelan las estadísticas para el caso peruano. Según el estudio ya citado de Cabello, en los casos que se pudo determinar el otorgamiento de pensión alimenticia, el porcentaje de mujeres que recibe alimentos fue del orden del 67.61% mientras que las que renunciaron a este derecho fue de 26.7%⁷⁴⁷. No se reporta ningún caso en que el varón sea el que perciba la pensión, lo cual en la práctica es excepcional.

De tal manera que podríamos decir que la regulación de alimentos entre los ex-cónyuges es una institución que afecta especialmente la vida de las mujeres pues son ellas las que van a ser las beneficiarias reales de las pensiones. Lo contrario, asumir el análisis de esta institución de manera "neutral" en términos de género nos llevaría a caer en una de las formas más características de sexismo como es la *insensibilidad al género*⁷⁴⁸.

Sin embargo, ello no quiere decir que avalemos una norma como la vigente en el Código Civil de Guatemala que establece una norma expresa en relación con las posibilidades de que la mujer acceda a una pensión alimenticia:

La mujer inculpable gozará de la pensión alimenticia..., la cual será fijada por el juez, si no lo hicieren los cónyuges, teniendo en cuenta las posibilidades de quien debe prestarla y las necesidades de quien ha de recibirla.⁷⁴⁹

⁷⁴⁴El principio de culpa se encuentra presente en los códigos de Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala y Perú, entre otros. La excepción la constituye el código de Nicaragua que otorga derecho a pensión a los ex-cónyuges únicamente basado en el principio de necesidad, lo cual guarda relación con la regulación del divorcio que tiene como causal exclusiva la ruptura de la vida en común.

⁷⁴⁵Código Civil de Argentina, Art. 207.

⁷⁴⁶Código Civil de Perú, Art. 350.

⁷⁴⁷Los casos estudiados comprenden tanto divorcios por causal como por mutuo disenso. Cabello, op. cit., pág. 535.

⁷⁴⁸La insensibilidad al género se presenta cuando se ignora la variable sexo como un avariable socialmente importante, por ejemplo en los efectos que pueden tener las leyes o políticas. Sobre las diversas formas de sexismo ver Facio, op. cit., pág. 89 y sgts.

⁷⁴⁹Código Civil de Guatemala, Art. 169.

añadiendo que:

La mujer goza de la pensión mientras observe buena conducta y no contraiga nuevo matrimonio. El marido inculpable tendrá derecho a pensión sólo cuando esté imposibilitado para dedicarse a trabajos que le proporcionen medio de subsistencia y no contraiga nuevo matrimonio⁷⁵⁰

Según esta norma, el hecho de que se le conceda una pensión alimenticia a la mujer, da derecho a que se establezca una estricta vigilancia sobre su comportamiento en salvaguarda de "la moral", chantajeándosele con la pérdida de tal derecho si incurre en actos de "mala conducta". Mientras que, aún cuando se imponen condiciones más estrictas al varón - al cual sólo se le concede pensión en caso de verdadera necesidad (no poder proveerse de subsistencia)- su moralidad (buena o mala conducta) no es cuestionada y no interfiere en el reconocimiento de su derecho a percibir una pensión. Configurándose así, surge un caso más del doble parámetro que es aplicado para efectos de reconocer "deberes y derechos" entre varones y mujeres.

Pues bien, cuando decimos que no podemos perder de vista que el otorgamiento de pensiones alimenticias posteriores al divorcio es una problemática que afecta especialmente a las mujeres, no queremos regresar a formulaciones como la de Guatemala, sino que queremos evidenciar cuál es la realidad en donde se aplica la formulación teórica para efectos de buscar salidas adecuadas para el objeto de nuestro estudio que son las diferencias de género en las consecuencias económicas del divorcio.

3.1.3 Alimentos en el divorcio sin culpa

La obligación de pasar una pensión alimenticia por parte del cónyuge que solicita el divorcio, en los casos en que no hay una "falta", se establece en consideración a la situación del otro cónyuge, que al verse divorciado puede perder un importante apoyo para su sobrevivencia.

Así el Código Civil de Argentina, establece que en el caso de divorcio por imposibilidad de vida en común (trastornos psíquicos, alcoholismo o drogadicción), el cónyuge enfermo tiene derecho a ser socorrido por el otro, quien además debe procurarle los medios necesarios para su tratamiento y recuperación⁷⁵¹.

Sin embargo, el Código Civil de Brasil además de prever la posibilidad de pensión alimenticia para el caso de divorcio basado en una dolencia grave, establece el mismo derecho en el caso de divorcio por ruptura de la vida en común. Según ello, el cónyuge que tiene la iniciativa de separación continuará con el deber de asistencia al otro⁷⁵². Este supuesto tiene su antecedente en la ley francesa de 1975, en la que si bien se permitió el divorcio basado en una "prolongada ruptura de la vida en común", el cónyuge que lo solicita tiene que asumir todos los costos del procedimiento y además continúa obligado al deber de asistir al otro cónyuge.⁷⁵³

Esta previsión de la ley francesa, presente en la codificación del Brasil, ha sido criticada al considerarse que estos pagos permanentes, de alguna manera representan la continuación

⁷⁵⁰Idem.

⁷⁵¹Código Civil de Argentina, Art. 208.

⁷⁵²Ley No. 6.515, de 26 de diciembre de 1977, Art 26.

⁷⁵³Glendon, op. cit., pág. 85.

de una limitada forma de matrimonio, de tal manera que casi el único beneficio obtenido por el demandante es el poder volverse a casar legalmente⁷⁵⁴.

Frente a ello, surge la alternativa seguida *in extenso* en los Estados Unidos de considerar que los cónyuges son autosuficientes, por lo que no se reconocen alimentos a favor de ellos después del divorcio a menos que se demuestren "necesidades especiales" que lo justifiquen⁷⁵⁵. Este principio ha tenido como consecuencia, en un gran número de casos, el empobrecimiento de las mujeres, especialmente cuando éstas se convierten en jefas de hogar teniendo a su cargo a los niños, independientemente de que se haya reconocido pensiones alimenticias a favor de los menores.

3.1.4 Cuando hay hijos en la pareja

Según los datos analizados en la sección 2, el mayor número de divorcios se presenta entre personas jóvenes y con matrimonios entre 6 y 10 años de duración⁷⁵⁶, lo cual quiere decir que en un alto porcentaje de casos habrán hijos menores de edad, que usualmente quedarán a cargo de la madre⁷⁵⁷. De manera tal que estas mujeres deben afrontar los gastos del grupo familiar (ella y sus hijos), contando teóricamente con que el padre contribuirá económicamente en lo que respecta a los gastos de los hijos.

Una primera reflexión que es importante hacer es si el sostenimiento económico para los hijos debe ser distribuido por igual entre los padres cuando la obligación de uno de ellos es principalmente económica a través de pagos periódicos⁷⁵⁸ mientras que la otra parte -la mujer- además de la contribución económica debe proveer de cuidado a los hijos menores, quien por añadidura tiene desventajas estructurales en el mercado laboral. Ello podría ser causa suficiente para que el hecho de tener hijos menores o dependientes, se reconozca como circunstancias que ameritan el pago de una pensión en favor de las ex-esposas.

En ese sentido, resulta "paradójico que una vez finalizado el proceso [de divorcio], sea la mujer quien asuma la casi totalidad de los costos del sustento familiar, considerando que, en términos generales, tiene un nivel de ingresos inferior al del hombre o..., no suele trabajar durante el matrimonio".⁷⁵⁹

Otra arista del problema es lo que ocurre en la práctica. Los padres desatienden muy rápidamente la obligación impuesta de pasar una pensión en favor de sus hijos y es la mujer la que se ve en la necesidad de resolver las cuestiones económicas de la familia, a costa de mucho sacrificio y con la única alternativa legal del consabido "juicio de alimentos" que largamente es uno de los más concurridos procesos en los Juzgados de Familia.

El problema es aún más complicado si pensamos en que las consecuencias no sólo se revelan en los aspectos económicos sino que tiene efectos mucho más profundos, tal como lo sugiere la siguiente aseveración:

⁷⁵⁴Idem., pág. 85.

⁷⁵⁵Idem., pág. 93.

⁷⁵⁶Ver sección 2.1.4

⁷⁵⁷La experiencia nos indica que es la madre la que asume la custodia y crianza de los hijos menores, no es éste el lugar para cuestionar tal hecho ni sus causas o posibles consecuencias.

⁷⁵⁸Otro problema que se suma a los analizados son las altísimas tasas de incumplimiento del pago de pensiones alimenticias por parte de los varones en latinoamérica así como en otros países.

⁷⁵⁹Mujer y Divorcio, op. cit., pág. 19.

Desde un punto de vista psicológico y analizando esta situación, se ha observado como este tipo de carga económica para la mujer termina llevándola a una reconciliación muchas veces en contra de su voluntad o de sus intereses personales, por sentirse francamente sobrecargada, económicamente. O también termina metiéndose en una nueva relación de pareja *de afán*, sin ser lo que ella quisiera por las mismas razones, o termina aceptando situaciones que antes consideraba inadmisibles y afectando con ello su autoestima. Esto podría llevar a la conclusión que el hombre sigue manteniendo el poder y el control de la relación a través del manejo de los aspectos económicos⁷⁶⁰.

La discusión la dejamos planteada pues creemos que amerita por sí misma un debate *in extenso*.

Sin embargo, en lo que respecta al otorgamiento de pensiones alimenticias entre ex-cónyuges, creemos que es importante repensar el tratamiento formalmente igualitario entre los cónyuges, en especial cuando estamos ante casos de mujeres que quedan a cargo de hijos dependientes.

En relación con la custodia de los hijos e hijas menores después del divorcio, se deberá tener en cuenta que en la gran mayoría de casos las mujeres son las que asumen la responsabilidad de la crianza. En los Estados Unidos, el 90% de las madres divorciadas permanecen a cargo del cuidado de los niños o niñas⁷⁶¹ e igualmente en Latinoamérica, en la mayoría de casos la madre es quien asume la custodia o patria potestad de los menores. En los casos estudiados en el Perú, el porcentaje fue de un 88.1% mientras que en Colombia fue de un 83.9%.⁷⁶²

Si pensamos que basta con el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor de los menores para evitar el marcado empobrecimiento de las mujeres en la etapa post-divorcio, debemos aceptar que generalmente lo que se otorga como pensión alimenticia es una cantidad mínima que sólo contribuye a la subsistencia de los hijos e hijas. En efecto, las pensiones alimenticias son diminutas y no cubren en absoluto todas las necesidades de los menores -sin mencionar que es difícil garantizar su pago efectivo- de tal manera que estas necesidades deben ser absueltas por la persona que tiene a su cargo a los menores. En ese sentido, aplicar el principio de igualdad formal entre los cónyuges, sin mirar esta realidad, tiene como resultado la agudización del empobrecimiento de las mujeres.

Lo que queremos evidenciar es que en materia de alimentos entre ex-cónyuges, no se puede tomar en cuenta únicamente la capacidad de las mujeres de encontrar un buen trabajo (y aquí vamos a afrontar problemas estructurales del mercado que paga menos a las mujeres), o con cuánto ella cuenta después del divorcio (que dependerá de cómo se valoriza su trabajo "familiar") sino que también cuáles son las responsabilidades que las mujeres asumen luego del divorcio (cuidado de los hijos e hijas), pues estas responsabilidades pueden significarle una mayor carga de trabajo, lo mismo que tendrá impacto en las menores posibilidades de mantenerse o entrar en el mercado laboral.

Abstraer esta realidad, hace que apliquemos el principio de igualdad en el vacío y que tengamos como paradigma personas autosuficientes, sin carga familiar, con posibilidades de

⁷⁶⁰Idem.

⁷⁶¹Ver Carbone, June. Redefining Family as Community, 31 Hous. L. Rev. 359, 385 nota 135 (1994); Child Support Enforcement Amendments of 1984 (42 U.S.C. 651).

⁷⁶²Ver Cabello, op. cit.; Mujer y Divorcio, op. cit.

competir en igualdad de condiciones en el mercado laboral, etc. En una palabra, nos basamos en la norma masculina y dejamos de ver la realidad que afrontan las mujeres en la vida real.⁷⁶³

3.1.5 Estado de necesidad

Al comenzar esta sección habíamos dicho que la regla sobre la extinción del derecho a alimentos entre ex-cónyuges puede verse alterada básicamente en dos casos, por el *principio de culpa* y por el *estado de necesidad*. Ahora nos toca analizar cuáles han sido los criterios más importantes tomados en cuenta por las legislaciones estudiadas, en relación a este último.

La situación de precariedad económica es reconocida como causa suficiente en los códigos para que se le reconozca derecho a pensión alimenticia a los ex-cónyuges, aún a pesar de haber sido "causante" del divorcio⁷⁶⁴, obedeciendo desde luego a la regla general de que la pensión alimenticia es regulada según las posibilidades de quien deba prestarla y las necesidades de quien la recibe.

Sin embargo, en otros casos se establecen criterios específicos a ser valorados por el juez para efectos de ordenar pensiones alimenticias posteriores al divorcio. Así el Código Civil de Nicaragua expresa que "Si no hay acuerdo, entre los cónyuges, el Juez en la sentencia establecerá una pensión alimenticia para el cónyuge que esté imposibilitado para trabajar por razones de *edad, enfermedad grave o cualquier causa valorada por el juez*"⁷⁶⁵

Por su parte la ley argentina, establece los siguientes criterios a ser considerados por el juez, cuando se halle en la decisión de determinar una pensión alimenticia para un cónyuge que no hubiese dado causa al divorcio⁷⁶⁶:

- < Edad
- < Estado de salud
- < Dedicación al cuidado y educación de los hijos, a quién se le otorga la guarda de ellos
- < Capacidad laboral y probabilidad de acceso a un empleo
- < Eventual pérdida de un derecho de pensión
- < El patrimonio después de disuelta la sociedad conyugal
- < Las necesidades de cada uno de los cónyuges

Como es evidente algunos de estos criterios son específicamente en atención a la situación que enfrentan las mujeres, como son la dedicación al cuidado y educación de los hijos así como la capacidad laboral y probabilidad de acceso a un empleo. Creemos que estos criterios no sólo deben ser considerados cuando se está frente a un cónyuge "inocente" sino en todos los casos de divorcio, aún en los de mutuo acuerdo, en donde los jueces generalmente cumplen con la labor de supervisar y aprobar lo convenido entre los cónyuges.

⁷⁶³Al respecto, Cecilia Grossman menciona que la jurisprudencia argentina al interpretar el criterio jurídico de igualdad de los cónyuges, ha establecido que "para evitar injusticias, corresponde analizar cada caso particular ya que debe respetarse las modalidades y desenvolvimiento de cada matrimonio". Según esta autora, ello implica la consagración del "principio ético de igualdad", que implica que "debe exigirse a cada uno de los esposos la satisfacción de las prestaciones que están en condiciones de cumplir, atendiendo a las posibilidades, al medio social, a las costumbres y a todas las demás circunstancias propias que vive el matrimonio". Ver Grosman, Cecilia e Martínez, Irene. Alimentos entre cónyuges durante la convivencia. Ley 23.515, en La Ley T.1988-E. Sec. Doctrina.

⁷⁶⁴Código Civil de Perú, Art. 350; Código Civil de Argentina, Art. 209.

⁷⁶⁵Ley Nº 38 de Nicaragua, Art. 14. Énfasis añadido.

⁷⁶⁶Código Civil de Argentina, Art. 207, según la Ley 23.515, Junio 1987.

Dejaremos por un momento el análisis de la legislación latinoamericana para hacer una breve revisión de como se viene enfrentando esta problemática en norteamérica y ver si ello nos puede proporcionar algunos elementos que nos ayuden en nuestro análisis.

3.2 Alimentos entre ex-cónyuges en la jurisprudencia norteamericana⁷⁶⁷

Una primera e importante diferencia a establecerse con la tradición civilista es que el concepto de *alimony* se refiere únicamente a los alimentos entre cónyuges y tiene un desarrollo independiente -aunque paralelo- al *child support* que está referido a la obligación de asistencia respecto de los hijos. Para efectos de nuestro estudio, únicamente trabajaremos lo relativo al *alimony*.

3.2.1 Tipos de *alimony*

Los tipos de *alimony*, según la forma en que son otorgados, son los siguientes:

- < *Como pago periódico*: Es la forma clásica en que han sido otorgados los alimentos, es decir en forma de pensión.
- < *Alimentos en "lump sum"*: Es una cantidad fija que se paga en una sola vez por alguna circunstancia especial que así lo justifique. Puede ser usado con el carácter de "reembolso" y podría significar un cierto beneficio en relación con los impuestos del que está obligado.

Entre los que son pagados en forma de pensión, podemos distinguir los siguientes:

- a) *Pendente litis*: Otorgados mientras dura el juicio de divorcio, luego de éste pueden desaparecer o convertirse en uno de otro carácter.
- b) *Permanentes*: Como su nombre lo indica, son aquellos otorgados con carácter indefinido. Las principales causas para que cesen los pagos son la muerte del que recibe los alimentos, un nuevo matrimonio, cohabitación con otra pareja y también un importante cambio en las circunstancias de cualquiera de las partes.
- c) *Alimentos como Rehabilitación*: Generalmente son otorgados por un período de tiempo y son sujetos a revisión al final de dicho período. Son otorgados para permitir a uno de los esposos adquirir una mejor posición económica con el fin de lograr ser autosuficiente. También son dados al esposo/a que permanece en casa con los niños hasta que se considere tiempo para que el padre/madre pueda buscar un trabajo fuera del hogar.
- d) *Alimentos como Reembolso*: Es otorgado para reembolsar a uno de los esposos por los gastos incurridos por el otro cónyuge. Ello ha sido

⁷⁶⁷ Al igual que en la sección referida a regímenes patrimoniales, para efectos de presentar el desarrollo norteamericano seguiremos el esquema propuesto en el libro sobre *Family Law* de la *American Bar Association*, op. cit., pág. 94 y sgts.

utilizado en los casos en que un esposo ayudó al otro a lo largo de una carrera o especialización y la pareja se divorcia tan pronto como los estudios han terminado. El esposo o esposa que se hizo cargo de la familia durante dicho período podría obtener una pensión de alimentos como una devolución por los recursos gastados. Ej.: Enfermera que se casa con estudiante de medicina y asume los gastos de la familia hasta que el esposo se titula y cuando éste se titula se produce el divorcio. Alternativamente el juez le puede dar una mayor parte en la división de la propiedad⁷⁶⁸, sin embargo, si la pareja recién está comenzando es probable que no tengan muchos bienes adquiridos.

3.2.2 Criterios para otorgar *alimony*

Los criterios para otorgar el *alimony* son los siguientes:

- < Ingresos y propiedad de cada parte
- < Capacidad de adquirir ingresos por cada cónyuge
- < Detrimento en la capacidad de tener ingresos
- < Niños a cargo
- < Estandar de vida durante el matrimonio
- < Duración del matrimonio
- < Contribución de uno de los cónyuges en el mantenimiento para la educación o carrera del otro cónyuge
- < Falta
- < Acuerdos prematrimoniales

3.3 Análisis comparado

En primer lugar queremos decir que el hecho de tomar la jurisprudencia norteamericana para efectos de nuestro análisis no quiere decir que estemos en la creencia que esta sociedad ha resuelto los problemas económicos a que deben enfrentarse las mujeres en el post-divorcio. Por el contrario, sabemos que la realidad dista mucho de ello y que sólo en el 15% de casos de divorcio o separación se otorga *alimony*⁷⁶⁹. Sin embargo, ello no impide que analicemos los criterios desarrollados y veamos si estos nos pueden resultar útiles en nuestro propósito.

3.3.1 Concepto por el cual son otorgados los alimentos

Creemos que un importante punto a ser analizado cuando confrontamos los dos sistemas jurídicos es el concepto por el cual son otorgados los alimentos. En la tradición civilista, los dos principios fundamentales que hemos analizado, el principio de culpa y el estado de necesidad, nos dan la clave para entenderlo. Los alimentos se otorgan para sancionar a un cónyuge o para garantizar la supervivencia, así Borda nos explica que:

El cónyuge que dió causa al divorcio debe contribuir a que el inocente mantenga el nivel de vida económico de que gozaron durante la convivencia. Pero aún el cónyuge culpable tiene derecho a que el otro le provea lo indispensable para su subsistencia (no ya para que mantenga el tren de vida de que gozaron durante la

⁷⁶⁸Veáse en la sección 2.3.2 la parte referida a la valorización de bienes intangibles como los estudios.

⁷⁶⁹American Bar Association, op. cit., pág. 94.

convivencia) si no tuviere medios propios de subsistencia ni posibilidad razonable de procurárselos.⁷⁷⁰

Propongamos un caso: Mujer: "causante" del divorcio por haber abandonado el hogar con sus tres hijos a causa de los continuos conflictos con su cónyuge, tiene a su cargo a los niños y percibe un sueldo mínimo en su trabajo. Varón: tiene sustancialmente mejores ingresos que la mujer y está obligado a pasar pensión a sus hijos pero no a la mujer. ¿Podría esta mujer solicitar "alimentos" a su ex-cónyuge?

Si aplicamos los criterios propuestos por Borda, tendríamos que concluir que no, pues ella es la causante del divorcio (principio de culpa) y además puede proverse el mínimo necesario para subsistir con el sueldo que percibe (estado de necesidad).

Si enfocamos el mismo caso pero desde la perspectiva de la tradición anglo-americana, nuestra conclusión sería que tal vez sí podría recibir alimentos. En primer lugar, tendríamos que contestar a más preguntas acerca de la situación de la pareja, y de la mujer en particular. Por ejemplo, tendríamos que preguntar sobre cuántos años pasó esa mujer fuera del mercado laboral por responsabilidades familiares y si ello tiene un impacto negativo en su capacidad actual de adquirir ingresos; también nos preguntaríamos si el hecho que el marido tenga ahora ingresos considerablemente mayores que los de la mujer no se debe a que ella contribuyó a su educación o carrera mientras estuvieron casados; nos preguntaríamos también si por el hecho de tener niños a su cargo su capacidad laboral se ve disminuída, etc.

Como vemos, el principio de falta es sólo uno de los que puede tomarse en cuenta para efectos de la regulación de los alimentos⁷⁷¹. Sin embargo, en nuestros países éste principio constituye quizás el principal determinante y sólo cuando la mujer es "inocente", se podrán aplicar algunas otras consideraciones como las previstas por el Código Civil argentino.⁷⁷² En ese sentido, pensar en que puedan otorgarse pensiones alimenticias en forma de *Rehabilitación* o de *Reembolso* nos parece una posibilidad importante a ser explorada por nuestras legislaciones

Por otro lado, en el desarrollo norteamericano, con el advenimiento de un sistema de divorcio sin falta, la justificación teórica para el otorgamiento de alimentos a la ex-cónyuge ha sido dada en base al principio de "eficiencia".⁷⁷³ Según esta corriente, se justifica los alimentos

⁷⁷⁰Borda, op. cit., pág. 547.

⁷⁷¹ En el desarrollo norteamericano existe un intenso debate sobre la recuperación del principio de falta como una manera de evitar el empobrecimiento de las mujeres en el post-divorcio. En tanto en Latinoamérica este principio aún se encuentra muy arraigado, dicho debate aún no se ha dado. Sin embargo, resulta interesante profundizar en este análisis que tiene sus últimos desarrollos en el área del derecho económico. Ver Swischer, Peter Nash. Reassessing fault factors in no-fault divorce. 31 Fam L.Q. 269 (1997); Estin, Ann Laquer. Economics and the problem of divorce. 2 U. Chi. L. Sch Roundtable 517 (1995); Regan, Milton C. Jr. Spouses and Strangers: Divorce Obligations and Property Rhetoric. 82 Geo. L. J. 2303 (1994); Regan, Milton C. Jr. Divorce Reform and the legacy of Gender. 90 Mich. L. Rev. 1453. (1992); Fineman, Martha Albertson. The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform. Chicago: University Of Chicago Press. 1991, págs. 252; Ellman, Ira. The Theory of alimony, 77 CAL.L.REV.1 (1989); Kay, Herma Hill. Equality and Difference: A perspective on No-Fault Divorce and its aftermaths, 56 U. CIN. L. REV. 1, 80 (1987); Carbone, June R. Economics, Feminism, and the reinvention of alimony: A reply to Ira Ellman. 43 Vand. L. Rev. 1463. (1990); Schneider, Carl. Rethinking alimony: Marital decisions and moral discourse. 1991 B.Y.U.L. Rev. 197 (1991); Carbone, June and Brining, Margret. Rethinking marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform. 65 Tul. L. Rev. 953. (1991); Singer, Jana B. Alimony and Efficiency: The Gendered costs and benefits of the economic justifications for alimony. 82 Geo. L.J. 2423 (1994) , entre otros.

⁷⁷²Ver sección 3.1.5

⁷⁷³ Ellman, op. cit.

en razón de corregir las distorsiones económicas que puede sufrir una esposa al hacer inversiones no-económicas en el matrimonio en beneficio de la familia. Además, como política social, se incentiva este tipo de inversiones no económicas que desde el punto de vista del mercado podrían ser irracionales o "ineficientes". La crítica que se hace a esta teorización es que su formulación descansa en la eficiencia de la especialización de roles durante el matrimonio pues al remover la distorsión económica, alienta la especialización de roles en la que las mujeres estarían comparativamente mejor situadas para desarrollar el trabajo doméstico⁷⁷⁴. Asimismo, se deja de considerar otras realidades como el costo psíquico y emocional que esta división de roles implica, el mismo que se asocia tanto con las mujeres que a pesar de poder participar en el mercado laboral se ven destinadas a realizar exclusivamente trabajo doméstico, como con los varones que por participar de manera eficiente en el mercado laboral, no gozan de suficiente tiempo para pasarlo con sus hijos e hijas. Encubre también la "especialización de roles" entre las propias mujeres, pues para mejorar la eficiencia en el mercado, muchas veces se subcontrata a otra mujer para que asuma las tareas domésticas.

Como alternativa surgida a esta problemática, se han desarrollado algunas propuestas como tratar los ingresos en el post-divorcio en forma conjunta y no de manera individual, especialmente en los casos en que el divorcio se produce existiendo hijos e hijas menores.⁷⁷⁵ Todo lo cual lleva nuevamente a la cuestión de la división de los bienes al momento del divorcio, lo mismo que ha sido analizado en la sección anterior. Mientras y en tanto el principio de necesidad sigue rigiendo en nuestras legislaciones, regresemos a su análisis y revisemos algunas alternativas para su interpretación.

3.3.2 Estado de necesidad vs. necesidad financiera

El principio de necesidad en materia de alimentos, no tiene que ser interpretado de forma tan estricta como lo sugieren algunas legislaciones: estar imposibilitado de trabajar, sufrir de una enfermedad grave, ser indigente, etc.

Existen algunas situaciones especiales en que la mujer requiere un apoyo financiero especial a ser considerado. Weitzman reconoce tres grupos específicos de mujeres que lo requerirían:⁷⁷⁶

- < Mujeres con responsabilidad de custodia de hijos menores
- < Mujeres que requieren un apoyo transitorio para llegar a ser autosuficientes
- < Mujeres que no podrán llegar a ser autosuficientes, o son muy mayores para intentarlo

Los fundamentos por los que es necesario apoyar a las mujeres que se encuentran en el primer y el tercer caso son más o menos claros y los hemos venido comentando a lo largo de nuestro análisis. Por ello creemos importante profundizar un poco en el segundo caso, es decir en relación con un "apoyo transitorio".

⁷⁷⁴ Ver las críticas hechas a esta teoría por Jana Singer, en Singer, op. cit.

⁷⁷⁵ Ver en la sección anterior punto referente a trabajo en la familia y trabajo en el mercado. Esta propuesta tiene su base en la consideración de los costos directos (gastos efectivos) e indirectos (marginalización económica del cónyuge que asume la crianza) que implica el asumir el cuidado de los menores. Según ello, sólo si se establece una igualdad en el estandar de vida de los cónyuges en el post-divorcio se podrá enfrentar ambos costos, de lo contrario la persona que asume la crianza sufrirá consecuencias negativas. Para un mayor análisis, ver Singer, op. cit. y Williams, op. cit.

⁷⁷⁶Weitzman, op. cit., pág. 149.

Este grupo estaría formado por mujeres que requieren un período más o menos considerable para ajustarse a su nueva situación y llegar a ser autosuficientes. Este "apoyo transitorio" es el equivalente a los "alimentos para rehabilitación" a los que antes hicimos referencia y que otros autores denominan "alimentos para amas de casa desplazadas". Podemos reconocer mejor la lógica de este argumento si pensamos que actualmente en muchas compañías, cuando se aplica una política de "racionalización de personal", a los trabajadores excedentes a menudo se les otorga una importante indemnización o un entrenamiento especial para que puedan tener mejores posibilidades de recolocarse en el mercado laboral. En el caso de las mujeres que por años han tenido como principal -aunque no única- actividad el ser amas de casa, como cualquier otro trabajador, necesita condiciones especiales para reinsentarse nuevamente en el mercado laboral.

4. Common law: Modelos que combinan "property" y "alimony"

Como ya hemos manifestado, en el *common law* las consecuencias económicas del divorcio son afrontadas al momento de la disolución del vínculo enfocando *property*⁷⁷⁷, *alimony*⁷⁷⁸ y *child support*⁷⁷⁹ como tres ejes de un mismo problema. El trabajar estas instituciones de manera conjunta permite ver en forma más integral la economía post-divorcio y la razón por la que las mujeres y los menores enfrentan un creciente empobrecimiento lo que no sucede con respecto de los varones, dándose lugar a una desigualdad de género en términos de resultados. Así un estudio de la Universidad de Michigan⁷⁸⁰, para el caso de Estados Unidos, encontró que era doce veces más probable que las esposas y los niños/as acudan al sistema de beneficencia después del divorcio, que los esposos acudan a este sistema. Por el contrario, éstos experimentaron un incremento promedio en el nivel de libertad de gastos después del divorcio.

Aunque no tenemos datos para el caso de Latinoamérica, la realidad nos indica que ciertamente las mujeres enfrentan similares circunstancias luego de un proceso de divorcio, con la diferencia que en nuestros países prácticamente no existe un sistema de beneficencia al que las mujeres puedan acudir. El apoyo entonces, viene generalmente desde sus familias de origen y otras redes de soporte, surgiendo otras dinámicas y juegos de poder, que no son del caso analizar.

La injusticia de este sistema es algo que merece la atención de los y las especialistas en el área, y que podría ser razón suficiente para que se proponga un estudio conjunto de estas instituciones y no sólo como hasta ahora se lleva a cabo, como instituciones independientes que obedecen a racionalidades diversas. Por otro lado, analizar estas figuras jurídicas a través de la dinámica social, puede darnos luces para propuestas innovadoras que sean reales alternativas para las familias latinoamericanas.

Es por esta razón que a continuación presentamos algunos estándares desarrollados por la jurisprudencia norteamericana, para la división de "*property*" y el otorgamiento de "*alimony*" y "*child support*", según son presentados por Judith Areen.⁷⁸¹ Aunque la materia trabajada en este documento está referida sólo a los dos primeros creemos que puede resultar

⁷⁷⁷ Bienes del matrimonio.

⁷⁷⁸ Alimentos entre cónyuges.

⁷⁷⁹ Alimentos en favor de hijos o hijas.

⁷⁸⁰ Estudio citado por Areen, Judith. *Family law: Cases and Materials*. 3ª edición. The Foundation Press, Inc. Westbury, New York., 1992, pág. 711.

⁷⁸¹ Idem., Chapter 5: Property, Alimony and Child Support Awards, pág. 711 y siguientes.

ilustrativo presentar estos modelos, sobretodo por que la autora delinea de manera suscita las ventajas y desventajas de cada una de estas aproximaciones.

Según dicha autora⁷⁸², estos factores pueden concentrarse en 5 principios o modelos:

a) Modelo basado en la falta

En donde la distribución de bienes es usada para sancionar al esposo/a que provocó el divorcio. Este principio, a pesar de ser el más antiguo, es aún utilizado en muchas jurisdicciones aún en las más liberales que adoptaron el divorcio sin falta, se permite la prueba de misconducta marital cuando se decide la distribución de bienes.

Una de las mayores desventajas de este principio es que no es fácil de ser trasladado a "cash", es decir cómo puede ser valorizada la falta del esposo en términos cuantitativos. ¿Cuánto sería la pérdida por adulterio? Y si ambos esposos cometen adulterio, ¿deberían sus acciones cancelar la relevancia de la falta en la división de la propiedad?

b) Modelo basado en las necesidades

El principio de necesidad es el candidato a reemplazar a la falta como principio guía en la división de bienes en el divorcio. De acuerdo con este principio, un esposo/a tiene derecho a ser sostenido/a por su ex-esposo/a en un nivel suficiente para permanecer fuera del sistema de seguridad social. La ventaja más obvia de este principio es en relación al ahorro de pago de impuestos, su desventaja es la tendencia a fomentar una vida de continúa dependencia para uno de los esposos a expensas del otro. De acuerdo a este principio, la inicial distribución de bienes no debería depender de la duración del matrimonio y los alimentos para el cónyuge deberían finalizar cuando la necesidad desaparezca o cuando el esposo/a dependiente se vuelva a casar o muera.

c) Modelo basado en el status

Este principio se basa en que podría terminarse el matrimonio como vehículo para obtener un estatus, por ejemplo si alguien se casa con un millonario tiene derecho a vivir como tal aún despues de que el matrimonio termine. El estatus como la necesidad, ordena que la propiedad debería ser dividida y los alimentos adjudicados sin tener en cuenta la duración del matrimonio y debería terminar sólo cuando el esposo que los recibe muere o es capaz de procurarse por si mismo el nivel apropiado, a través de un nuevo matrimonio o otra acción.

d) Modelo basado en la rehabilitación

Este principio es una variación del principio de necesidad. Por este principio el esposo/a necesitado/a debería recibir lo suficiente para "rehabilitarse" a si mismo al punto que no debería necesitar más alimentos. Los estados que han adoptado

⁷⁸² Los siguientes párrafos constituyen una traducción libre de los principios desarrollados por Areen en su libro. Me parece importante conservar la presentación original por la sencillez y claridad en que han sido sistematizados por la autora dichos modelos.

esta aproximación, sin embargo, generalmente no han clarificado si el punto final de la rehabilitación debería ser medido por necesidad o status.

e) Modelo basado en la contribución

Este principio es basado en la visión del matrimonio como una sociedad económica en la cual cada esposo contribuye, aunque alguno contribuye en servicios más que en dinero. Su virtud es que el esposo/a que recibe no necesita sentir como si el/ella estuviera recibiendo un seguro social privado proveniente del otro esposo/a sino que en su lugar está recibiendo beneficios ganados. Su mayor dificultad es computar los beneficios adeudados.

Al respecto, hay por lo menos 4 posibles aproximaciones para efectos del cómputo:

- **Según el valor de mercado de los servicios**

El valor de mercado de los servicios realizados por el/la esposo/a que permanece en el hogar (cocinando, lavando, cuidando de los niños, etc.) es computado tomando en consideración la duración del matrimonio. Cantidades razonables por cuarto y comida y otros razonables gastos de vida deberían ser deducidos. Una desventaja de esta aproximación para el cómputo es que mucho de los servicios realizados en la casa han sido tradicionalmente sub-valorados por el mercado de trabajo, entonces este método puede producir una estimación baja y no realista del valor del trabajo realizado en el hogar.

- **Matrimonio como sociedad**

Bajo esta aproximación el patrimonio adquirido durante el matrimonio es dividido igualmente entre ambos esposos porque esta división es una justa aplicación de la visión ampliamente sostenida que el matrimonio es una sociedad, y porque una división por igual evita la incertidumbre de la aproximación del "valor de mercado de los servicios". La mayor debilidad de esta aproximación es que no hace nada por balancear la desventaja en el mercado de trabajo experimentada por un esposo/a quien trabajó exclusivamente en asuntos domésticos durante el matrimonio.

- **Oportunidades perdidas**

Una forma de enfrentar las desventajas que enfrenta un esposo/a que permaneció en el hogar es computar lo que él/ella podría haber ganado durante el resto de su vida laboral si él/ella hubiera estado en el mercado de trabajo durante todo el matrimonio. Su actual capacidad de ganancia para el mismo período sería restado. La cantidad con la que contribuye el esposo en desventaja sería el valor descontado de la diferencia. Este "costo de las oportunidades perdidas" debería ser compartido por ambos esposos cuando el patrimonio sea distribuido.

La mayor desventaja de esta aproximación es que puede requerir excesiva especulación. Si el esposo/a que permaneció en casa fracasó en completar su educación por ejemplo, podría ser extremadamente difícil decidir cuál podría

haber sido su capacidad de ganancia. ¿Habría él/ella completado el college? ¿la escuela de derecho? ¿Habría sido primero en su clase?

- **La capacidad de aumentar los ingresos**

Una forma alternativa de evaluar la contribución del esposo/a que permanece en casa es buscar alguna capacidad de aumentar los ingresos experimentada por el otro esposo y que puede ser atribuída, al menos en parte, al esposo/a que permaneció en casa. Un matrimonio en que un esposo/a trabaja para sostener a ambos y permite al otro esposo asistir a la escuela de derecho es un ejemplo de esta situación. La diferencia en los ingresos de por vida que el esposo/a abogado/a experimentará, bajo esta teoría, deberían ser compartidos, con el otro esposo/a. Determinar cuál es la porción justa es la mayor incertidumbre de esta aproximación.

Los alimentos, de acuerdo con el principio de contribución, deberían terminar sólo cuando los ingresos compartidos han sido pagados del todo. Esto podría ser en una sola vez al final del matrimonio si el otro esposo/a tiene patrimonio suficiente. De lo contrario los pagos periódicos sobre esta "deuda" (lo que es comúnmente conocido como "*alimony*") no debería finalizar a causa de un segundo matrimonio ni aún de la muerte, sino solo cuando la "deuda" completa sea pagada.

El sentido común dicta que ninguna adjudicación debería exceder la habilidad del esposo obligado a pagar, ni al momento del divorcio ni después. En este sentido, el valor neto y la habilidad de los ingresos-ganancias del esposo obligado crea un techo que ninguna adjudicación puede realísticamente exceder.

Los cinco principios son generalmente mutuamente exclusivos. De este modo, una mujer que sólo estuvo casada por seis semanas pero que contrajo una enfermedad incapacitante podría tener derecho a una suma bastante grande por alimentos bajo el principio de necesidad, pero tendría derecho a una pequeña suma bajo el principio de contribución.⁷⁸³

De esta manera, nos queda un panorama general -aunque complejo- de como viene siendo enfrentada esta problemática en la sociedad norteamericana. En primer lugar, como ya hemos dicho, al tratar lo relativo a los bienes y al derecho alimenticio de manera conjunta, pueden afrontar de manera más integral la situación económica del post-divorcio. Creemos que si bien para la tradición civilista estas dos instituciones tienen sus propios principios, es posible que pueda ser enfocado de manera conjunta cuando los jueces deban revisar los convenios de separación por mutuo acuerdo o cuando se vean enfrentados a tener que hacer ellos la liquidación de los bienes.

Pensar en que no sólo la "culpa" y la "necesidad" son los criterios para hacer una división de bienes, es un buen comienzo para replantearse la situación de las mujeres en el post-divorcio. Indagar en las posibilidades que nos brindan otros enfoques como el de "status", "rehabilitación" y sobretodo en el de "contribución", nos puede resultar muy sugerente al

⁷⁸³Hasta aquí el desarrollo de Areen.

permitirnos considerar algunas situaciones no previstas por nuestras legislaciones, como son las "oportunidades perdidas", el "valor de mercado" de las habilidades desarrolladas por cada cónyuge así como su "capacidad de ingresos", situaciones que hemos tratado de ilustrar en el desarrollo de las secciones 2 y 3 de este artículo.

Sin embargo, no queremos dejar de mencionar algunos problemas que deben enfrentar los jueces norteamericanos, al mezclarse algunas veces estos principios en las recomendaciones estatales sobre los factores que deberían considerar en la distribución del patrimonio conyugal. Así algunos estados confeccionan listados de dichos factores, mezclando inconsistentemente principios sin indicar a cuál se le debería conceder un mayor peso. Por ello, muchas veces los jueces encuentran dificultad para usar las listas y los observadores encuentran casi imposible predecir como ellos serán aplicados en un caso específico de divorcio.⁷⁸⁴ Estando conscientes de dicho riesgo, intentaremos dar algunos lineamientos para la construcción de un modelo alternativo.

5. A manera de conclusión: Criterios para la construcción de un modelo alternativo

Tratar de construir un modelo alternativo que supere las limitaciones de que adolecen los códigos civiles de Latinoamérica es una tarea que consideramos importante. Sin embargo, amerita una mayor profundización en el análisis, por ello -a manera de conclusión- sólo queremos delinear algunos criterios que consideramos necesarios tener en cuenta para ello.

En primer lugar, creemos que es importante evidenciar algunas de las premisas a partir de las cuales se ha realizado este trabajo como por ejemplo que la discriminación contra la mujer es un fenómeno global - universal, por lo que es posible trabajar fenómenos similares en sistemas legales diversos y que esta discriminación no sólo existe en la letra de la ley sino que muchas veces se refleja en los resultados que ella produce.⁷⁸⁵

En ese sentido, creemos que para lograr un "modelo" equitativo, éste debería partir de la realidad de la situación de las familias latinoamericanas, por ello se requiere profundizar en el análisis de los efectos que tiene la aplicación de la ley en las situaciones post-divorcio. Como hemos dicho anteriormente, el estudio de las instituciones jurídicas en su dinámica social, nos parece un elemento de suma importancia para desarrollar aproximaciones que no sean discriminatorias ni en la formulación de la norma ni en sus resultados.

Por otro lado, es importante evidenciar que la aplicación de un principio de igualdad formal entre los cónyuges es discriminatorio en los casos que éstos no se encuentren en igualdad de condiciones, sobre todo en situaciones de mujeres con responsabilidad de custodia de hijos e hijas menores; aquellas que requieren un apoyo transitorio para llegar a ser autosuficientes; o que no pueden llegar a ser autosuficientes, o son muy mayores para intentarlo .

Reconocer la desigualdad existente y buscar la aplicación de una igualdad substantiva que no implique discriminación en los resultados es simplemente aceptar que actualmente existe un menor poder social y económico de las mujeres en el post-divorcio. Sin embargo, ello debe ser visto de una manera transitoria por las transformaciones que se continúan dando en

⁷⁸⁴ Areen, op. cit., pág. 713.

⁷⁸⁵ A propósito de esto, ver la propuesta contra-androcéntrica para un nuevo derecho de familia que desarrolla Alda Facio en su artículo El sexismo en el Derecho de Familia, en Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones. (Una mirada de género sensitiva del derecho) ILANUD, San José, C.R., 1993, pág. 171-197.

nuestra sociedad y por tanto no perder de vista el objetivo de lograr una igualdad real entre varones y mujeres.

En relación con la división del patrimonio conyugal, tal como hemos venido analizando, se debería tener en cuenta las formas no tradicionales de propiedad a las que hemos hecho referencia como: pensiones y beneficios de jubilación, licencia para la práctica de una profesión o negocio, seguros de salud, reputación de negocios, derechos a la participación de compañías de bienes o servicios, calificaciones profesionales, etc.

De otro lado, creemos que la culpa y la necesidad no son los únicos criterios que deben determinar la necesidad de pensiones alimenticias o la división de bienes. Otros criterios a tenerse en consideración son: las oportunidades perdidas, la capacidad de generarse ingresos, el valor de mercado de los servicios que pueden ser prestados, y la contribución en el desarrollo laboral del otro cónyuge. La contribución de las mujeres en la economía familiar no será valorada en la medida que no se tomen en cuenta estos otros factores. Introducir estos conceptos en la visión de abogados, abogadas y jueces es una tarea importante a desarrollar, en la que creemos puede contribuir grandemente la experiencia ganada por otros países.

DERECHO DE CUSTODIA, NEUTRALIDAD DE GENERO, DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER E INTERES SUPERIOR DEL NIÑO O NIÑA

Marcela Huaita Alegre*

Introducción

El presente artículo está centrado en la discusión sobre cómo puede ser interpretado el principio del interés superior del niño o niña en una situación de separación o divorcio en la que ambos padres desean conservar la custodia⁷⁸⁶ e los/las hijos/as y ninguno de ellos está inmerso en condiciones especialmente desventajosas que lo/la puedan descalificar, como por ejemplo: maltrato infantil o negligencia paterna/materna.

A lo largo del artículo se pondrá especial atención al significado que, en este contexto, puede tener el principio de igualdad y no discriminación en base al sexo. Algunos de los puntos que serán discutidos y se espera aportar en su comprensión son:

- < La interacción de los derechos humanos de la mujer con el principio del interés superior del niño o niña en relación con la entrega de la custodia en casos de separación o divorcio;
- < Nos preguntaremos si el principio del interés superior del niño o niña podría ser un camino para conseguir la co-custodia con los varones/padres y de esta manera contribuir al cambio del rol tradicional de la mujer;
- < De qué manera esta doctrina puede aplicarse en situaciones en donde la madre y el padre no están en igualdad de condiciones en la vida real y por tanto en la toma de decisiones que afectan a la familia.

En primer lugar será analizado el marco internacional centrándonos en dos Convenciones: La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En ambos casos encontraremos coincidencia en los principios internacionales recogidos como es el caso del interés superior del niño o niña y el de no discriminación.

En segundo lugar, el derecho de custodia sobre los/las hijos/as menores será revisado en el contexto del derecho de familia. Esta revisión nos permitirá analizar cómo los principios plasmados en el contexto internacional han sido impulsados por el desarrollo de la jurisprudencia anglosajona⁷⁸⁷ en materia de familia y nos permitirá conocer las tendencias actuales en la materia.

*La autora agradece los comentarios recibidos de Alda Facio y Joan Williams que espero haber logrado incorporar en beneficio de la versión final de este artículo.

⁷⁸⁶En el derecho anglosajón no existe la figura jurídica de la "patria potestad". La "custodia" hace referencia tanto a la custodia legal (toma de decisiones acerca de los/as hijos/as) como física (residencia del/la niño/a con uno de los padres). Sin embargo, el derecho de custodia no es exactamente equivalente al concepto de patria potestad de la tradición romana por lo que he preferido mantener este término en el desarrollo del presente artículo, ya que las referencias se harán principalmente a la evolución de este concepto en el marco del derecho internacional.

⁷⁸⁷Si bien es cierto que el desarrollo de esta jurisprudencia ha sido importante para la elaboración de estos conceptos, resulta curioso que los Estados Unidos sea uno de los dos países, junto con Somalia, que no han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así presentaremos como el derecho norteamericano ha ido pasando del principio de los “años tiernos”⁷⁸⁸ a la de “co-custodia”⁷⁸⁹, incorporándose en los últimos años la preferencia por “el/la dador/a de cuidados básicos”⁷⁹⁰. En esta parte discutiremos cuáles son los principales intereses que se deben tener en consideración al momento de decidir la custodia de los/las hijos/as menores y será afirmado que no es únicamente el interés del/la niño/a el que debe tomarse en cuenta por los/las jueces/zas. Al momento de tomar la decisión sobre la custodia, éstos deben tener presente también el interés de los padres en relación con la autonomía personal que se busca luego de un proceso de divorcio y el respeto por la continuidad de una estrecha relación con el/la niño/a.

Asimismo, analizaremos los derechos de las madres y los padres en materia de custodia, así como algunas críticas que se han hecho a la doctrina de “co-custodia” como la que mejor responde al “interés superior del niño o niña”. Presentaremos la preferencia por “el/la dador/a de cuidados” como un principio alternativo a ser considerado, así como sus ventajas y posibles desventajas.

Esta discusión teórica nos servirá también para presentar la actual regulación de este derecho en la legislación familiar peruana. Algunas de las principales instituciones del derecho de familia serán discutidas como son la patria potestad⁷⁹¹ y la tenencia⁷⁹². Ambos conceptos serán introducidos en relación con situaciones de separación o divorcio. Para un mejor entendimiento de cómo funcionan estas instituciones en la práctica, serán propuestos algunos casos de estudio los que nos permitirán mostrar como los principios desarrollados en el ámbito internacional se encuentran presentes en esta legislación pero de una manera desorganizada y hasta podría decirse contradictoria.

Finalmente y como conclusión presentaremos algunas recomendaciones a ser tomadas en consideración en la legislación familiar en esta materia.

1. Marco internacional

En el presente siglo, la evolución de la protección de los derechos de las personas tiene como hitos fundamentales dos Convenciones: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979 y; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989.

La primera de ellas, también conocida como Convención de las Mujeres, es un instrumento internacional que promueve el avance de la mujer a través de la eliminación de la discriminación contra ella y el reconocimiento de sus derechos en diversos campos como son:

⁷⁸⁸Doctrina de los “*tender years*” o “*maternal preference*”.

⁷⁸⁹Doctrina de la “*joint custody*”

⁷⁹⁰Doctrina de la “*primary caretaker presumption*” o “*primary caregiver*”.

⁷⁹¹La patria potestad es concebida actualmente como un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres para cuidar la persona y los bienes de sus hijos/as menores. Estos deberes-derechos están referidos principalmente a: guarda o tenencia, educación, asistencia, representación legal, y administración y usufructo de sus bienes. Ver Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Familia, Tomo II. 9na ed. Perrot, Bs. As., 1993.

⁷⁹²La tenencia o guarda es equivalente a la custodia física de los/as hijos/as. Es decir, el derecho de los padres de tener consigo a sus hijos/as, cuidarlos/as y vigilarlos/as. Ver Idem.

educación, salud, familia, nacionalidad, estatus legal, etc. exigiendo igualdad en el campo de los derechos civiles y políticos como en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

En materia de relaciones familiares, en el tema que nos compete, es importante tener en cuenta además, la Recomendación General N° 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, adoptada por la CEDAW en 1994.⁷⁹³

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece un mínimo estándar de protección a los derechos de la infancia, aplicables a todas las personas menores de 18 años, reconociendo además con igual énfasis la importancia del disfrute tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales.

Entre los principios generales o temas centrales abordados por esta Convención, encontramos⁷⁹⁴:

- < Interés superior del niño o niña
- < Evolución de las capacidades del/la niño/a
- < No discriminación
- < Respeto por la dignidad humana del/la niño/a

En relación con la decisión de la custodia todos estos principios son importantes, sin embargo para efectos del presente análisis, nos centraremos en dos de ellos: el interés superior del niño o niña y la no discriminación en base al género, por haber sido recogidos estos dos principios en ambas convenciones.

1.1 Interés superior del niño o niña

El interés superior del niño o niña es uno de los principios primordiales recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, este no es un concepto nuevo en el marco internacional de los derechos humanos.

Este principio fue reconocido por primera vez en 1959 en la Declaración de los Derechos del Niño:

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en

⁷⁹³Las Recomendaciones Generales hechas por el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) si bien no son obligatorias formalmente para los Estados, son consideradas como interpretaciones particularmente persuasivas. Ver Byrnes, Andrew. Human Rights Instruments relating specifically to women, with particular emphasis on the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against women, págs. 39-57, en Byrnes, Andrew et al. Advancing The Human Rights of Women: Using International Human Rights Standards in Domestic Legislation. Commonwealth Secretariat, London, 1997.

⁷⁹⁴Ver Cohen, Cynthia Price. The developing jurisprudence of the rights of the child. St. Thomas Law Review. Volumen 6, Otoño 1993, pág. 19.

*condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*⁷⁹⁵

Este principio también aparece en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; **en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;**⁷⁹⁶

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en el artículo 3.1, el mismo que sirve como marco general para la interpretación de cualquier otro artículo dentro de la Convención:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.**⁷⁹⁷

A lo largo de la Convención, este principio ha sido recogido en diferentes artículos, entre ellos: 9.1,3 (separación de los padres) 18.1 (responsabilidades de los padres); 20.1 (protección de los/las niños/as sin familia); 40.2, iii (Administración de Justicia Juvenil).

A pesar que no existe una exacta definición de este principio puede decirse que el mismo incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del/la niño/a, como había sido propuesto en el primer borrador de la Convención presentado por Polonia⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Enfasis añadido.

⁷⁹⁶Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 [en adelante CM]. Enfasis añadido

⁷⁹⁷Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 [en adelante CDN]. Enfasis añadido.

⁷⁹⁸"Art. II: The child shall enjoy especial protection and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration". Draft Convention on the Rights of the Child, en Price, Cynthia. International Law and the Rights of the Child. Supplements Documents. 1988.

Algunos especialistas denominan este artículo como una provisión “paragua” en el sentido que provee de protección o sirve de referencia en situaciones o condiciones no especificadas. Este principio juega diferentes roles dentro de la Convención⁷⁹⁹, como son:

- < Da soporte, justifica y clarifica otros artículos de la Convención;
- < Es un principio mediador que puede asistir en la resolución de conflictos entre derechos diferentes;
- < Sirve de base para la evaluación de la legislación y práctica de los Estados Partes.

En consecuencia el interés superior del niño o niña es un principio que debe ser tomado en cuenta en cualquier circunstancia ya sea en el corto o mediano plazo, tanto en situaciones de carácter general como en circunstancias especiales.

1.2 Igualdad y no discriminación

De otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2 establece el principio de la igualdad y no discriminación.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna, independientemente de** la raza, el color, **el sexo**, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición **del niño, de sus padres o de sus representantes legales.**⁸⁰⁰

A pesar del hecho que el término “discriminación”⁸⁰¹ no ha sido definido en la Convención misma, éste debe ser interpretado en el sentido establecido por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 18 de 1989.⁸⁰² En dicho documento, el Comité establece que: “1. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.”⁸⁰³

Precisamente en relación con la discriminación contra los/las niños/as, este Comentario General señala :

⁷⁹⁹Ver Alston, Philip. The Best Interest Principle: Toward a Reconciliation of Culture and Human Rights, en The Best Interest of the Child, págs. 1-25.

⁸⁰⁰CDN, op. cit. Énfasis añadido.

⁸⁰¹Para los efectos del presente artículo, la expresión utilizada en la versión en español “sin distinción alguna” lo interpretaremos como “sin discriminación alguna” como aparece en la versión en inglés de esta convención: "Article 2. 1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction **without discrimination of any kind**, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status."

Respecto de la traducción al español de la Convención, un comentario adicional es que en la versión en inglés se procuró utilizar un lenguaje género neutral refiriéndose al “*child*” (que puede ser hombre o mujer) y utilizando términos como “*his or her*” cuando resultaba necesario (Art. 8). En la versión en español de la Convención, no se tuvo el mismo cuidado y en la traducción se utilizó el término “el niño” para referir a los varones y a las mujeres por igual.

⁸⁰²Así ha sido entendido por UNICEF en una reciente publicación para la implementación de la CDN. Ver Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. 1998, capítulo 2.

⁸⁰³Comentario General 18. No discriminación. (37º período de sesiones, 1989).

En lo que respecta a los niños, el artículo 24 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] **dispone que todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento,** tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.⁸⁰⁴

De esta manera, los Estados Partes deben “adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto.”⁸⁰⁵

Es posible decir entonces que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene una de las más comprehensivas versiones del principio de no discriminación, en particular porque no sólo prohíbe la discriminación en contra del/la niño/a, sino que esta prohibición se extiende a los padres del/la niño/a o a sus guardianes legales⁸⁰⁶. En consecuencia, un/a juez no debe tratar discriminatoriamente a la madre o padre del/la niño/a o adolescente.

Por su parte, la Convención de las Mujeres recoge el principio de igualdad y no discriminación a lo largo de sus 30 artículos, definiendo la "discriminación contra la mujer" como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”⁸⁰⁷

Particularmente, en el capítulo de relaciones familiares (Art. 16.1,d) establece que hombres y mujeres, sobre bases de igualdad, deberán tener los mismos derechos y responsabilidades como padres cualquiera que sea su estado civil, en todo lo referente a los/las hijos/as. Más aún en la interpretación hecha por la CEDAW de este artículo se hace hincapié en que ambos padres deben compartir iguales derechos y obligaciones para con sus hijos mediante las instituciones jurídicas de la tutela, la curatela, la custodia y la adopción y que ello debe ser impuesto conforme a ley cuando proceda.⁸⁰⁸

Sin embargo, en la misma Recomendación General N° 21 la CEDAW reconoce que "cuando las madres están divorciadas o viven separadas, muchos padres no comparten las obligaciones del cuidado, la protección y el mantenimiento de sus hijos." ⁸⁰⁹

Ello nos hace ver que si bien esta Convención promueve la igualdad en la dimensión de los roles familiares, también precisa que esta igualdad en muchos casos es más un objetivo a ser obtenido que una realidad.

En la actualidad, una dimensión jerárquica está presente en muchas familias de manera que los individuos no son percibidos como iguales en la vida diaria. Resulta importante pensar acerca de lo que sucede en estos casos que están lejos de la familia ideal pretendida por la

⁸⁰⁴ Idem.

⁸⁰⁵ Idem.

⁸⁰⁶ Ver Price Cohen, Cynthia. The United Nations Convention on the Rights of the Child: A feminist landmark. 3 Wm. & Mary J. Women & L. 34 (1997).

⁸⁰⁷ CM, Art. 1.

⁸⁰⁸ CEDAW. Recomendación General N° 21. (13° período de sesiones, 1994).

⁸⁰⁹ Idem.

norma jurídica. Ello hace necesario analizar qué consecuencias se derivan de la aplicación de la doctrina del interés superior del niño o niña y cómo ésta es aplicable en casos en donde la madre y el padre no están en iguales condiciones ya sea en relación con la norma, con el ámbito judicial o en sus efectos prácticos.

A propósito de ello, es necesario tener en consideración que para pensar en alternativas no discriminatorias al interior de la familia, es sumamente importante percibir el fenómeno jurídico en toda su integralidad, no sólo en relación con la norma jurídica. Al respecto, Alda Facio ha desarrollado un concepto amplio del derecho que resulta apropiado especialmente cuando se analizan instituciones complejas como son todas aquellas que norman las relaciones familiares.

Este concepto del derecho incluye tres componentes: componente formal-normativo que se refiere a la *norma agendi* (ley nacional o tratado internacional); componente estructural que esté referido al contenido que se le da a la norma al momento de interpretarla o aplicarla (legisladores/as, jueces, policías, etc.); y componente político cultural que es el significado que se le va a dar a la norma por otros agentes a través de la creación de doctrina jurídica, costumbres y tradiciones.⁸¹⁰

En ese sentido, en todas las ramas del derecho, pero especialmente en el derecho de familia, existen normas escritas y no escritas que están presentes en cada uno de estos tres ámbitos y que complejizan la tarea de conseguir efectos no discriminatorios en la aplicación de leyes y tratados internacionales como a los que aquí se hace referencia.

2. Cambios en el derecho de familia

Una característica importante de los tratados internacionales referidos a los derechos humanos, como los aquí mencionados, es su posibilidad de ser recogidos al interior de las legislaciones nacionales a través de la adecuación de sus normas o directamente mediante la aplicación de los mismos en casos concretos por los jueces. En ese sentido, estos tratados internacionales cumplen una labor orientadora de la labor legislativa y judicial.

En el tema que nos ocupa, corresponde al derecho de familia la regulación de esta materia y, en consecuencia, la puesta en funcionamiento de estos principios generales, como veremos a continuación.

2.1 Familia, derecho de familia y decisión de la custodia

Como habíamos dicho antes, en este artículo queremos centrarnos en el análisis de los casos de separación o divorcio en donde no hay circunstancias especiales⁸¹¹ para denegar la custodia a alguno de los padres.

El derecho de custodia ha sido resuelto por el derecho de familia en diferentes formas a lo largo de la historia. Actualmente, algunos de los criterios que los/las jueces/zas deberán tomar en consideración para determinar su entrega a uno de los padres son:

⁸¹⁰Para una explicación de cada uno de los componentes del fenómeno jurídico, ver Facio, Alda. Cuando el Género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal). 2a. ed. ILANUD, San José, C.R., 1996, págs. 70-85.

⁸¹¹Nos estamos refiriendo al desempeño en la relación padre/madre – hijo/a y no en los roles conyugales, pues creemos que estos roles deben ser distinguidos claramente y no aplicar la pérdida de la custodia como sanción automática al cónyuge encontrado responsable de la separación o divorcio.

- < La doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.
- < El interés superior del niño o niña: El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.
- < La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del/la niño/a.
- < La presunción de "el/la dador/a de cuidados básicos": Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los/las niños/as.

2.2 Derecho de familia e igualdad

En el derecho de familia, así como en otras ramas del derecho puede decirse que la función de la norma jurídica es doble: crea un ideal de estructura familiar mientras que al mismo tiempo propone alternativas cuando este ideal no se cumple en la realidad. Esta es una contradicción que no es fácil de resolver. A través de sus normas, el derecho de familia refleja una ideología de lo que debe ser la familia y ello está en directa relación con su visión de la sociedad en donde existe gente tanto en posiciones dominantes como en posiciones sin poder.

De diversas maneras, estos roles son reflejados en el fenómeno jurídico en los tres componentes anteriormente mencionados, ello hace una tarea muy difícil el introducir estructuras diferentes -aunque existentes pero negadas por el derecho- y soluciones alternativas a las plasmadas en el ordenamiento legal.

En relación a ello, especialistas reconocen que el derecho de familia tiene dos aspectos⁸¹²: uno apologético y otro utópico. En el lado apologético, "el derecho de familia refuerza la dominación de la mujer por el hombre y la opresión de los/as niños/as por sus padres"⁸¹³. Desde su lado utópico, el derecho de familia tiende a "hacer realidad la unión humana viviendo en conformidad con nuestras esperanzas y aspiraciones".⁸¹⁴

Tanto la Convención de las Mujeres como la de los Derechos del Niño tratan de los derechos de personas que por muchos años han sido reconocidas por el derecho como personas sin poder. Ambas convenciones son producto de un histórico proceso de emancipación y autonomía donde primero las mujeres y después los/las niños/as han sido visualizados como sujetos de derechos. A pesar de ello, en la realidad, este reconocimiento no se ve traducido en una situación fáctica.

⁸¹²Ver Olsen, Francis. The Politics of family Law, en Minow, Martha. Family Matters: Readings on Family Lives and the Law. 1993, págs. 336-343

⁸¹³Idem. Traducción de la autora.

⁸¹⁴Idem. Traducción de la autora.

En muchas circunstancias, el componente político cultural es más fuerte que la norma jurídica misma introduciéndose a través de su interpretación, de tal manera que al momento de la aplicación de la norma se continúa colocando a niños y mujeres en situaciones sin poder. La decisión de la custodia es, por ejemplo, una situación que permite pensar acerca del rol de las mujeres y los/las niños/as en la familia. Así el espacio de autonomía reconocido para cada uno de ellos dependerá de la teoría y la ideología que de soporte a la decisión del/la juez.

En un caso de divorcio, se debe conseguir un balance entre el aspecto utópico y el aspecto apologético del derecho y se debe decidir “lo mejor”. Sin embargo, “lo mejor” podría ser diferente para cada uno de las personas involucradas en la decisión. Pensar que lo mejor para el/la niño/a será también lo mejor para la madre y el padre podría ser una aproximación utópica, ¿quién puede decidir?

Una posible solución podría ser ignorar los diferentes intereses que existen dentro de la familia, pero ello podría ser un camino para legitimar roles que son opresivos para alguno de sus miembros. En consecuencia sería mejor si los/las jueces/zas reconocen al menos tres intereses diferentes en los casos de custodia y se preguntan por el rol que desempeña cada uno de los miembros de una determinada familia.

En otras palabras, para decidir la custodia de los/las niños/as, será necesario conseguir el correcto balance entre diferentes intereses⁸¹⁵:

- < Las necesidades del/la niño/a por soporte financiero y emocional así como cuidado físico de ambos padres
- < La necesidad de los padres de mantenerse unidos con el/la niño/a
- < La necesidad de los padres de autonomía personal

Asimismo, se podría hablar de un cuarto interés en relación con el interés de los/as hermanos/as de crecer juntos y no ser separados, pues la convivencia entre hermanos/as coadyuva a su mejor interrelación y la consolidación de lazos que serán de suma importancia en el futuro.

Estos son intereses en conflicto en un caso de custodia, no solo entre los padres, sino también entre el/la niño/a y cada uno de los padres. De ahí que se debe tener en consideración estos diferentes intereses cuando se decide la entrega de la custodia de los/las hijos/as a cualquiera de los padres.

3. ¿Qué sucede con los derechos de las mujeres en los casos de custodia?

La noción de que sólo las mujeres puede proveer de cuidado y nutrición a los/las niños/as está cambiando en el mundo occidental. Más aún, el principio de igualdad entre hombres y mujeres ha llevado en algunos casos a que se exija la aplicación de neutralidad de género con lo que muchos hombres han conseguido que se les entregue la custodia de sus hijos a pesar de los derechos alegados por las mujeres. Sin embargo, en muchos países especialmente en aquellos en donde el derecho consuetudinario puede ser aplicado, las mujeres tienen problemas para conseguir el reconocimiento de sus derechos en las relaciones familiares. En otros, las mujeres sufren discriminación en la familia porque en casos de conflicto la decisión del padre es preeminente.

⁸¹⁵Czaplanskiy, Karen. Child Support and Visitation: Rethinking the Connections, en Minow, op. cit., págs. 348-353. Traducción de la autora.

Para un/a juez, tomar una decisión podría resultar una tarea muy difícil y compleja, especialmente cuando los principios del interés superior del niño o niña y de igualdad y no discriminación pueden parecer en conflicto.

A continuación discutiremos las principales doctrinas en relación con el interés del/la niño/a y el interés de los padres de mantener la comunicación con el/la niño/a pero respetando la autonomía entre ellos. Asimismo analizaremos la interacción de la evolución de los derechos de las mujeres respecto de estas principales doctrinas.

3.1 Doctrina de los años tiernos

La doctrina de los años tiernos fue sostenida por la presunción de que toda madre por el hecho de serlo goza de suficientes habilidades para brindar cuidado, amor y disciplina a sus hijos/as. En consecuencia, la custodia de un niño/a de tierna edad es entregada a la madre, a menos que ella sea declarada incapaz.

Esta doctrina tuvo su auge en el siglo XIX y fue considerada una victoria para las mujeres pero también una derrota⁸¹⁶. Fue una victoria para las mujeres porque se había desarrollado en una sociedad donde la regla común era la preferencia por el padre en el momento de otorgarse la custodia de un/a hijo/a. El triunfo de esta doctrina permitió a las mujeres ser cabezas de familia después del rompimiento marital, así como salir del poder de un esposo abusivo muchas veces sin la pérdida de sus hijos/as.

Sin embargo, esta doctrina reforzó los roles tradicionales de las mujeres en la esfera privada, como servidora del hogar, desalentándolas en su búsqueda de independencia. Ello fue manipulado en muchos casos por el razonamiento judicial y cuando una mujer hacía evidente metas propias, podía ser calificada como no apta para encargarse del cuidado de sus hijos/as.

Durante el presente siglo y especialmente como consecuencia de las doctrinas de igualdad y no discriminación enarboladas por el movimiento feminista esta doctrina fue criticada. Grupos de defensa de los derechos de los padres apropiándose de este discurso argumentaron entonces en contra de dicho principio por estar basado en una presunción discriminatoria que supone las mejores condiciones para la custodia de los/las hijos/as en favor de las mujeres por el simple hecho de ser madres.

3.2 Interés superior del niño o niña

Los instrumentos internacionales analizados en la primera parte de este artículo presentan la doctrina del interés superior del niño o niña, sobre la base de neutralidad de género e igualdad entre los padres. Asimismo se ha sostenido que en los casos en que se discute la custodia de los/las niños/as, el “interés superior del niño o niña” significa que los/las jueces/zas deben tener como principal interés las necesidades y deseos del/la niño/a y la habilidad del padre o madre para cubrir dichas necesidades.

Algunos de los factores que tradicionalmente han sido tomados en consideración en la jurisprudencia norteamericana⁸¹⁷ son:

⁸¹⁶Olsen, op. cit.

⁸¹⁷Illinois Marriage and Dissolution Act, citado en Jarret v. Jarret, 449 U.S. 927 (1980).

- < los deseos de los padres del/la niño/a
- < los deseos del/la niño/a
- < la interrelación del/la niño/a con cada uno de los padres y otros miembros de la familia (especialmente hermanos/as)
- < el ajuste del/la niño/a a su hogar, escuela y comunidad.
- < la salud mental y física de todas las personas involucradas

En códigos más recientes, la lista de factores a ser considerada por los/las jueces/zas ha sido bastante desarrollada, como lo demuestra el Código del Distrito de Columbia⁸¹⁸. Este Código considera como factores relevantes los siguientes:

- < Los **deseos del/la niño/a** para su custodia, cuando es practicable
- < Los **deseos del padre/madre o de ambos** en relación con la custodia del/la niño/a
- < La **interacción e interrelación del/la niño/a con su padre o madre o con ambos, sus hermanos/as** y cualquier otra persona quien pueda influir emocional o psicológicamente el interés superior del niño o niña
- < El ajuste del/la niño/a a su hogar, escuela o comunidad
- < La salud física y mental de todas las personas involucradas
- < **La capacidad de los padres para comunicarse y lograr compartir las decisiones que afecten la vida del niño o niña**
- < **La buena voluntad de los padres de compartir la custodia**
- < **El involucrimiento previo de cada padre en la vida del/la niño/a**
- < La disrupción potencial de la vida escolar y social del/la niño/a
- < La proximidad geográfica de las casas parentales en relación con la consideración práctica del horario de residencia del/la niño/a o niños/as
- < La exigencia del empleo parental
- < La edad y número de niños/as
- < La sinceridad de la solicitud de cada uno de los padres
- < La capacidad de los padres de sostener financieramente el acuerdo de custodia
- < El impacto del SIDA para las familias con niños/as dependientes y asistencia médica
- < El beneficio de los padres
- < Pruebas de maltrato intrafamiliar

El análisis de los criterios propuestos por este Código permite introducir algunos de los elementos que fueron desarrollados por las teorías aquí presentadas.

3.2.1 Deseos del/la niño/a

En los últimos años se ha desarrollado una nueva imagen del/la niño/a, el/la niño/a como persona humana⁸¹⁹. En tanto persona humana, el/la niño/a tendrá derecho a su propia identidad. Es posible decir que después que las mujeres llegaron a ser reconocidas como personas en igualdad de condiciones que los varones, la esposa puede disfrutar de la misma autoridad que el esposo en la familia. Ahora, la imagen del/la niño/a también se ha desarrollado y el/ella es tratado/a como una persona, titular de derechos y obligaciones dentro de la familia.

⁸¹⁸District of Columbia Code - Annotated. 1981 Edition. (DC Code). Vol. 5. Michie. Charlottesville, Virginia. Replacement 1997. Énfasis añadido.

⁸¹⁹Verhellen, Eugeen. Convention on the Rights of the Child. Background motivation, strategies, main themes. Leuven/apeldoorn. Grant. Belgium, 1994, págs. 9-22.

Uno de los elementos más significativos en este proceso es el reconocimiento de los deseos del/la niño/a, así como que los mismos deben ser escuchados en tanto ello sea posible. En consecuencia, en los casos de decisión sobre la custodia, ellos tiene derecho a decir sus deseos y preferencias respecto de sus padres.

La actual tendencia mundial reconoce este derecho de los/as niños/as a expresar su opinión y deseos. En ese sentido, el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."⁸²⁰

Sin embargo, no es fácil saber hasta qué punto es conveniente que los/as niños/as intervengan en los procesos de custodia para dar su opinión sobre sus preferencias por los padres. Tal consideración debe ser tomada en base a diversos elementos como la edad y madurez del/la niño/a, quién lo/la entrevistará (¿debe ser el/la propio/a juez o un/a especialista?) y en dónde será interrogado (¿en la corte o en otro lugar?).

También resulta interesante reflexionar sobre cómo el/la niño/a puede formarse una opinión en relación con sus padres. Podría ser que el/la niño/a crea que el padre/madre que será mejor custodio/a para él será el más amigable pero podría ser que éste/a no sea el/la más responsable. Si la decisión de a quién entregarle la custodia del/la niño/a es difícil para el/la juez cuando ambos padres parecen aptos para asumirla, ¿cómo podría establecer preferencias el/la niño/a? En algunos casos esta responsabilidad podría tener un signo negativo para el/la niño/a pues podría generarse un sentimiento de culpabilidad, aún cuando su opinión no haya sido definitiva en la decisión final.

Asimismo, en relación con la edad del/la niño/a para que testifique en casos como el que venimos discutiendo, la edad cronológica del/la niño/a no determina su madurez. Sin embargo, parece adecuado fijar una edad mínima como criterio rector, así algunas legislaciones establecen la edad de 14 años para dar al/la menor el derecho a "nominar" a su guardián a menos que su decisión sea claramente contraria al principio del interés superior que lo protege.⁸²¹

Todo cuidado para cautelar las emociones y sentimientos del/la niño/a es importante. Algunas de estas precauciones serán que la entrevista sea realizada por un especialista, que podría ser psicólogo o psiquiatra, pues estos profesionales pueden interpretar de una manera adecuada la comunicación verbal y no verbal del/la niño/a. En algunas jurisdicciones es posible que las entrevistas se realicen fuera de la corte siempre que sean grabadas.

3.2.2 Deseos de los padres

Otro de los elementos a ser analizados es el deseo de los padres quienes quieren la custodia de sus hijos y quienes creen tener el derecho y la capacidad necesaria para obtenerla. En la medida que la preferencia por la madre ya no funciona como regla para determinar la custodia, sobre todo de los/las hijos/as de edad tierna, el tratamiento formalmente igualitario entre los padres permitiría que la custodia sea dada a cualquiera de ellos o a ambos.

⁸²⁰CDN, op cit., Art. 12.

⁸²¹Uniform Probate Act, 5-206, citado en Areen, Judith. Family Law. Cases and Materials. 3a. ed. The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1992, pág. 560.

Sin embargo, el deseo de los padres no es un elemento suficiente para garantizar el bienestar de la criatura, por ello la jurisprudencia norteamericana ha establecido un test que es aplicado en muchas jurisdicciones⁸²² y que considera los siguientes factores típicamente:

- < La calidad del vínculo emocional entre cada padre y el hijo/a
- < Las guías éticas, emocionales e intelectuales dados al niño a través de sus años de formación
- < La provisión de la continuidad en el cuidado de la mejor forma posible

Sin embargo, la crítica que se hace a este test es que descansa en factores muy subjetivos y dirigidos hacia el futuro, dejando pocas posibilidades a los/las jueces/zas de decidir bajo el análisis de la evidencia en el juicio por lo que muchas veces se pide la intervención de expertos, dejando en manos de éstos/as finalmente la decisión de la custodia. Estas críticas son en parte compartidas por la doctrina que analizamos a continuación.

3.3 Co-custodia⁸²³

Si nos preguntamos por lo que significa exactamente esta doctrina, podríamos decir que "la co-custodia es muchas cosas: es un ideal, una política, un conjunto de expectativas que influyen cómo los padres/madres y sus hijos/as viven y se relacionan uno/a con el otro/a después de la separación marital."⁸²⁴

Las principales características de esta doctrina son:

- < Ambos padres son vistos como igualmente importantes en la vida física y psicológica del/la niño/a
- < Ambos padres comparten la autoridad para la toma de decisiones acerca de los/as niños/as
- < Los padres cooperan en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de los/as niños/as
- < Los/las niños/as pasan una cantidad significativa de tiempo viviendo con cada uno de los padres

En la legislación, este principio podría ser adoptado en dos modalidades diferentes:

- < Podría ser una opción cuando los padres acuerden regirse por tales reglas
- < Podría ser una presunción asumida por la ley

Tal como fue comentado al inicio de este artículo la Convención sobre los Derechos del Niño enfatiza que los/as niños/as deben mantener relaciones personales y contacto directo con

⁸²²Burchard v. Garay, 724 P.2d. 486 (1986), citado en Bartlet, Katharine y Harris, Angela. Gender and Law. Theory, Doctrine, Commentary. 2a. ed. Aspen Law & Business, 1998, pág. 436 y sgts.

⁸²³El término co-custodia o "*joint custody*" se refiere tanto a la "*joint legal custody*" (ambos padres comparten la toma de las decisiones importantes que afectan la vida de sus hijos/as) así como a la "*joint physical custody*" (tiempo que los/as niños/as pasan con cada uno de sus padres. Ver The American Bar Association. Family Law. USA, 1996.

⁸²⁴Steinman, Susan. Joint Custody: What we know, what we have yet to learn, and the judicial and legislative implications. 16 U.C. Davis L. Rev 739 (1983).

ambos padres de modo regular⁸²⁵. En consecuencia, algunos especialistas entienden que la doctrina de la custodia conjunta debe ser recomendada por abogados/as y jueces y debe ser asumida por la legislación.⁸²⁶

Así, el Código del Distrito de Columbia antes citado, establece la co-custodia como una presunción:

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que la co-custodia es en el interés superior del niño/a o niños/as, excepto en circunstancias en que el oficial judicial ha encontrado preponderancia de pruebas de la existencia de maltrato familiar ..., abuso infantil ..., negligencia en contra de los/as niños/as ..., o secuestro de los mismos por alguno de los padres⁸²⁷

Bajo este régimen, algunas veces puede resultar contradictorio que los padres quienes se suponen están dispuestos a cooperar en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de sus hijos/as, no puedan llegar a un acuerdo en la forma como debe ser establecida la custodia y necesiten entablar un juicio para que ello se defina. Asimismo, los/las jueces/zas al resolver deberán tomar en cuenta la presunción en la medida que no haya evidencia de ineptitud de algunos de los padres y en consecuencia, decidir por la co-custodia, alentando amor y afecto en la familia.

Antes de continuar con el análisis de algunas críticas erigidas en contra de esta doctrina, será útil revisar la evolución sucedida en relación con los derechos de las mujeres y la emergencia del oovimiento por los derechos de los padres.

3.3.1 Derechos de las madres

De la misma manera con lo ocurrido con la doctrina de los años tiernos, esta nueva doctrina de la co-custodia puede significar una victoria para las mujeres pero también una derrota.⁸²⁸

Es una victoria para las mujeres en la medida que refleja igualdad entre el varón y la mujer y legitima los deseos de los hombres por la crianza de los/as hijos/as. Ello hace posible también dar independencia a las madres quienes no desean la custodia de sus hijos/as. Sin embargo, en términos de resultados prácticos, existen muchas más madres que están perdiendo la custodia de sus hijos/as que en la época en que regía la doctrina de los años tiernos.⁸²⁹

Al enfrentarse a un divorcio, las mujeres sufren diferentes presiones porque en muchos casos los esposos mantienen todavía la posición económica más ventajosa y es posible que usen la misma para intimidar a la esposa con iniciar un juicio por la custodia de los/as hijos/as. Como respuesta a estas tensiones, la mujer puede decidir evitar tomar el riesgo, lo que reduce

⁸²⁵CDN, op. cit., Art. 9.3.

⁸²⁶El principal argumento que es esgrimido por los sostenedores de esta doctrina es que es en el interés superior del/la niño/a, proteger y promover una cercana relación con ambos padres y que la co-custodia es la mejor manera de que el/la niño/a no "pierda" a ninguno de sus padres como consecuencia del divorcio. Es necesario tener presente que el desarrollo de la doctrina de co-custodia en los Estados Unidos guarda relación con la reforma en materia de divorcio hacia un sistema de divorcio sin falta.

⁸²⁷DC Code, 16-911 – (5), op. cit.

⁸²⁸Olsen, op. cit.

⁸²⁹Ver Polikoff, Nancy. Why are mothers losing? 7 Women's Rts. L. Rep. 235 (1982); Weitzman, Lenore & Dixon, Ruth. Child Custody Awards; Legal Standards and Empirical Patterns for Child Custody, Support and Visitation after Divorce, 12 U.C. Davis L. Rev. 473 (1979).

su poder de negociación, lo mismo que puede verse reflejado en el hecho de que no se solicita una pensión alimenticia en su beneficio, en aceptar acuerdos injustos en relación con los bienes matrimoniales e incluso con la pensión alimenticia en favor de los/as hijos/as. La situación de las mujeres en el post-divorcio refleja que madres y niños/as sufren peores condiciones económicas en relación con los padres, los mismos que en un porcentaje significativo mejoran su situación económica.⁸³⁰

3.3.2 Derechos de los padres

Por su parte, los grupos en defensa de los derechos de los padres argumentaron en contra de la doctrina de los años tiernos porque ésta había sido construída teniendo como base una discriminación en contra de los varones. El principio de la neutralidad de género fue recogido por estos grupos tornándolo en ventaja para los padres en el área de la custodia de los/as hijos/as.⁸³¹

Sin embargo, en la vida cotidiana la mayoría de los padres no se muestran muy interesados en asumir el cuidado diario de los/as niños/as y, en muchos casos, materialmente los abandonan después del divorcio. Ello es posible de ser comprobado cuando se analizan las tasas de incumplimiento de las pensiones alimenticias decretadas en favor de sus hijos.⁸³²

En base a ello, desde las canteras feministas han surgido agudas críticas hacia la doctrina de la co-custodia señalándola como una vía que le otorga poder a los padres como grupo mientras que debilita el poder de las madres individualmente.

Los grupos por los derechos de los padres han promovido la co-custodia porque según ellos estas innovaciones alentarán a los hombres, quienes actualmente incumplen en número alarmante, a pagar las pensiones alimenticias ordenadas. Estos grupos indican que la legión de padres que nunca se han preocupado de visitar a sus hijos acudirán a verlos si ellos gozan de derechos ejercibles unilateralmente respecto de los/as niños/as. Irónicamente, la negligencia e incumplimiento de los padres es usado como uno de los mayores argumentos para concederles un mayor control y poder sobre los/as niños/as y, a través de ellos, sobre la vida de sus madres. La co-custodia, de este modo le otorga poder a los padres como grupo sin exigirles ninguna demostración de responsabilidad.⁸³³

Por otro lado, es interesante detenerse a pensar que en muchos casos cuando la custodia le es entregada efectivamente al padre, en realidad la persona quien proveerá de los cuidados básicos a la criatura será otra mujer: la abuela, la nueva esposa, una hermana, etc. y no el mismo padre.

⁸³⁰Weitzman, Lenore. *The Divorce Revolution: The Unexpected Economic Consequences for Women and Children in America*. 1985; Baker, Barbara. *Family Equity at Issue: A Study of the Economical Consequences of Divorce on Women and Children*. 1987.

⁸³¹Ver Fineman, Martha. *Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decision making*. 101 *Harvard L. Rev.* 739 (1988).

⁸³²Una agresiva política ha sido implementada por algunos estados en los Estados Unidos. Algunas de las sanciones que pueden ser aplicadas son: suspensión, revocación o negación de la licencia de negocios o la de manejo. Las legislaciones correspondientes son citadas en: *National Conference on State Legislatures, 1995 State Legislative Summary: Children, Youth & Family Issues*. 1995, citado por Bartlet, op. cit., págs. 428-429.

⁸³³Fineman, op. cit., pág. 759. Traducción de la autora.

En ese sentido, se podría decir que aún cuando la norma formal suponga que al entregarle la custodia de los/as niños/as los padres asumirán de hecho las tareas correspondientes y se alentará su participación para el logro de una mejor relación con sus hijos/as, la norma no escrita y que funciona en la realidad es que son mujeres las que se siguen encargando del cuidado de los/as menores.

3.3.3 Críticas a la doctrina de la co-custodia

Como antes habíamos comentado, existen diferentes aproximaciones a la doctrina de la co-custodia como la que corresponde efectivamente al interés superior del niño o niña en los casos de decisión de custodia.

Algunas críticas se fundan en el hecho de que la pretensión de alcanzar la mejor solución posible es más una ilusión que una realidad porque reconocer cuál es la opción correcta en el largo plazo es una tarea muy difícil. Algunas de las áreas más problemáticas en este tópico serían⁸³⁴:

- < El problema de tener información suficiente y relevante al momento de tomar la decisión
- < El problema de predecir el futuro
- < El problema de definir que es lo que realmente significa el “interés superior del niño o niña”

En relación con ello, hay numerosos factores que pueden ser tomados en cuenta por el/la juez al momento de decidir la custodia de los/las niños/as, como ha sido ilustrado cuando se presentaron los criterios asumidos por el Código del Distrito de Columbia.

La obtención de esta información exigirá en muchos casos la consulta a expertos como asistentes sociales, psicólogos y otros profesionales especializados. En ese sentido, los/las jueces/zas se reconocen cada vez más con menos habilidades para tomar la decisión de la custodia sin contar con el informe de expertos. Ello está llevando finalmente a que muchas decisiones sobre la custodia están siendo tomadas fuera de la corte por mediadores familiares u otros profesionales en sistemas alternativos.

Los mediadores son vistos como un sistema no adversarial, de una manera diversa y hasta opuesta de como es visto el rol de los abogados/as. Como principio, los mediadores se presentan como defendiendo el interés de toda la familia y no sólo de una de las partes. Pero, es posible preguntarse que tan neutral y real es la idea de defender el interés del grupo cuando hay posiciones diferentes de las personas envueltas, ¿cómo pueden determinar cuál es la mejor solución, ¿para quién es mejor?.

Para los padres/madres, tradicionalmente el divorcio significó un proceso emancipatorio por el que terminaban una relación y quedaban libres para reconstruir sus vidas. En ese sentido, una decisión de co-custodia estaría sosteniendo "el ideal de una relación co-parental continua y que podría dejar poco espacio para la formación de nuevas relaciones para los padres o para los/as mismos hijos/as. En efecto, los/as niños/as podrían sufrir más con estas relaciones sin término. No resulta del todo claro que estos no-finales sean sinónimo de felicidad en un número significativo de situaciones familiares."⁸³⁵

⁸³⁴Ver Mello, Marygold. Toward a restructuring of Custody Decision-making at Divorce: An Alternative approach to the Best Interest of the Child, en Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century. John Eekelaar and Peter Sarcevic, eds. The International Society of Family Law. London, 1993.

⁸³⁵Fineman, op. cit. Traducción de la autora.

Otro elemento crítico en la doctrina de la co-custodia como la doctrina que mejor responde al interés superior del niño o niña es la buena voluntad de los padres de compartir en términos efectivos dicha custodia, su capacidad de comunicación y lograr tomar decisiones conjuntas en aquellos aspectos que afectarán la vida del/la niño/a.

La doctrina de la co-custodia asume que los padres lograrán una buena interrelación lo que hará que el ejercicio de la co-custodia sea un éxito. Sin embargo, durante el matrimonio, uno de los padres, normalmente la madre, asume el cuidado diario de los/las hijos/as. ¿Por qué después del divorcio ello sería diferente? ¿Ello no estaría creando una irrealista e idealizada visión de la custodia que no se basa en la realidad de las relaciones entre los padres después del divorcio?⁸³⁶

El riesgo de que se establezca la presunción de la co-custodia como la que mejor responde al interés superior del niño o niña no es sólo un asunto teórico. Así por ejemplo, puede ser citado el reporte que Finlandia presentó a la Comisión sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En dicho documento se señala que "la práctica común de las cortes de ordenar la co-custodia, aún en los casos en que los padres son absolutamente incapaces de ponerse de acuerdo en algo concerniente al niño/a, se encuentra bajo una fuerte crítica. En las peores circunstancias, ésto ha dejado a niños/as en una situación donde ninguna solución ha sido lograda, aún en el caso de asuntos importantes. Podría tomar años, por ejemplo, que un niño/a cambie de colegio u obtenga pasaporte."⁸³⁷

Así, es pertinente reflexionar sobre si esta doctrina responde al principio de igualdad y no discriminación señalado en la primera parte de este artículo. En una primera lectura pareciera que en tanto ambos padres son tratados como equiparables, es decir con las mismas posibilidades de obtener la custodia de la criatura, esta doctrina sería no discriminatoria. Sin embargo, un análisis de este tipo respondería únicamente a una igualdad formal pero sería discriminatoria contra las mujeres en términos de resultados.

Si lo que pretendemos es responder al principio de igualdad y no discriminación de manera real, nuestro análisis deberá reconocer que en la gran mayoría de casos las mujeres son las que asumen la reponsabilidad de la crianza.⁸³⁸ En ese sentido, se han desarrollado doctrinas que sin dejar de ser "neutrales" en términos de género, responden mejor a esta realidad.

3.4 Presunción de él o la dador/a de cuidados básicos

⁸³⁶Idem.

⁸³⁷Reporte citado en UNICEF. Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. 1998.

⁸³⁸En los Estados Unidos, el 90% de las madres divorciadas permanecen a cargo del cuidado de los/as niños/as. Ver Carbone, June. Redefining Family as Community, 31 Hous. L. Rev. 359, 385 nota 135 (1994); Child Support Enforcement Amendments of 1984 (42 U.S.C. 651). Igualmente en Latinoamérica, en la mayoría de casos la madre es quien asume la custodia o patria potestad de los menores. En el caso del Perú, el porcentaje es de un 88.1% de los casos; en Colombia, es de un 83.9%. Ver Cabello, Carmen Julia. Matrimonio y Divorcio, en La Familia en el Derecho Peruano. Fondo editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima, 1992; CIJUS-PNUD. Mujer y Divorcio. Santa Fe de Bogota, 1995.

Las críticas revisadas a la doctrina de la co-custodia, especialmente la imposibilidad de predecir quien será el mejor padre para el/la niño/a, determinó que una doctrina alternativa se desarrollara en los años recientes.

Esta doctrina es conocida como la "*Primary Caregiver Preference*" (preferencia por el/la dador/a de cuidados básicos). La propuesta principal de esta doctrina es revisar que fue lo que vino sucediendo en la vida del/la niño/a antes del divorcio de los padres, quien fue la persona que asumió el cuidado del/la niño/a y desarrolló un vínculo más fuerte con el/ella. Esta doctrina no deja de lado la importante contribución del otro padre pero privilegia al que tuvo un mayor involucramiento antes del divorcio.

Esta aproximación reconocería la conveniencia de brindar a los/as niños/as una mayor estabilidad, especialmente cuando ellos son muy jóvenes. En las situaciones de ruptura especialmente, surge la necesidad de dar a los/as niños/as la mayor estabilidad posible ya que todo su medio ambiente cambiará. Por ello los/as niños/as deben continuar en estrecha relación con la persona quien asumió su cuidado diario durante el matrimonio.

Algunos estudios reportan que cuando los padres necesitan hacer un acuerdo privado en un caso de separación, la mayoría de ellos decide que las madres continúen siendo las que asuman la custodia física de los/as niños/as. La presunción de "el/la dador/a de cuidados" solo estaría reflejando dicha regla.⁸³⁹

En aplicación de esta doctrina las mujeres tendrían mejores oportunidades para ser escogidas para continuar con la custodia de sus hijos/as porque su experiencia como madres a cargo del cuidado de sus hijos/as durante el matrimonio debería tener significativa importancia para el/la juez en el momento de decidir la custodia del/la niño/a. En muchas familias, la realidad muestra que normalmente la madre es la que asume el cuidado de los/as hijos/as. En consecuencia, es irrealístico pensar que después del divorcio esta situación cambiará al determinarse que ambos padres deben compartir la custodia. Esto último parecería corresponder más al ideal impuesto y asumido por la norma.

Otra ventaja de esta teoría es que los/las jueces/zas no necesitan predecir el futuro sino que más bien ellos deben revisar los antecedentes de cada uno de los padres y decidir en base a ello. En ese sentido, jueces y abogados/as están acostumbrados a tratar con este tipo de pruebas lo que haría más fácil su labor al tener que determinar por ejemplo los roles jugados por los padres durante el matrimonio.

Asimismo, se dice, es posible que esta presunción reduzca la litigación, es decir que el número de juicios por la custodia de los/as hijos/as disminuya, en tanto hay mayor posibilidad de predecir la decisión judicial. Abogado/as y padres pueden tener una idea clara de sus posibilidades de ganar o perder el juicio por la custodia.

A pesar de las ventajas acotadas, existen algunas críticas y desventajas respecto de esta teoría que son necesarias tener en consideración, por lo que las expondremos a continuación.

Una de las principales críticas que se le hace a esta doctrina es que la evidencia que puede ser mostrada durante un proceso podría ser insuficiente o podría incluso ser manipulada

⁸³⁹Ver Fustenburg, Frank F. & Cherlin, Andrew J. Divided families. What Happens to Children when Parents Part. 1991, citado por Melli, op. cit.

con el fin de inducir a error al/la juez. En base a las pruebas exhibidas el/la juez podría otorgar la custodia a un padre o madre aún cuando él o ella están conscientes que el otro progenitor podría desempeñarse mejor en todos los frentes.⁸⁴⁰

Aunque esta crítica es cierta, sin embargo podría decirse que es mejor tener evidencia de algo real y decidir sobre la base de los antecedentes de los padres más que tratar de adivinar quién será el mejor padre en un futuro contexto. El margen de apreciación y error está presente de cualquier manera en toda decisión judicial. En consecuencia será mejor tener algunas pruebas y no sólo buenos deseos.

Por otro lado esta teoría es criticada en relación con la posibilidad de que se disminuyan los juicios por custodia. Por ejemplo en la experiencia del Estado de Minnesota⁸⁴¹, este Estado asumió la presunción de "el/la dador/a de cuidados" sin embargo ello no trajo como consecuencia la reducción de los litigios sino que por el contrario estos se vieron incrementados. Sin embargo, en otros Estados como el de West Virginia, el uso de esta presunción efectivamente redujo el número de litigios por custodia. Según el análisis hecho por Crippen, el fracaso de la reducción de los litigios en el Estado de Minnesota fue debido a que "la Corte Suprema no había desarrollado una definición viable de lo que se denomina *primary caretaking* (dador/a de cuidados básicos), de ahí que la litigación sobre el derecho de custodia se incrementara mas que decreciera en tanto las partes buscaban establecer los parámetros de dicho estatus"⁸⁴².

La experiencia de estos Estados muestra la importancia de proveer principios claros a los/las jueces/zas sobre la definición o aplicación de la noción en que se basa la preferencia por "el/la dador/a de cuidados" y su aplicación como estandar en la revisión de casos de custodia.

La preferencia por la co-custodia como una posibilidad de colocar a los padres en el cuidado de los/as hijos/as fue respaldada por muchos grupos feministas. Por el contrario, algunos de éstos critican la preferencia por "el/la dador/a de cuidados" porque esta doctrina favorece a las madres sobre los padres. A pesar de ello, podría decirse que en realidad esta regla es neutral en relación con el género, que si bien en su aplicación, los resultados favorecerán a uno de los géneros -las mujeres- ello es porque se estaría reflejando el hecho de que son éstas las que asumen la crianza de los/as niños/as en nuestra sociedad.⁸⁴³

Debemos admitir, no obstante, que este es un argumento que puede dar lugar a una gran controversia. Teóricamente es posible sostener que los hombres pueden escoger asumir la crianza de los/as niños/as como "cuidadores primarios" durante el matrimonio y si no lo hacen es su decisión. Sin embargo, podrían existir y de hecho existen una serie de circunstancias sociales que pueden influir y hasta determinar esta decisión.⁸⁴⁴

⁸⁴⁰Ziff, Bruce. The Primary Caretaker Presumption; Canadian Perspectives on an American Development. 4 Int'l. J. of Law and the Fam. 186, 200 (1990), citado por Melli, op. cit.

⁸⁴¹Crippen. Stumbling beyond Best interest of the Child: Re-examining Child Custody Standard-Setting in the Wake of Minnesota's Four Year experiment with the primary caretaker preference, 15 Minn. L. Rev. 427 (1990), citado por Melli, op. cit.

⁸⁴²Melli, op. cit., pág. 333.

⁸⁴³Fineman, op. cit., pág. 773.

⁸⁴⁴Al respecto es importante tener en cuenta como el mercado de trabajo exige una participación plena que supone que la persona que participa en él tiene a alguien que resuelve sus responsabilidades domésticas o familiares. La complementariedad del modelo de familia con el del mercado es una discusión de primer orden en esta materia. Ver Williams, Joan. Unbending Gender: Market Work + Family Work in the 21th Century. Oxford University Press, de proxima publicación .

Finalmente, es necesario reconocer que esta preferencia podría llevar a reforzar el rol tradicional de la mujer durante el matrimonio y aún después del divorcio. A pesar de ello, esta preferencia esta basada en la situación de hombres y mujeres en una sociedad real y no en un mundo ideal, al mismo tiempo que es un intento por asegurar un buen futuro a los/as niños/as en nuestra cultura.⁸⁴⁵ En ese sentido, podría argumentarse que esta doctrina es la que mejor podría estar respondiendo al “interés superior del niño o niña”.

Como se ha venido analizando, podría ser riesgoso especular sobre cuál de los padres es capaz de producir el mejor ambiente para el futuro del/la niño/a como se propone en la doctrina de la co-custodia. Podría ser más relevante preguntarse cuál de los padres ha adaptado de hecho su vida e intereses acomodándolos a las demandas del/la niño/a. Este es el enfoque propuesto por el principio de “el/la dador/a de cuidados”. Este estandar no ignora la importante aunque secundaria contribución del otro padre/madre, por ello a éste/a se le reconoce el establecimiento de períodos de visita con los/as niños/as.

En relación con ello, resulta de suma importancia encontrar un balance entre el derecho de custodia del/la niño/a a favor de uno de los padres y el régimen de visitas en favor del otro/a. Aunque ambos padres continuen siendo responsables por el bienestar financiero, emocional y físico del/la niño/a, es necesario establecer un conjunto de reglas claras para que el rol de cada padre respete la necesidad de autonomía de cada uno al mismo tiempo que la conservación de la relación humana con sus hijos.⁸⁴⁶

El padre/madre al que le sea entregada la custodia no debe usar ésta para tomar ventaja sobre el otro/a. Reglas claras y no desconectadas pueden ayudar a conseguir una buena relación entre los padres en el post-divorcio. Asimismo, el padre/madre al que no se le entregó la custodia debe respetar estas reglas con el fin de conseguir una nueva organización familiar teniendo presente el “interés superior del niño o niña”. El respeto y la claridad de las reglas podrían ser la fórmula para obtener la autonomía personal de los padres al mismo tiempo que se conserva una relación cercana con los/as hijos/as.

Cuando no se hace esta distinción y las decisiones son tomadas por ambos padres, aún en el caso que ellos vivan separados, muchas pequeñas decisiones podrían representar complicaciones innecesarias si cada uno desea hacer prevalecer su opinión. Asimismo, en muchos casos, el establecimiento de un régimen de visitas libre podría ser utilizado por uno de los padres para interferir en la vida del otro/a.

3.5 Otras formulaciones

Una interesante propuesta resulta la fórmula de “dualidad paterna/dual responsabilidad” planteada por Czapanskiy⁸⁴⁷. Según esta fórmula:

el padre que asume la responsabilidad primaria por el cuidado de los/as hijos/as continuará siendo responsable por la mayor cantidad del cuidado diario de ellos. Mientras que el padre que no asume esta responsabilidad también podría ser requerido para proveer de cuidado a los/as niños/as de manera regular aunque por una pequeña cantidad de tiempo. En promedio, el cuidado de los/as niños/as que asumiría este último sería más o menos equivalente al veinte por ciento del

⁸⁴⁵Fineman, op. cit., pág. 773.

⁸⁴⁶Czaplanskiy, op. cit., pág. 350.

⁸⁴⁷Idem.

tiempo. De esta manera, la custodia no se le entrega a uno solo de los padres, como en el caso de la doctrina "del/la dador/a de cuidados básicos", sino que ambos la comparten pero de una manera proporcional.

Un aspecto que es importante revisar en esta propuesta es su viabilidad en la división de responsabilidades y toma de decisiones en la vida diaria del/a niño/a. Si el padre contribuye en un veinte por ciento en las labores de crianza, deberá participar también en la misma proporción en la toma de decisiones, ¿cuáles serán las que le correspondan?, ¿cómo establecer el límite?

De manera complementaria Scott ha planteado que la custodia debe mantenerse lo más cercana posible a como era la situación de la familia previa a la ruptura⁸⁴⁸. Es decir que en los casos donde la madre era la "dadora de cuidados" ella debería continuar en la custodia de sus hijos. Sin embargo, en los casos en que el padre también asumió responsabilidades en el cuidado de los/las hijos/as, podría aplicarse la fórmula de la "co-custodia" o de la "dual responsabilidad", según como haya venido funcionando en la práctica.

Algunas de las objeciones que se hacen a esta última modalidad, y que además es compartida por la doctrina "del/la dador /a de cuidados básicos" es que en algunos casos los padres que asumen poco más de las tareas que el promedio de padres realiza en el hogar, sean vistos como "super-papás", aunque si se compara con el total de las tareas que realmente son necesarias desempeñar en la vida de la criatura su participación no resulta tan significativa. De hecho, en la jurisprudencia norteamericana se viene enfrentado el problema del otorgamiento de un mayor valor a la contribución del padre cuando éste dedica más horas al cuidado de sus hijos/as aunque la participación de la madre sea mayor que la de él (pero menor a la del promedio de madres).⁸⁴⁹

4. Derecho de familia en latinoamerica: El caso peruano

4.1 Panorama general de la legislación peruana

Antes de entrar en el análisis de la legislación peruana en materia de custodia, resulta importante considerar algunas referencias generales a su sistema jurídico. Perú, como muchos otros países en Latinoamérica, reconoce la igualdad entre varones y mujeres como un principio general en su ordenamiento jurídico.

A nivel internacional, el Perú ha ratificado los siguientes tratados:

A) Sistema universal de protección de los derechos humanos

- < Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966)
- < Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- < Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

B) Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

- < Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

⁸⁴⁸Ver Scott, Elizabeth S. Pluralism, Parental Preference, and Child Custody, 80 Cal. L. Rev. 615, 617 (1992).

⁸⁴⁹Como ejemplo de ello, véase el caso de Patricia Ann S. v. James Daniel S. 436 S.E. 2d 6 (W. Va. 1993).

- < Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994)

Por su parte, en el derecho interno las normas legales más importantes son:

- < Constitución: Desde la constitución de 1979 se ha venido reconociendo el derecho a la no discriminación basada en el sexo. La actual Constitución de 1993 recoge este mismo principio en el artículo 2, inciso 1.
- < Código Civil: Después de la adopción de la constitución de 1979, todos los principales cuerpos normativos fueron cambiados, el Código Civil en 1984 y el Penal en 1993. Actualmente hay un proceso de revisión del Código Civil para su reforma.
- < Código del Niño y del Adolescente: Luego de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se promulgó un nuevo código reemplazando al antiguo Código de Menores. Este Código recoge el principio del “interés superior del niño o niña” como uno de sus principios rectores.

Como resultado de ello, se puede decir que la legislación peruana en materia de familia es una legislación bastante moderna que ha integrado en sus principales códigos el principio de igualdad y no discriminación como consecuencia de las nuevas tendencias y en coherencia con la subscripción de los tratados internacionales anteriormente mencionados.

En materia de familia la adopción del principio de no discriminación significó una profunda revisión de los derechos y deberes del hombre y la mujer en la relación matrimonial y paterno-filial. Fernández Sessarego, un profesor que participó en este proceso explica:

La Constitución de 1979 y el Código Civil de 1984 abrieron un nuevo y distinto capítulo en el derecho familiar peruano. ... El Perú ha realizado una revisión completa de su derecho de familia, compatible con las declaraciones universales sobre la materia y consistente con el proceso de reforma registrado en los años recientes en derecho comparado. ... Todas las estipulaciones que legalizaban una desigualdad injustificable entre esposos, inconsistentes con el desarrollo histórico, han desaparecido de los textos recientes⁸⁵⁰.

Respecto de la materia que venimos analizando, el Código Civil de 1984 establece (Art. 340) que en caso de divorcio, la patria potestad de los/as hijos/as será dada al padre/madre que no dió lugar al divorcio y, en caso ambos fueran culpables⁸⁵¹, los niños varones menores de 7 y las niñas de cualquier edad se quedarán en poder de la madre. En consecuencia, este artículo establece diferencias en materia de custodia sobre la base de la edad y sexo de los/as niños/as, recogiendo además la doctrina de “los años tiernos” para el caso de los hijos varones.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes es aplicable de manera suplementaria al Código Civil en situaciones no previstas por éste. De manera específica, este Código regula la figura de la “tenencia” de los/as hijos/as menores cuando existe una situación de separación de hecho. La figura de la “separación de hecho” se configura cuando una pareja

⁸⁵⁰Fernandez Sessarego. Perú: Toward equality in marriage, 32 U. Louisville J. Fam. L. 395 (1994). Traducción de la autora.

⁸⁵¹Las causales por las que puede obtenerse el divorcio son: adulterio, violencia física y psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado del hogar, conducta deshonrosa, uso habitual e injustificado de drogas u otros tóxicos, enfermedad venerea contraída despues del matrimonio, homosexualidad sobreviniente, condena por delito doloso posterior al matrimonio. Código Civil de Perú, Art. 333.

casada vive separada pero sin que se haya seguido ningún trámite de separación legal o divorcio. Generalmente en estas situaciones “de facto” no existen reglas claras aplicables a las relaciones entre los esposos y entre éstos y los/as hijos /as.

Este último Código establece algunas recomendaciones que los/las jueces/zas deben tener en cuenta al momento de decidir:

- a) El hijo deberá permanecer con el padre o madre con quien convivió un tiempo mayor, siempre que le favorezca.
- b) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años.⁸⁵²

En ese sentido, el código mantiene la presunción de los años tiernos para los hijos menores de 2 años mientras que establece un principio de “convivencialidad” para los otros casos, acercándose a la doctrina “del/la dador de cuidados básicos”.

4.2 Entrega de la patria potestad o tenencia

Los principios de “neutralidad de genero” y “interés superior del niño o niña” han tenido importantes consecuencias en el derecho peruano. Así, se podría decir que la tendencia de la legislación está cambiando de la presunción de “edad tierna” a la del “interés superior del niño o niña”.

Sin embargo, actualmente y debido a los cambios legislativos de los últimos años, estos principios se han sobrepuesto y existen diversas reglas que es posible aplicar en casos similares. Algunos ejemplos podrían ilustrar lo dicho en una mejor manera:

Caso 1: Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. Los esposos han decidido separarse legalmente pero no se ha llegado a un acuerdo sobre quién se quedará a cargo de los niños.

Caso 2: Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. La esposa ha solicitado el divorcio por la causal de adulterio y el esposo ha reconvenido solicitando el divorcio por injuria grave. Ambos desean quedarse a cargo de los niños.

Caso 3: Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. Los esposos han decidido separarse pero no iniciar ninguna acción legal de divorcio. No se ha llegado a un acuerdo sobre quién se quedará a cargo de los niños.

Caso 4: Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. Los esposos viven separados hace 5 años pero no han iniciado ninguna acción legal. Durante los 5 años ambos niños han estado viviendo con la madre. Actualmente el padre desea estar a cargo de los niños con lo que la madre no está de acuerdo.

En todos los casos se presentan similares condiciones: En este momento se presentan ante el/la juez para que sea éste quien defina la cuestión de cuál de los padres quedará a cargo del niño y la niña. En todos los casos, los padres han desempeñado de una manera adecuada sus responsabilidades en relación con los menores, aún cuando han habido conflictos en la pareja.

⁸⁵²Código de los Niños y Adolescentes de Perú, Art. 92.

En el caso 1, el/la juez debe decidir acerca de la patria potestad de los menores, aplicando el artículo 345 del Código Civil. Este artículo establece que en caso de que los padres no se pongan de acuerdo se debe seguir la norma prevista en el artículo 340. En otras palabras, la niña de 10 años debe permanecer con la madre y el niño de 8 años debe permanecer con el padre.

En el caso 2, es posible distinguir diferentes posibilidades:

- a) La esposa consigue el divorcio en base a la causal de injuria grave; en ese caso ella conservará la patria potestad de ambos niños. En este caso no se toma en consideración la edad o el sexo de los niños.
- b) El esposo obtiene el divorcio sobre la base del adulterio, entonces obtendrá la patria potestad de ambos menores. De manera similar, no es tomada en consideración las características de los niños sino la conducta de los padres.
- c) Ambos son encontrados culpables de las causales de divorcio. En este caso, el/la juez puede aplicar la regla del artículo 340 y la solución puede ser la misma que en el caso 1: la niña de 10 años se quedará a cargo de la madre y el niño de 8 a cargo del padre.

En el caso 3, de acuerdo con el Código del Niño y del Adolescente, este es un caso de separación de hecho, de manera que es aplicable la regla del artículo 92. Los/las jueces/zas deben analizar con cuál de los padres los niños han vivido por más tiempo. Sin embargo, en el caso propuesto, la familia ha vivido junta de manera permanente, entonces este criterio no es aplicable. El siguiente criterio tiene que ver con la edad de los niños, pero ambos son mayores de dos años. Según esto, el/la juez no tiene una regla que aplicar ni está establecida ninguna preferencia. El/la juez podrá ir entonces a los instrumentos internacionales a ver si le ayudan a resolver el caso.

En este marco internacional, el/la juez encontrará que la Convención sobre los Derechos del Niño recoge la doctrina del interés superior del niño o niña (Art. 3) como la consideración primordial en todas las acciones concernientes a los niños, el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular (Art. 9.3) y el concepto de que ambos padres tienen la reponsabilidad primaria por el crecimiento y desarrollo de los niños (Art. 18.1). Consecuentemente, el/la juez puede decidir dar la custodia física o tenencia de los niños a unos de los padres, manteniendo a ambos en el ejercicio de la patria potestad, como responsables de todas las decisiones concernientes a los niños. Este podría ser la mejor vía para introducir el estándar de la co-custodia que viene siendo el dominante en otros sistemas legales. Sin embargo, en este marco internacional, el/la juez tampoco encontrará reglas especiales para decidir cuál de los padres cuenta con mayores habilidades para quedarse a cargo de los niños. También podría aplicar el principio “del/la dador/a de cuidados básicos” y entregar la tenencia a aquel de los padres que asumió las labores de crianza durante el matrimonio.

En el caso 4, el artículo 92 del Código del Niño y del Adolescente permite que el/la juez aplique la regla en favor de la madre porque ella vivió más tiempo con los niños. Sin embargo, no se han analizado otros temas importantes como quién está en mejores condiciones de brindarle apoyo financiero o emocional a los niños. Este artículo, de alguna manera hace

recordar el criterio del/la “dador de cuidados básicos”, sin embargo está lejos de presentar el complejo contenido de esta presunción.

De acuerdo con las reglas de la ley peruana en materia de familia, el resultado de un conflicto de este tipo en caso de divorcio o separación dependerá de:

- < la conducta de los padres
- < el sexo de los niños
- < la edad de los niños
- < el tiempo que vivieron juntos los/as niños/as con uno de los padres

De esta manera, en condiciones similares (rompimiento de la unidad familiar) las soluciones podrían ser bastante diferentes y hasta opuestas como ha sido demostrado con los ejemplos propuestos. En el caso 1 y 2.c los niños serán separados sobre la base de la edad y el sexo; en el caso 2.a y 2.b la patria potestad será decidida en base a la conducta de los padres sin consideración a los intereses de los niños. En el caso 3, todas las posibilidades están abiertas, no reglas, no preferencias, no presunciones, el/la juez puede decidir cualquier solución acorde al “interés superior del niño o niña” o puede preferir aplicar la regla tradicional sobre la preferencia en base al sexo y edad de los niños. En el caso 4, la madre será preferida por ser la persona quien tuvo a su cargo el cuidado de los niños.

Puede decirse entonces que el derecho de familia peruano está pasando del principio de “años tiernos” o “preferencia materna” hacia el del “interés superior del niño o niña” aunque también ha reconocido, aunque de una manera bastante estrecha, la preferencia por “e/la dador/a de cuidados básicos”. Sin embargo, esto no significa que los/las jueces/zas tengan mejores posibilidades para establecer estándares más claros. Por el contrario, hay menos posibilidades para predecir una solución y mucha confusión entre padres y madres cuando ellos se presentan ante la corte.

Por otro lado, creemos que debe establecerse una distinción entre la conducta de los cónyuges que podría dar lugar al divorcio y la descalificación que esta conducta supone para continuar en el ejercicio de la patria potestad. En nuestra opinión la relación conyugal debe ser evaluada de manera independiente del desempeño como padre o madre, si bien es cierto algunas de estas conductas tendrán una fuerte influencia en la decisión que se tome, las causales de divorcio no deberían aplicarse de manera automática para perjudicar a uno de los padres en su pretensión de continuar al cuidado de sus hijos/as.⁸⁵³

Del análisis precedente se puede concluir que los criterios aplicables en la legislación peruana en relación a la patria potestad o tenencia de menores en situaciones de separación o divorcio parecen sobreponerse y hasta contradecirse, al punto de aplicarse reglas diferentes en situaciones similares. En los resultados, los principios de igualdad y no discriminación y del interés superior del niño o niña están todavía lejos de una cabal implementación.

Algunos criterios que podrían ayudar a dar mayor claridad en esta materia son:

- < La unificación en un sólo código de la regulación del derecho de familia

⁸⁵³Según el estudio realizado por Cabello, en la práctica tanto en las acciones por mutuo disenso como en las acciones por causal, la madre conserva normalmente a los menores bajo su custodia, incluso en aquellas en la que es declarada culpable del divorcio, op. cit., pág. 535.

- < El criterio de culpabilidad en la separación o divorcio debería ser analizado de manera independiente de la idoneidad de la persona como padre o madre
- < Sexo y edad de los/as menores no deberían ser la base de la decisión de entrega de la patria potestad
- < El tiempo de convivencia es importante pero debe ser acompañado de otros elementos que demuestren la calidad de la relación
- < Otros elementos que podrían ser tomados en cuenta son:
 - los deseos de los padres
 - los deseos del niño o niña
 - la interrelación entre el niño o niña y cada uno de los padres así como con sus hermanos/as y otros miembros de la familia
 - cuál de los padres ha asumido en la práctica la crianza del niño o niña
 - ajuste del niño o niña a su casa, escuela y comunidad
 - salud física y mental de todas las personas involucradas

Conclusión

La discusión acerca del derecho de custodia nos ha permitido pensar en relación con el rol tanto de la mujer como del varón en la familia, y la transformación de la imagen del niño y la niña en las nuevas corrientes internacionales. Asimismo hemos analizado los principios del interés superior del niño o niña, así como el de igualdad y no discriminación en base al sexo como de especial importancia en relación con la evolución del derecho de custodia en el contexto internacional.

Al respecto, podemos decir que resulta necesario aceptar que al interior de las familias existen intereses diversos y algunas veces contrapuestos que deben ser tomados en consideración ya sea por los/as legisladores/as, los/as jueces, los/as mediadores o los mismos padres, al momento de tomarse una decisión que afectará la vida familiar.

En relación con la posición de la mujer, cada una de las doctrinas revisadas presentan ventajas y desventajas. Algunas de ellas ofrecen a las mujeres una mayor posibilidad de mantenerse en la custodia de sus hijos/as y responden de mejor manera a sus necesidades prácticas, como la doctrina de los "años tiernos" o "dador/a de cuidados básicos". Sin embargo estas doctrinas pueden no responder a sus necesidades estratégicas como son la de lograr un modelo igualitario para asumir las responsabilidades familiares, a éste respecto parecieran responder mejor otras doctrinas como la del "interés superior del niño o niña" o la de la "custodia".

En ese sentido, debieramos preguntarnos si éste es el momento de "dar el salto" hacia teorías que respondan a un modelo de responsabilidades compartidas al que aspiramos. Creemos que no, aún las estadísticas y la realidad nos muestran que son las mujeres las que - en la gran mayoría de casos- asumen la crianza de los hijos e hijas. Por ello, tener en cuenta quién es la persona que en la práctica está a cargo de la crianza, es una regla que nos ayudará en la toma de decisiones de patria potestad o custodia. Esta es para nosotros la aplicación concreta del principio de igualdad y no discriminación. Si son varones los que han asumido esta tarea, será justo que también sean ellos quienes asuman las decisiones consiguientes en los demás ámbitos de la vida del niño o de la niña. Pero si no lo son, no pretendamos que lo vayan a asumir porque la ley, la sentencia o el acuerdo así lo establece.

Lograr el balance y tomar la correcta decisión en cada caso concreto es una tarea sumamente difícil y que no va ser tomada únicamente en las cortes. Decisiones al respecto

también se toman en las oficinas de mediadores y abogados/as, y al interior de las familias involucradas. En todos estos espacios hay que tener en cuenta la complejidad de los intereses que hay envueltos y las relaciones de poder que subyacen en éstos. Clarificar estos diferentes niveles ha sido un objetivo en el que esperamos este artículo haya contribuido. Creemos firmemente que en la medida que se respete el principio de igualdad y no discriminación, se protegerá también el interés superior del niño o de la niña.

MEDIACION EN CASOS DE VIOLENCIA DOMESTICA

Luz Rioseco Ortega

Introducción

La violencia doméstica es una de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres que más se ha visibilizado en los últimos años, como tal y como problema social.

El trabajo arduo y constante de muchas mujeres en organizaciones no gubernamentales, agrupaciones y redes, y de algunos legisladores(as) y agentes gubernamentales, ha dado frutos. Hoy en día muchos países americanos cuentan con legislación al respecto, con entidades de apoyo y especialmente con una comunidad más sensible y consciente del problema, de su magnitud y consecuencias. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer para avanzar más rápidamente hacia la erradicación de esta dolorosa violencia.

En varios países de América Latina estamos *ad portas* de reformas judiciales importantes tendientes a la modernización de la justicia. Dentro de este proceso, una de las instituciones que se está impulsando con gran fuerza es la mediación.

En términos generales, somos partícipes de la ideología que hay tras los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en la medida que “las partes involucradas ya no apuntan sus esfuerzos hacia la derrota de la contraparte, sino a solucionar en conjunto el problema, potenciándose la creatividad, el entendimiento, la comunicación y la cooperación”⁸⁵⁴, todos valores que propiciamos para el cambio desde nuestra cultura de violencia hacia una cultura de paz.

Sin embargo, creemos que hay importantes áreas en la mediación respecto de las cuales debemos reflexionar más profundamente. En efecto, “si no se aborda con perspectiva de género, puede significar la perpetuación de la desigualdad y de la violación del derecho al acceso a la justicia de las mujeres⁸⁵⁵”, así como de otros derechos, particularmente cuando una de las partes en la mediación es víctima de la violencia doméstica ejercida por la otra parte.

En el presente trabajo abordamos la mediación desde una perspectiva de género, planteando cuáles son las características de la violencia doméstica y sus efectos en las víctimas que hacen que la mediación no se pueda realizar en condiciones de igualdad y con resultados eficaces. Señalamos, además, posibles violaciones de derechos humanos que se pueden cometer cuando se media entre partes que están viviendo violencia doméstica.

Nuestra postura la basamos en la experiencia de trabajo en violencia doméstica durante ocho años, en la revisión bibliográfica y en conversaciones con expertas en la materia. Agradecemos especialmente a las profesoras Lauren Gilbert y Suzanne Jackson (Washington College of Law - American University). Parte importante de la bibliografía revisada refleja la experiencia y desarrollo teórico de muchos años en los Estados Unidos, en donde se ha venido trabajando el problema desde hace 25 años⁸⁵⁶, bastante antes que en América Latina. Sin

⁸⁵⁴Rioseco, Luz. De la Violencia al Amor, en Veredas por Cruzar. Instituto de la Mujer, Santiago de Chile, 1997, pág. 132.

⁸⁵⁵Idem.

⁸⁵⁶Culliton, Katherine. Legal Remedies for Domestic Violence in Chile and the United States: Cultural Relativism, Myths, and Realities, en Case Western Reserve Journal of International Law, Spring-Summer. Estados Unidos, 1994.

embargo, las cifras nos muestran que aún continúa teniendo una magnitud muy similar a la del resto de los países americanos. Esta semejanza puede ser muy interesante y fructífera, si con ella logramos un diálogo teórico y práctico que nos permita aprender de experiencias ya realizadas y evaluadas de manera de no repetir las, con la pérdida de tiempo, de recursos e incluso de vidas que ello implica.

En el acápite primero analizamos las características de la violencia doméstica y sus efectos, que más tarde nos servirán para fundamentar nuestra postura frente a la mediación.

En el acápite segundo, se entregan algunos elementos conceptuales y teóricos de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en general y, en particular, de la mediación.

En el tercer acápite, se entremezclan los elementos aportados en los dos anteriores para relacionarlos con la mediación y analizar su inconveniencia en casos de violencia doméstica.

Y en el cuarto acápite, se intenta realizar un análisis de la mediación en violencia doméstica desde una perspectiva diferente, la de los derechos humanos de las mujeres, mostrando cómo y qué derechos consagrados en convenciones internacionales son transgredidos por la utilización de este mecanismo cuando no hay igualdad entre las partes.

Este último acápite, en la búsqueda de una aplicación práctica de la teoría, insinúa una estrategia jurídica para evitar que la mediación sea instaurada en nuestras legislaciones como mecanismo a ser utilizado en casos de violencia doméstica o para que en aquellas que ya existe sea abolida.

1. Violencia doméstica: Características del problema

Conceptos y aproximación al tema

Para los efectos del presente trabajo entenderemos por violencia doméstica:

Toda conducta que por acción u omisión tenga por objetivo causar daño o dolor a la pareja mujer, ya sea psicológico, físico o sexual⁸⁵⁷.

Las consecuencias de la violencia que vive una mujer pueden ser muy graves en cuanto a su salud, tanto física como psicológica, pudiendo llegar incluso al suicidio o al homicidio⁸⁵⁸. La salud de estas mujeres, en todos sus ámbitos, es considerablemente peor que la de las mujeres que no han sufrido esta violencia⁸⁵⁹. Aquellas que sufren violencia durante el embarazo tienen tres veces más complicaciones durante el parto que aquellas que no⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷Baloian, Ignacio. Definiciones, Categorías y Formas de Violencia Intrafamiliar, en Caceres, Rioseco y otros(as). Violencia Intrafamiliar: Perspectiva Psicosocial y Jurídica. Instituto de la Mujer y Sernam, Santiago, Chile, 1996.

⁸⁵⁸Heise, Lori; Pitanguy, Jacqueline; y Germain, Adrienne. Violence against Women: the Hidden Health Burden. Discussion Paper N° 255. Banco Mundial, Washington, D.C., 1993.

⁸⁵⁹Koss, Mary; Koss, P.; y Woodruff, J. Deleterious Effects of Criminal Victimization on Women's Health and Medical Utilization. 1991; Morrison, Andrés y Orlando, María Beatriz. El Impacto Socio-Económico de la Violencia Doméstica contra la Mujer en Chile y Nicaragua. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C, 1997.

⁸⁶⁰Valdez, Rosario; Sanín, Luz; y Sanín, Rosario. La violencia doméstica durante el embarazo y su relación con el peso al nacer. Salud Pública de México, N° 38(5)362-62. México, 1996.

De manera que la violencia contra las mujeres es un problema de salud pública. En países demográficamente en desarrollo, el 5% de los años de vida saludable de una mujer se pierden por causas asociadas a la violación y la violencia doméstica y sexual. El peso de la violencia contra la mujer representa casi el mismo riesgo de morbilidad producida por el cáncer y las enfermedades cardiovasculares. Los efectos del abuso psicológico son más devastadores que los del maltrato físico⁸⁶¹.

La violencia doméstica también es un problema de derechos humanos. En efecto, se logró un importante consenso internacional cuando el movimiento internacional de mujeres exigió que los derechos de las mujeres, incluyendo el derecho a una vida libre de violencia de género, fueran considerados parte integral e indivisible de los derechos humanos fundamentales reconocidos por el sistema universal.

Esta demanda se plasmó por primera vez en un instrumento internacional en la Declaración y Programa de Acción de Viena⁸⁶² (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 1993), luego en la Declaración de Naciones Unidas en contra de la Violencia hacia las Mujeres (ONU, 1994), luego en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing⁸⁶³ (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995) y luego, en el sistema regional, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres⁸⁶⁴ (Convención de Belem do Pará).

Además del dolor y secuelas físicas y emocionales para la mujer y su familia, la violencia que sufre implica múltiples atenciones en consultorios, hospitales o clínicas por largos periodos de tiempo (mientras dura la violencia y luego de terminada para su sanación mental), es decir la utilización frecuente del sistema de salud. Este sistema también es ocupado por el agresor, para su rehabilitación y por los testigos de la violencia, siendo estos últimos principalmente los hijos e hijas, que deben superar los efectos que presenciar esta violencia les provoca⁸⁶⁵.

Esta violencia también se traduce en disminución de la productividad en el trabajo, como en altas tasas de desempleo, ausentismo y rotación laboral, situaciones que afectan en mayor medida a la víctima pero también al agresor y por supuesto a las entidades contratantes⁸⁶⁶. Todo esto implica pérdidas para el empleador y una reducción en los ingresos de las mujeres víctimas de la violencia. Respecto a lo último el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) calculó en 1996 que la reducción de los ingresos de las mujeres violentadas en sus hogares fue equivalente a más del 2% del Producto Interno Bruto en Chile y al 1,6% en Nicaragua⁸⁶⁷.

Por otra parte, conlleva en muchos casos, la asesoría jurídica en organismos que prestan este servicio gratuitamente y la interposición de denuncias en la policía y/o demandas ante los tribunales de justicia. Es decir, implica la utilización y movilización del sistema judicial y policial, con los altos costos que ello implica por la excesiva recarga laboral y escasez de recursos que ambas entidades tienen permanentemente⁸⁶⁸.

⁸⁶¹Heise, Pitanguy y Germain, op. cit.

⁸⁶²United Nations Doc. A/Conf. 157/23. Vienna, julio, 1993.

⁸⁶³United Nations Doc. A/Conf. 177/20. Beijing, China, octubre, 1995.

⁸⁶⁴OAS, AG/doc.3115/94 rev.2. Belem do Pará, Brasil, junio, 1994.

⁸⁶⁵Cáceres, Ana; Rioseco, Luz y otros(as). Violencia Intrafamiliar: Perspectiva Psicosocial y Jurídica. Instituto de la Mujer y Sernam, Santiago de Chile, 1996.

⁸⁶⁶Idem.

⁸⁶⁷Banco Interamericano de Desarrollo. Problema para el Desarrollo de America Latina. Washington, D.C., octubre, 1997.

⁸⁶⁸Idem.

El costo económico de la violencia doméstica para la sociedad “comprende el valor de los bienes y servicios que se utilizan para tratarla o prevenirla, así como el valor de los bienes y servicios que no se producen”⁸⁶⁹ por su causa. Por ejemplo, en los Estados Unidos se han estimado los costos del tratamiento médico y la pérdida de productividad de los trabajadores entre US \$5.000 y US \$10.000 millones por año⁸⁷⁰; y en Canadá, el costo que sufrieron las mujeres objeto de abusos, otras personas y las autoridades nacionales, provinciales y locales en 1993 superó los US \$3.200 millones⁸⁷¹.

Sin embargo, no todos los efectos de la violencia en su amplia gama están considerados en estudios como los citados anteriormente. Nos referimos, por ejemplo, al daño que sufren los hijos e hijas testigos de la violencia que se ejerce sobre su madre, tanto a nivel de salud física y psicológica, como de su desarrollo emocional, conductual y de su aprendizaje.

Así tenemos, que los efectos sobre los(as) niños(as) ya son perceptibles al momento de su nacimiento, ya que pesan aproximadamente medio kilo menos que los de mujeres que no han vivido violencia durante el embarazo⁸⁷². Durante la niñez son muy frecuentes trastornos en el sueño, enuresis, encopresis, jaquecas, colon irritable, etc., además de manifestaciones emocionales y conductuales como agresividad, especialmente en los varones, timidez y retraimiento, especialmente en las niñas, inseguridad e inestabilidad. A nivel de estudios, baja el rendimiento puesto que hay pérdida de la concentración, del interés, hiperactividad, somnolencia, etc.⁸⁷³

Otro costo social muy alto no considerado es la repetición del modelo violento y, por tanto, su reproducción. Los niños que han sido testigos de violencia tienen muy altas probabilidades de tener un comportamiento violento como forma de resolución de los conflictos, especialmente agrediendo a su pareja. Las niñas, a su vez, tienen altas probabilidades de ser mujeres maltratadas por sus parejas, ya que tenderán a vivir este comportamiento como aceptable o normal⁸⁷⁴.

Por otra parte, los niños y niñas testigos(as) de violencia también tienden a perpetuar la violencia social y la pobreza. Esto ocurre porque, como forma de escapar de estos hogares violentos, tienen altas probabilidades de deserción escolar, de caer en la delincuencia, en la drogadicción, en el alcoholismo y de tener embarazos durante la adolescencia⁸⁷⁵.

Por último, sería importante evaluar también la pérdida que significa para los países el que las mujeres que viven violencia se aislen y no participen socialmente ni ejerzan su ciudadanía en forma plena, contribuyendo con sus ideas, esfuerzo y decisiones, ya sea en los niveles vecinales, en organizaciones que abarcan un territorio más grande o en otras de carácter gremial, sindical o político⁸⁷⁶.

Por tanto, la violencia doméstica claramente constituye un importante obstáculo al desarrollo de los países. En primer lugar, en la medida que el no desarrollo pleno de un porcentaje

⁸⁶⁹Morrison y Orlando, op. cit.

⁸⁷⁰Meyer, Harris. The Billion Dollar Epidemic. American Medical News, enero, 1992.

⁸⁷¹Greaves, Lorraine; Hinkivsky, Olena; y Kingston-Riechers, Jo Ann. Selected Estimates of the Costs of Violence Against Women. Centre for Research on Violence Against Women and Children, Londres y Ontario, 1995.

⁸⁷²Valdéz, Sanín y Sanín, op. cit.

⁸⁷³Cáceres, Rioseco y otros(as), op. cit.

⁸⁷⁴Huesmann, L.R. The Development of Aggressive Behavior from the Perspective of a Developing Behaviorism. American Psychologist N°42. Estados Unidos, 1987, págs. 435-442.

⁸⁷⁵Idem.

⁸⁷⁶Idem.

importante de sus habitantes (las mujeres que viven la violencia, quienes la ejercen y quienes la presencian) impide o hace más lento el desarrollo como nación. Y en segundo lugar, en la medida que los altos costos económicos que ésta tiene restan recursos a invertir en otros problemas sociales, afectando esta última situación en mucho mayor medida a los países pobres.

De esta manera, cualquier esfuerzo que se haga por proteger a las víctimas, prevenir y erradicar la violencia doméstica constituye una contribución muy valiosa. Sin embargo, en algunas situaciones, por desconocimiento del problema y de una perspectiva de género, e incluso con muy buenas intenciones, se están implementando o intentando implementar mecanismos que supuestamente apuntarían a dichos objetivos pero que en realidad son más bien dañinos y peligrosos para las víctimas y reforzadores de la conducta del agresor. Nos referimos, por ejemplo, a la mediación.

A continuación analizaremos los rasgos de la violencia doméstica y sus efectos, que son los aspectos que impedirían que se lleve a cabo una mediación justa y eficaz para ambas partes. Si bien no todas las personas ni todos los casos de violencia doméstica son iguales y, por tanto, no todas las víctimas sufren los mismos efectos con la misma intensidad, hay cinco importantes elementos que se repiten en muchos de ellos. Estos son: el Síndrome de la Mujer Maltratada, el Desamparo o Indefensión Aprendida, el Ciclo de la Violencia Doméstica, la dependencia y la cultura del maltrato.

Síndrome de la Mujer Maltratada

Los abusos sobre el cuerpo, la vida, la integridad psicológica, la libertad en el caso de las mujeres generan el "Síndrome de la Mujer Maltratada": conjunto de síntomas que coinciden con los efectos tipo "campo de concentración"⁸⁷⁷ caracterizado por trastornos emocionales, trastornos psicosomáticos y déficits en el área interpersonal⁸⁷⁸.

El Síndrome de la Mujer Maltratada, es un concepto acuñado por la psicóloga norteamericana Leonore Walker en 1984⁸⁷⁹, época en la cual surgió como una descripción clínica de ciertos efectos psicológicos producidos por el trauma del maltrato severo y repetido, dentro de los cuales destaca el "desamparo aprendido"⁸⁸⁰ resultante de la naturaleza cíclica de la violencia doméstica.

Leonore Walker basó su teoría en los conceptos del ciclo de la violencia, en la condición psicológica del desamparo aprendido y en el Desorden por Stress Post Traumático (del cual el Síndrome de la Mujer Maltratada vendría a ser una subcategoría).

El Síndrome de la Mujer Maltratada es considerado una subcategoría del Desorden por Stress Post Traumático, un desorden en la ansiedad universalmente reconocido por la comunidad psicológica. Las personas que lo padecen experimentan tres grupos de síntomas: alteración cognitiva, como recuerdos invasivos, hipervigilancia con aumento de la conciencia

⁸⁷⁷Ferreira, Graciela. La Mujer Maltratada: Un Estudio sobre las Mujeres Maltratadas. Sudamericana, Bs. As., 1989.

⁸⁷⁸Cáceres, Ana. Efectos de la violencia, en Cáceres, Rioseco y otros(as), op. cit.

⁸⁷⁹Walker, Leonore. Battered Women Syndrome. Estados Unidos, 1984. El concepto del SMA lo elaboró a partir de un estudio de 120 mujeres a las cuales les hizo detalladas entrevistas y del análisis de fragmentos de historias de 300 mujeres víctimas de violencia por parte de sus parejas.

⁸⁸⁰Walker, Leonore. The Battered Women. Harper Colophon Books, New York, 1979. "Desamparo aprendido" también es traducido como "indefensión aprendida".

respecto de las señales de posible peligro y elevado nivel de anulación personal, como depresión o represión⁸⁸¹.

Como producto del síndrome, los trastornos emocionales que se evidencian más claramente son: ansiedad, “angustias, miedos y terrores, indefensión aprendida, apatía, pasividad, bloqueos, resignación, ideas y tentativas suicidas, cambios bruscos de humor y depresión, acompañados de deterioro de la personalidad y minusvaloración. Entre los trastornos psicósomáticos más frecuentes encontramos: cefaleas, úlceras, alteraciones del sueño, anemia, inapetencia, hipertensión⁸⁸², bulimia, colon irritable y en general, dolores en diversas partes del cuerpo. Además, las mujeres bajo el síndrome “se sienten responsables por la conducta del agresor y niegan la rabia que sienten hacia él”⁸⁸³:

Como las víctimas de maltrato son mantenidas en el aislamiento, su vida social se va reduciendo a su mínima expresión, sin amistades y sin vínculos familiares. Puede darse también abandono del trabajo. En el área de las habilidades interpersonales se van haciendo cada vez más hipoasertivas. Las degradaciones, castigos, amenazas, humillaciones y manipulaciones a las que son expuestas las conducen a la vulnerabilidad extrema y a la precariedad existencial⁸⁸⁴.

Walker, por su parte, señala además que el maltrato que viven las mujeres es el resultado en gran parte de la socialización de los roles sexuales. Sostiene que las mujeres son condicionadas para creer que no tienen una opción distinta que la de ser víctimas pasivas y son estereotipadas como irracionales. Además son educadas en una visión tradicional sobre “su rol” como mujer en el hogar y tienen en general baja autoestima⁸⁸⁵.

Desamparo Aprendido

El “Desamparo Aprendido” es una suerte de parálisis psicológica que la mujer maltratada vive y que contribuye a que ella permanezca en la relación abusiva.

Es una teoría psicológica del aprendizaje, que señala que la mujer luego de recibir repetidamente maltrato, empieza a percibir que ella no puede controlar la situación de abuso⁸⁸⁶. Así empieza a operar una sensación de desamparo en la mujer, la cual ha ido aprendiendo con la repetición de las agresiones físicas y/o psicológicas. Como efecto la percepción se transforma en realidad y ella empieza a actuar pasiva, sumisa y desamparadamente. De manera que disminuye en ella la motivación de respuesta y su habilidad cognitiva para percibir los hechos en una relación cambia. Ella no cree que su comportamiento pueda influir en la detención de la violencia en su contra; ella no puede pensar en alternativas y siente que es incapaz y demasiado estúpida para aprender cómo cambiar la situación⁸⁸⁷.

Ciclo de la Violencia Doméstica

⁸⁸¹Idem.

⁸⁸²Idem.

⁸⁸³McClure, Sue E. The Battered Woman Syndrome and the Kentucky Criminal Justice System: Abuse Excuse or Legitimate Mitigation?. 85 Ky. L. J. 169 (1997).

⁸⁸⁴Idem.

⁸⁸⁵Idem.

⁸⁸⁶Toffel, Hope. Crazy Woman, Unharmful Men, and Evil Children: Confronting the Myths about Battered People Who Kill their Abusers, and the Argument for Extending Battering Syndrome Self-Defenses to All Victims of Domestic Violence. 70 S. Cal. L. Rev. 337 (1996).

⁸⁸⁷Walker, Battered Women Syndrome, op. cit.

El ciclo de la violencia consta de tres fases: acumulación de tensión, episodio violento y arrepentimiento. Nos parece importante entender el carácter cíclico de la violencia doméstica y cada una de sus etapas, ya que nos permite explicarnos una serie de situaciones, algunas de las cuales dicen relación con la mediación. Por esto, a continuación describimos las fases del ciclo, sus características y como lo viven la víctima y el agresor.

1. Primera fase, de acumulación de tensión⁸⁸⁸

En los comienzos el ambiente que se encuentra en la pareja es generalmente relajado, la comunicación parece fluir bien. Luego, comienzan a manifestarse pequeños y diversos gestos, muchas veces imperceptibles para las personas externas a la relación, que podemos interpretar como demostraciones, en general indirectas, de desaprobación en cuanto a la conducta de la mujer, ya sea como madre, como esposa, como trabajadora, etc.; estos gestos del hombre pueden ser, por ejemplo, de desagrado o impaciencia en su cara, cambios en el tono de la voz, acotaciones sarcásticas respecto a comidas o vestuario o labores de su pareja, silencios forzados y ausencias repetidas del hogar.

Este estado de tensión que se vive en la pareja puede traducirse en constantes discusiones y/o en cada cual haciendo la “guerra del hielo”, es decir, no dirigirse la palabra. Esta fase puede durar desde días hasta años. “La tensión se construye y se fomenta hasta el punto de explosión”⁸⁸⁹.

La mujer empieza a captar las señales de malestar en el hombre, primero con sorpresa o dolor y luego preguntándose qué es lo que en su actuar provoca este tipo de conducta en el hombre, tratando entonces de hacer cualquier cosa para evitar estos estados de tensión.

La mayoría de los agresores señalan que ellos no golpearían a su pareja si ellos no fueran “provocados”. La putativa provocación usualmente consiste en que ella haga algo que él piensa que no debería, o que ella no haga algo que él piensa que si debería⁸⁹⁰.

De manera que la mujer trata de cambiar su conducta a fin de evitar futuras golpizas. Desafortunadamente, cada alteración de la conducta de la mujer tiene el efecto opuesto al esperado ya que ésto refuerza la conducta violenta del hombre, porque él percibe que los golpes producen los resultados deseados. Esta conducta que produce los resultados deseados tiende a repetirse, y así los intentos de la mujer por reducir la conducta violenta del hombre, irónicamente tienden justamente a aumentarla.

Frente a la repetición de esta fase, el miedo en la mujer por lo que puede venir a continuación es de tal magnitud que basta con una pequeña señal de inicio -como una mirada, un guiño, una palabra- o aún sin ella para que la mujer sufra todo tipo de emociones que le impiden reaccionar en su favor y se paraliza. Empieza a tener

⁸⁸⁸Baloian, Ignacio y Olguin, Luz María. El ciclo de la violencia en la pareja, en Cáceres, Rioseco y otros(as), op. cit.

⁸⁸⁹Sonkin, D.J. y Durphy, M. Learning to live without violence: A Handbook for Men. Volcano Press, Estados Unidos, 1982, en Baloian y Olguin, op. cit.

⁸⁹⁰Eddy, M.J. y Myers, T. Helping Men Who Batter: A Profile of Programs in the U.S. (Prepared for the Texas Department of Human Resources.) Estados Unidos, 1984, en Baloian y Olguin, op. cit.

síntomas fisiológicos como aumento del ritmo cardíaco y temblor en las piernas y empieza a sentir un “nudo” en el estómago y en la garganta, entre otros.

Durante esta fase se pueden producir golpes menores pero lo que la caracteriza es la violencia psicológica. En esta etapa la mujer intenta calmar a su compañero a través de conductas que anteriormente le han resultado exitosas, por ejemplo, siendo cariñosa, complaciente o evitando “entrometerse” en los asuntos de él. De esta forma, inconcientemente, la mujer hace saber a su pareja que acepta su abuso como un hecho “legítimo” dirigido contra ella. No es que piense que deba pegarle, sino que cree que debe tratar que el hombre no se enoje para que no le pegue; si lo consigue no habrá incidentes, pero si él explota, ella se siente culpable⁸⁹¹.

Durante esta fase, el estado de tensión y el miedo son tan fuertes en la mujer que cuando siente que no es capaz de detener o prevenir la violencia, puede llegar incluso a realizar acciones u omitir conductas que ella reconoce como “provocativas” para el agresor, a fin de desencadenar de una vez la agresión, para luego poder “descansar”. Esto no debe confundirse con el mito de que las mujeres provocan la violencia o que les gusta que les peguen.

2. Segunda fase, estado agudo de golpes⁸⁹²

Este es el momento en que termina la acumulación de tensión de la fase uno y el proceso ya no responde a ningún control. La pérdida de control y el grado de destrucción diferencian al incidente agudo de golpes de los incidentes de golpes menores de la fase anterior⁸⁹³.

En este estado la violencia puede ir desde empujones, cachetadas, puñetazos, patadas, lanzamiento de objetos o golpes con éstos, hasta ataques con armas. Este estado puede durar desde unos pocos minutos hasta días. La violencia se detiene ya sea porque el hombre recapacita sobre lo que está haciendo, o ya sea porque la mujer abandona el hogar, llama a la policía y/o requiere hospitalización⁸⁹⁴.

A medida que la agresiones se van repitiendo, el hombre cada vez se siente con más derecho a “solucionar sus conflictos” de esta manera y sus sentimientos de culpabilidad van inversamente disminuyendo.

Las primeras reacciones de la mujer son de rabia, frustración y desesperación; luego de tristeza porque la agresión proviene de su pareja por la cual ella aún siente afecto. Por esto, ella vive la violencia con tantas contradicciones y sentimientos encontrados y generalmente, no es capaz de reaccionar⁸⁹⁵.

“Inmediatamente después de esta fase explosiva, prosigue lo que se denomina 'invalidación del hombre' y 'responsabilización de la mujer'. Uno de los mecanismos para dejar atrás la culpabilidad por una falta cometida es hacer recaer el hecho en la víctima y anular sus sentimientos. Es lo que ocurre con el hombre después de la agresión. Así es como trata a la mujer de 'histérica', 'no tienes porqué gritar si sólo

⁸⁹¹Walker, *The Battered Woman*, op. cit.

⁸⁹²Baloian y Olguin, op. cit.

⁸⁹³Walker, *The Battered Woman*, op. cit.

⁸⁹⁴Sonkin y Durphy, op. cit.

⁸⁹⁵Baloian y Olguin, op. cit.

te pasé a llevar', 'eres una loca', etc. De paso, el hombre invalida su propia responsabilidad frente al acto cometido alegando que son problemas de alcohol y por último, que es la mujer la que lo provoca⁸⁹⁶.

De manera que es un periodo de “reflexión” para la mujer puesto que experimenta muchos sentimientos de culpabilidad por la sensación que tiene de que algo en ella puede no estar “funcionando bien”. Esta idea es corroborada socialmente, “lo que hace que la mujer poco a poco comience a asumir la responsabilidad por el acto de violencia de su pareja, ya que piensa que modificando alguno de sus comportamientos la violencia cesará”⁸⁹⁷.

3. Tercera fase, estado de “luna de miel” o conducta arrepentida⁸⁹⁸

Después de las agresiones, el hombre empieza a dar muestras de arrepentimiento por su conducta ante la mujer. Por esto, “se vuelve repentinamente cariñoso, ofrece salidas, regalos o simplemente se muestra más atento y colaborador. Plantea recomenzar todo de nuevo, que nunca volverá a suceder y que con la ayuda de ella las cosas andarán mejor”⁸⁹⁹.

El hombre pide perdón y asegura que su violencia no volverá a ocurrir. El cree firmemente en su capacidad de control. El hombre intuye que le ha enseñado una lección con lo cual ella dejará de hacer lo que hacía y él no necesitará recurrir a pegarle. El tratará de demostrar su sinceridad de las promesas de cambio, dejando de beber, de ver a otras mujeres, otros amigos o cualquier cosa que altere a su pareja⁹⁰⁰.

Ante las demostraciones de arrepentimiento y de afecto de su pareja, la mujer recobra la esperanza de que todo cambiará, siente que la violencia sufrida es un episodio aislado y pasajero y que debe darle una oportunidad a él y a su relación. “La mujer usualmente olvida porque prefiere creer que ésto no volverá a ocurrir”⁹⁰¹.

Con esto, “la mujer comienza a bajar cada vez más sus límites de tolerancia frente a la agresión y a tomar bajo su responsabilidad la estabilidad y la felicidad de la pareja y de la familia”⁹⁰².

En relación a los hombres maltratadores se han observado que “las oscilaciones de su conducta entre el cariño y la agresión, entre la indiferencia emocional y el apego, son claves en cómo las mujeres se entrampan en el circuito de violencia”⁹⁰³.

Este estado o etapa de luna de miel comienza lentamente a desaparecer y paralelamente se va construyendo nuevamente la tensión⁹⁰⁴.

⁸⁹⁶Idem.

⁸⁹⁷Idem.

⁸⁹⁸Idem.

⁸⁹⁹Idem.

⁹⁰⁰Walker, op. cit., 1979; Sonkin y Durphy, op. cit.

⁹⁰¹Baloian, y Olguin, op. cit.

⁹⁰²Idem.

⁹⁰³Idem.

Cuando la violencia se ha instalado como un patrón en la relación de la pareja, la etapa de luna de miel es cada vez más corta, hasta que se pasa directamente de la agresión a la fase de tensión, recomenzando así este ciclo de violencia.

Este ciclo nos permite explicarnos una serie de variables que intervienen en la violencia. Por ejemplo, explica por qué las mujeres permanecen en la relación violenta, que los agresores no son “monstruos” y que también son afectados por la violencia y que durante la fase de tensión el nivel de stress para la mujer es muchas veces insoportable. Por ello, sintiendo que ella es culpable del maltrato que recibe, cambia su conducta para agradar al agresor y no perturbarlo, pero como advierte que esto tampoco disminuye la tensión, empieza a desear que la violencia venga de una vez para acabar con esta agotadora e insana etapa. Esto contribuye a la mantención del mito de que a las mujeres les gusta que les peguen o que ellas provocan al agresor.

Dependencia

En las relaciones de pareja muchas veces se desarrolla una dependencia emocional respecto de quien se ama, tanto la mujer hacia el hombre como viceversa, que hace que muchas personas no quieran terminar la relación aún cuando sea dañina para ellos(as) y no los(as) haga felices. Sin embargo, por la socialización, que enseña que las mujeres para ser exitosas en la vida deben casarse con un príncipe azul y que ellas deben “actuar en conexión con otros y ser cuidadosas y atentas con los sentimientos y pensamientos de la gente, ser empáticas y corteses con las vidas de los otros”⁹⁰⁵, son las mujeres quienes desarrollan más fuertemente esta dependencia.

Otro tipo de dependencia muy importante, en muchas relaciones de pareja, es la económica. Esta dependencia la viven muy mayoritariamente las mujeres, ya que son ellas las que deben asumir por su género las tareas no remuneradas del hogar y del cuidado de los(as) hijos(as), siendo el hombre quien recibe remuneración por el suyo.

Producto del rol social que deben asumir las mujeres y de la dependencia económica que ésto genera, se producen, además de la falta de libertad, una serie de consecuencias. Por ejemplo, las mujeres se retiran del mercado laboral o nunca ingresan a él con lo cual, en el momento en que sí quieran o deban ingresar a éste, su competitividad habrá descendido en forma abismante por falta de experiencia, por falta de renovación de los conocimientos, por la edad, etc, debiendo así optar por trabajos mucho más mal remunerados que su pareja que se mantuvo dentro del mercado gracias al aporte invisible y gratuito de la mujer.

Lo anterior genera otra dependencia ante el evento de la separación: para mantener un cierto estatus o nivel de vida o para la sobrevivencia, que no alcanza a lograr con su trabajo, la mujer debe solicitar el pago de una pensión alimenticia. Las pensiones alimenticias inevitablemente producen dependencia, aún cuando sean necesarias y justas.

Cultura del Maltrato

⁹⁰⁴Sonkin y Durphy, op. cit.

⁹⁰⁵Gilligan, Carol. In a Different Voice. Psychological Theory and Women Development. 34° edición. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y London, 1996.

En toda relación de pareja, con violencia o no, existe una cultura, es decir, “cierta información y conocimiento compartido codificado en sistemas de símbolos”⁹⁰⁶. A través de la interacción cotidiana y de la historia compartida cada pareja desarrolla formas de comunicación muy particulares, como frases, gestos, palabras, bromas privadas, tonos de voz, tocaciones, etc., que son misteriosas o no detectables para otras personas pero con muy claros significados para la pareja.

Por ejemplo, en un grupo un hombre hace un gesto casi imperceptible con la boca a su esposa que se encuentra a diez metros de distancia. Para uno de los presentes, él está tratando de manifestarle a ella que no le gusta la comida; para otro, que está aburrido; para otro, que va a salir y; para el último, que necesita hablar con ella. Sin embargo, la mujer recibe sin ninguna duda el mensaje, cual es, vámonos a hacer el amor. Esta claridad en la comunicación no verbal es producto de códigos y símbolos creados por la propia pareja en su interacción diaria.

Otro ejemplo: una señal con el dedo índice dibujando una línea, realizada por la pareja varón mirando a la mujer⁹⁰⁷. Para una persona significa que le pase un lápiz; para otra, que le está avisando que saldrá un momento y; para otra, que pedirá la cuenta. Sin embargo, para ella significa sin ninguna duda que debe callar y no continuar hablando. Ninguno de los observadores interpretó el gesto en su “real” significado. En este ejemplo, se trata de un hombre agresor.

La cultura del maltrato no sólo debe ser entendida como ciertos códigos de comunicación entre agresor y víctima, ya que éstos se dan en todas las parejas. La cultura del maltrato es un conjunto de dinámicas que se dan en un cierto contexto y que producen determinados efectos, es decir, es mucho más amplia y compleja que sólo símbolos comunicacionales. A lo menos comprende los siguientes elementos⁹⁰⁸:

- < El abuso en sí, sea físico, emocional, sexual o económico
- < El contexto de la relación como sistemático patrón de control y dominación por parte del agresor
- < La tendencia a esconder y negar o minimizar el abuso, por ambas partes

Es decir, para establecer si una pareja vive en la cultura del maltrato, es necesario que además del abuso o la violencia, exista este patrón de control y dominación, ya sea que se ejerza a través de la violencia y/o a través de otras formas como el gesto del dedo descrito anteriormente.

En el caso en que, por ejemplo, haya habido una sola agresión física o psicológica, en mi opinión, estaríamos frente a violencia doméstica, para todos los efectos legales, pero, en general, no aún dentro de la cultura del maltrato. Esto porque para establecer el patrón sistemático de dominación (elemento número dos), requisito esencial de la cultura, siempre va a existir algún tipo de violencia (elemento número uno), por sutil que ésta sea, ya que la tendencia general es que en el primer período la mujer intente rebelarse ante la imposición de normas y ante esta rebelión la violencia se hará presente. Y habiendo violencia, aparecerá la tendencia a minimizarla y esconderla, a lo menos mientras se desee perseverar en la relación.

⁹⁰⁶Fischer, Karla; Vidmar, Neil; y Ellis, Rene. The Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases. Southern Methodist University Law Review, Summer, 1993. Traducido por la autora.

⁹⁰⁷Fischer, Karla. The Psychological Impact and Meaning of Court Orders of Protection for Battered Women. Tesis para el doctorado, University of Illinois, Estados Unidos, 1992.

⁹⁰⁸Fischer, Vidmar y Ellis, op. cit.

Para entender el patrón de dominación es necesario resaltar dos aspectos que se dan en las parejas en que hay violencia:⁹⁰⁹

- < hay una persona que dicta las normas dentro del hogar y las hace cumplir (el agresor)
- < hay otra que debe seguir las normas (la víctima)

Además de estos roles claramente existentes, en las relaciones abusivas se da un proceso que tiene cuatro claras etapas:⁹¹⁰

- 1) La dominación y control crecientes por parte del agresor, que no necesariamente requieren expresión verbal para hacer sentir esta atmósfera de control y dominancia
- 2) La internalización de las normas y la autocensura: el agresor cada vez necesita hacer menos para ejercer el control, ya que la víctima hace “todo lo necesario” para no “provocar” al agresor, es decir, acata las reglas por él impuestas y si en un comienzo ella se rebeló ya no lo hace
- 3) Sanción ante el incumplimiento de las normas: cuando una norma es “transgredida” por la mujer el “castigo” es la agresión
- 4) Asentamiento del patrón a través del miedo, el abuso emocional y el aislamiento social; el miedo de la víctima respecto de violencia futura es lo que reafirma y mantiene la cultura del maltrato. Este miedo puede ser el resultado de violencia pasada o de amenazas de agresiones físicas o psicológicas futuras respecto de su persona, de los(as) hijos(as) u otras personas queridas por ella

2. Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos y mediación

Como en materia de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, en general, y de mediación, en particular, existen diversas concepciones, antes de analizar esta última a la luz de la violencia doméstica, nos parece útil hacer algunas precisiones conceptuales e ideológicas.

Conceptos y concepciones

Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos podemos definirlos como “una serie de procedimientos alternativos a los litigios judiciales o arbitrales⁹¹¹ para la resolución de conflictos, que generalmente cuentan con la asistencia de una tercera parte neutral que ayuda a facilitar su resolución”⁹¹².

La mediación es uno de estos mecanismos, junto con la negociación y la adjudicación. Existen además, algunos mecanismos híbridos que combinan elementos de los tres primeros, como por ejemplo, la evaluación neutral temprana⁹¹³ o el experto neutral⁹¹⁴.

⁹⁰⁹Idem

⁹¹⁰Idem.

⁹¹¹El arbitraje originalmente fue uno de estos mecanismos pero en la actualidad se lo considera más cercano al litigio, dejando el término Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos para referirse principalmente, pero no exclusivamente, a los procesos consensuales.

⁹¹²Brown y Marriot, op. cit., pág. 9.

⁹¹³En inglés “*early neutral evaluation*”. Consiste en que un evaluador neutral trabaja con las partes durante la etapa del comienzo del caso con el fin de realizar una evaluación confidencial de la disputa y de lograr que las partes acoten y definan el problema y que lleguen a un acuerdo. Brown & Marriot, op. cit., pág. 20. Traducido por la autora.

Los argumentos que se sostienen en favor de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en cuanto alternativos al sistema judicial inquisitorio, son de diversa naturaleza y se argumentan con distintos grados de convencimiento, yendo desde la cautela hasta su propuesta como “la panacea” para la resolución de todos los problemas de nuestros sistemas judiciales.

Dentro de esta amplia gama de seguidores(as) encontramos desde quienes ven a los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos como una filosofía de vida o movimiento, pasando por otros que los consideran procedimientos que facilitan la convivencia entre los seres humanos, hasta quienes los consideran simples mecanismos colaboradores de la administración de justicia. Para los efectos de este trabajo, es importante señalar la existencia de estas diversas escuelas de pensamiento ya que ellas se traducen en una valoración diferente de los objetivos y de los componentes o elementos de la mediación.

Como ya lo señaláramos en la introducción, nos seducen los valores que en general los mecanismos alternativos de resolución de conflictos propugnan. Creemos firmemente que para construir una sociedad mejor, más igualitaria y más justa que la que nos ha tocado vivir debemos propiciar la solución pacífica de los conflictos, el diálogo por sobre la confrontación, la medición del éxito personal por la felicidad y la armonía y no por el triunfo de un(a) ganador(a) por sobre un(a) perdedor(a) o por la destrucción -real o simbólica- de quienes no piensan como nosotras(os), o por la imposición por la fuerza de nuestras ideas.

Sin embargo, también creemos en la libertad y en la democracia, y como consecuencia de ello, en el derecho de cada persona para decidir, frente a un conflicto jurídico, si desea que éste sea resuelto por los tribunales o por un(a) mediador(a).

Un concepto generalmente aceptado de mediación que incluye las diversas tendencias es el siguiente:

La mediación “intenta proveer una alternativa al litigio, en donde las partes, ayudadas por un(a) tercero(a) neutral, tratan de lograr, con buena fe, un acuerdo que resuelva todo o parte del problema en disputa”⁹¹⁵.

La mediación se diferencia de la conciliación⁹¹⁶ en que en esta última no es un(a) tercero(a) neutral sino un(a) juez(a) quien llama a las partes a lograr un acuerdo y no en base a las sugerencias de ellas sino en base a sus propias propuestas. Nos parece importante hacer la distinción porque, si bien la conciliación escapa del ámbito de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos y se sitúa dentro de un procedimiento judicial, en algunos países se contempla el llamado a conciliación en casos de violencia doméstica con resultados negativos.

En Chile, por ejemplo, la conciliación se contempla en la Ley de Violencia Intrafamiliar en la etapa de comparendo o audiencia de las partes y antes de la etapa de prueba o

⁹¹⁴En inglés “*neutral fact-finding expert*”. Consiste en una investigación realizada por un(a) experto(a) en cierta materia técnica o jurídica, que luego, si es necesario, continúa en el rol de mediador y eventualmente toma la decisión final. Brown y Marriot, op. cit., pág. 20. Traducido por la autora.

⁹¹⁵Bethel, Charles y Singer, Linda. Mediation: A New Remedy for Cases of Domestic Violence, en Symposium: Family Violence in América, 2° parte. Vermont Law Review N°7, Estados Unidos, 1982, pág. 15. Traducido por la autora.

⁹¹⁶El llamado a conciliación se consagra en muchos procedimientos judiciales en América Latina como una obligación o una facultad del juez.

resolución. En algunos casos, con el objeto de poner fin al juicio y liberarse de la carga laboral y, en otros, con la mejor intención de resolver el asunto e incluso ayudar a la víctima, la conciliación ha sido utilizada para presionar a las partes para que arriben a un acuerdo. Este es muchas veces inservible por su contenido y por la imposibilidad de exigir forzosamente su cumplimiento. En muchos casos, el acuerdo crea un peligro mayor para la víctima ya que no se toma en cuenta que ésta no está en condiciones de rechazar una propuesta del agresor porque le teme. Tampoco puede rechazar las propuestas de un(a) juez(a) o funcionario(a) -que las partes muchas veces creen que es el(la) juez(a)-, que son vistos como una especie de “dios(a)”. La mujer tampoco está en condiciones de evaluar la real efectividad del acuerdo y el peligro en que se encuentra ya que el agresor se sentirá absolutamente impune cuando transgreda el acuerdo y no tenga sanción alguna por ello⁹¹⁷.

La situación de la víctima frente a esta conciliación es la misma que frente a una mediación. La gran diferencia es que el o la juez o jueza, a diferencia de la o el mediador(a), sí esta facultado(a) para ordenarle o exigirle una cierta conducta al agresor, para reprocharle su comportamiento violento, para decretar medidas de protección y para sancionarlo en definitiva.

Elementos de la mediación

Los elementos básicos y esenciales de la mediación son⁹¹⁸:

- < Participación voluntaria de las partes
- < Igualdad o paridad de poder entre las partes
- < Neutralidad del mediador
- < Confidencialidad

Participación voluntaria de las partes

El primer elemento, la voluntad, implica que nadie puede ser obligado a participar en un proceso de mediación. Por el contrario, debe ser necesariamente una decisión libre de las partes.

Como en toda materia, una decisión, para ser libremente tomada, requiere de información. Es decir, requiere conocimiento respecto a qué es la mediación, cómo se lleva a cabo y qué implicancias tienen sus resultados, por lo menos.

Igualdad o paridad de poder entre las partes

El segundo elemento, la igualdad de poder entre las partes, es un requisito esencial a fin de que las personas involucradas en la mediación puedan delimitar el problema, proponer salidas, debatirlas, negociarlas y acordar una solución a su conflicto en paridad de condiciones, de manera que la mediación, en cuanto a proceso y a su resultado, sea justo para ambas partes.

Neutralidad del mediador(a)

⁹¹⁷Iriarte, Claudia; Rioseco, Luz; Hasse, Vivianne; y Salvo, Claudia. Seguimiento de la aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar. Instituto de la Mujer y Sernam, Santiago, Chile, 1995.

⁹¹⁸Brown, Henry y Marriot, Arthur. ADR Principles and Practice. Swett & Maxwell, London, 1993, pág. 10.

El tercer elemento, la neutralidad del mediador, busca la imparcialidad de manera que no se favorezcan los intereses de ninguna de las partes en detrimento de los intereses de la otra. En otras palabras, no le sería permitido al mediador en su rol colaborativo emitir juicios valóricos.

Confidencialidad

El cuarto elemento, la confidencialidad, se refiere al carácter reservado del proceso de manera que no sean de conocimiento público las materias tratadas en éste y sus resultados. Se establece como un requisito indispensable por tratarse de un proceso privado en que se ventilan detalles íntimos de las partes.

Ventajas y desventajas de la mediación

En relación a las ventajas de la mediación, se sostiene que este mecanismo permite evitar un número importante de procesos judiciales, colaborando con ello a la descongestión del sistema, uno de sus principales problemas. Además, se afirma que sería ventajoso en términos de costo-eficiencia, ya que es más rápido y más barato que un juicio⁹¹⁹.

También se sostiene que la mediación, así como otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, constituye una forma de democratizar la justicia ya que son las propias partes quienes deben decidir sobre su problema y no un juez extraño al mismo. En este mismo sentido, se argumenta en su favor el “empoderamiento”⁹²⁰ que produciría en las personas que participan en un proceso de mediación el hecho de conectarse para la resolución de su conflicto con su propia sabiduría y sentido común, en vez de dejarlo en manos de un tercero ajeno para que decida de acuerdo a su lógica⁹²¹.

Como desventaja de la mediación se señala la privatización de la justicia que este mecanismo implica, en la medida que el ejercicio de aquella se traslada generalmente desde un poder del Estado a un ente privado. En algunos casos la mediación se incorpora dentro del aparato judicial. Sin embargo, esto último no es frecuente puesto que ello no contribuye a descongestionar los tribunales, objetivo que se persigue con la incorporación de este mecanismo.

Hay quienes sostienen que la mediación no sería un mecanismo más barato que la justicia ya que implica la implementación o contratación de instituciones privadas con fines de lucro, que en su gran mayoría cobran altas tarifas por tratarse de un servicio especializado, de alta demanda y “de moda”.⁹²²

Como desventaja también se menciona la dificultad para encontrar partes en igualdad de condiciones, ya que en nuestras sociedades existen factores de diversa naturaleza que generan desigualdad, por ejemplo, nivel educacional, nivel socio-económico, status laboral,

⁹¹⁹Idem.; Bethel y Singer, op. cit.

⁹²⁰El concepto “empoderamiento” viene del inglés “*empowerment*” y no tiene un concepto equivalente en español, por lo cual se ha empezado a utilizar como se indica. El término se utiliza para describir el proceso de facilitamiento del trabajo propio o de otros(as) hacia o para alcanzar metas personales. En un sentido feminista es usado para describir el poder que se tiene para hacer algo o el proceso para lograrlo, más que el poder que se tiene sobre otros(as), y que incluye estrategias de persuasión y otros mecanismos de influencia no coerciva. Traducción de la autora de Humm, Maggie. *The Dictionary of Feminist Theory*. 2a edición. Ohio State University Press, Great Britain, 1995.

⁹²¹Brown y Marriot, op. cit.

⁹²²Respecto de los costos no se encontró algún estudio que permitiera comparar ambos sistemas.

género, etnia, etc.. Se propone, como forma de paliar estas desigualdades, la participación de cada parte en la mediación con su abogado(a) o con otra persona.

La neutralidad del mediador(a) también se señala como un elemento de desventaja de la mediación, ya que se considera inexistente o imposible de lograr por los seres humanos y que, en todo caso, es más factible para un(a) juez(a) acercarse a ella ya que éste cuenta con leyes, normas y precedentes que guían sus decisiones y con superiores que revisan sus fallos mediante recursos, todos controles que lo(a) obligan a esforzarse más en este sentido.

3. Mediación en casos de violencia doméstica

Regulación legal de la materia y delimitación de los casos

Las maneras en que se ha regulado o se está legislando sobre la materia no son las mismas en todos los países. Sin embargo, la tendencia es a que se establezcan -ya sea en leyes especiales, modificaciones a los códigos de procedimiento o en leyes que crean algún tipo de tribunal⁹²³- tres tipos de materias:

- < De mediación obligatoria
- < De mediación facultativa (el juez decide si debe mediar o no)
- < De mediación prohibida

En los dos primeros casos, cuando el juez decide que previamente debe mediar, luego que una de las partes ha iniciado su acción judicial y la otra ha sido notificada y/o escuchada, las partes son informadas o consultadas por el juez u otro funcionario acerca de su participación en este proceso.

Los casos de violencia doméstica que llegan a tribunales no son sólo aquellos en que la víctima u otra persona ejerce una acción o denuncia por violencia doméstica, o por los efectos de ésta⁹²⁴, en contra del agresor en la judicatura que corresponda. También debemos considerar un gran número de casos que ingresan a tribunales por lo que llamaremos “materias conexas” a la violencia. Las materias conexas están constituidas por aquellos casos en que la causa de pedir dice relación con materias diversas a la violencia propiamente tal, no obstante que sí se está viviendo pero que por diferentes razones no se está accionando judicialmente por ella. Constituyen ejemplos prototípicos de materias conexas: divorcio, pensión alimenticia, custodia- tuición y/o visitas de los(as) hijos(as) y separación de bienes.

Por tanto, las reflexiones en torno a la mediación estarán centradas en las siguientes situaciones:

- < Mediación de la violencia doméstica: nos referimos a la posibilidad de mediar la detención de la violencia y algunas medidas tendientes a este objetivo, por ejemplo, la asistencia a terapias, la salida del agresor de la casa, la separación temporal o definitiva, etc. Ciertamente la violencia misma no se puede mediar, ya que sería ridículo por ejemplo, un compromiso de agredir menos o más suavemente, y como estamos refiriéndonos a una instancia previa a la judicial no hay nada que hablar respecto de las sanciones, en el evento que esto fuera posible.

⁹²³Por ejemplo, en Chile la mediación se incorpora en el Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia, actualmente en trámite en el Congreso.

⁹²⁴ Nos referimos a lesiones físicas o psíquicas causadas por la violencia doméstica.

- ⟨ Mediación de las materias conexas a la violencia doméstica: como ya lo señalamos, nos referimos, por ejemplo a divorcio o pensiones alimenticias que sean el resultado de la situación de violencia.

Sabemos que en los casos de violencia doméstica antes de llegar a tribunales hay o puede haber una serie de instituciones que intervienen, ya sea por requerimiento legal o por decisión de quien opta por llevar el caso a la justicia. De acuerdo a la realidad de cada país, estas instituciones pueden ser, por ejemplo, la policía, consultorios jurídicos gratuitos públicos o privados y otras. Escapa a los objetivos del presente trabajo analizar la mediación que en algunas de esas instancias se realiza antes de que el caso llegue a los tribunales. Lo que acá nos interesa destacar es el rol de Poder Judicial en la materia, como ente administrador de justicia y con la potestad para decidir al respecto. Sin embargo, los fundamentos para aceptar o rechazar la mediación en casos de violencia doméstica son los mismos para todo tipo de servicio, público o privado, que realice su intervención en forma previa o posterior a un(a) juez(a)

Algunas cuestiones en torno al concepto y elementos de la mediación

- ⟨ ¿Podríamos sostener la presencia del requisito de la voluntad de las partes cuando una ley establece que una determinada materia **debe** ser mediada? Ciertamente no. Menos aún en el caso que una de las partes, o ambas, en busca de justicia o de una solución, han decidido llevar su problema a los tribunales, en donde se encuentran con que no será el juez o la jueza quien resolverá, sino que serán ellos mismos ayudados por una tercera persona.
- ⟨ ¿Podríamos sostener la presencia del requisito de la voluntad de las partes cuándo un(a) juez(a) decide que las partes deben asistir previamente a mediación? En este caso, al menos existe una posibilidad de que las partes sean consultadas por el o la juez(a). Sin embargo no siempre se establece como un requisito el que el o la juez(a) pregunte a las partes respecto de su voluntad de asistir a mediación. Por el contrario, se establece como una facultad discrecional en ciertas materias.

En el caso anterior, jueces(zas) sin sensibilidad ni comprensión del problema de la violencia doméstica y sus efectos, decidirán que las partes deben asistir a mediación, pensando que ésto es una buena alternativa⁹²⁵. En particular, cuando estamos ante un(a) juez(a) conservador y patriarcal que considera que la “unión” de la familia es lo más importante y que hay que mantenerla, no obstante que exista violencia y la familia ya esté quebrada irreparablemente o que las partes o la víctima no quieran permanecer en la relación.

- ⟨ ¿Podríamos sostener que alguien opta voluntariamente por la mediación si no tiene información respecto a qué significa este proceso ni a qué implicancias tienen sus resultados? En general, cuando se empieza a implementar la mediación no existe información accesible para la opinión pública respecto a qué es en sí el proceso y cuáles pueden ser sus resultados. Tampoco se exige como requisito que ésta se entregue ni existe conciencia por parte de los(as) jueces(zas) de la necesidad y del derecho que asiste a las partes respecto a esta información para que puedan tomar libremente su decisión. En todo caso, si las partes no poseen esta información, o si poseen alguna que no es suficiente para su entendimiento cabal del asunto, el requisito de la voluntad no se da.

⁹²⁵ Iriarte, Rioseco, Hasse y Salvo, op. cit.

- < ¿Existe igualdad de poder entre la víctima de violencia doméstica y su agresor? No, por las características de dicha violencia, por los efectos que ésta produce en las víctimas y por la estructura social y familiar patriarcal, no existe igualdad de poder entre víctima y agresor. Este es el punto que específicamente desarrollaremos con mayor amplitud en el siguiente acápite.
- < Aceptando, hipotéticamente, que la neutralidad y la imparcialidad son atributos alcanzables para los seres humanos, ¿qué rol jugarían en casos en que una de las partes está siendo o ha sido agredida por la otra? Sostenemos que en los casos de violencia doméstica el no favorecimiento de los intereses de una parte en perjuicio de la otra jugaría un rol inverso al teóricamente esperado. Este mantenerse neutro, necesariamente va a operar en contra de la parte sin poder, de la más débil en esta negociación.
- < ¿Cómo esta actitud neutral puede contribuir al reproche social de la conducta violenta en una relación de pareja? Creemos que más que reprochar contribuye a reforzar al agresor en la idea de que su conducta no es reprobable y por tanto, que puede continuarla, ya que el mediador no debe emitir un juicio valorativo en torno a dicha violencia.
- < ¿Podría ser un rol de la o el mediador(a) el equilibrar las diferencias de poder entre las partes?, ¿implicaría esto romper su neutralidad?, ¿cómo podría hacerlo? El rol central de la o el mediador(a) es facilitar el acuerdo, ya sea ayudando a las partes a ponerse en el lugar de la o el otro(a) o a escucharse, ya sea generando alternativas de solución u objetivizando; es decir, es como un puente entre ambas, que por definición debe ser neutral, no favoreciendo a una parte por sobre o en desmedro de la otra. Si nos atenemos al concepto de neutralidad, creemos que sí iría en su contra el intentar igualar las diferencias de poder entre las partes, favoreciendo a una de ellas. Esto implicaría romper uno de los pilares centrales de la institución y con ello ponerla en peligro como tal, puesto que si en esta materia se obvia uno de sus requisitos esenciales, fácilmente se podrá hacer en otras. Nos parece que más que forzar la institución de la mediación hay que buscar otros caminos.
- < ¿Contribuye la confidencialidad de la mediación al antes dicho reproche social de la violencia doméstica? El carácter privado de la mediación tampoco contribuye a generar conciencia acerca de que la violencia doméstica es un crimen y un problema social. Al contrario, refuerza la idea de que la violencia doméstica es un problema privado, de la pareja, y que, por lo tanto, el Estado no debe intervenir para sancionarla, con lo cual al agresor no se le representa que su conducta sea reprobable, ni jurídica ni moralmente.
- < La mediación está siendo legalmente incorporada en primer lugar y con carácter piloto, respecto de materias que por su complejidad e importancia debieran ser las últimas, por ejemplo familia. La confidencialidad de la mediación, consideramos es una de las razones por las cuales ha sido rápidamente incorporada como mecanismo colaborador de la administración de justicia, ya que socialmente y, en consecuencia, en el ámbito judicial, los temas de familia son considerados problemas privados en los cuales el Estado no debe intervenir mayormente y, por tanto, solucionables más adecuadamente en forma extrajudicial.
- < En general, el envío de las partes a una mediación en reemplazo de un juicio y, en particular, por su carácter confidencial y privada, implica según algunos(as), una suerte de privatización de la justicia, de la función pública de administrar justicia encomendada constitucionalmente a los tribunales. Compartimos esta preocupación, no porque

consideremos como eficiente y justa dicha función pública o porque descalifiquemos *per se* las actuaciones en la materia de entes privados, sino porque nos parece que en un sistema democrático las partes tienen derecho a decidir cómo resolverán sus conflictos.

A continuación queremos relacionar y conectar los aspectos más relevantes de los cinco conceptos analizados en el acápite sobre violencia doméstica, con la mediación. Para ello nos formularemos la siguiente pregunta:

¿Puede una mujer, en las condiciones que se resaltan en seguida, participar junto a su agresor en un proceso de mediación que sea justo y eficaz para ella?:

- < Padeciendo los síntomas del Síndrome de la Mujer Maltratada: anulación personal, apatía, pasividad, resignación, deterioro de la personalidad, minusvaloración, es decir, viviendo los “efectos tipo campo de concentración”⁹²⁶
- < Aislada de todo tipo de redes de apoyo e información que le permitan detener la violencia y conocer sus derechos
- < Con una autoestima muy baja y deteriorada⁹²⁷
- < Vivenciando el Desamparo Aprendido que se traduce en pasividad, sumisión y sentimientos de impotencia
- < Encontrándose en alguna de las etapas del Ciclo de la Violencia. Si se trata de la primera fase, ella se encontrará en un estado de tensión permanente, haciendo cualquier cosa por evitar el aumento de dicha tensión, como cambiando de conducta y siendo complaciente con el agresor. Si se encuentra en la tercera fase, estará viviendo las promesas de cambio, la responsabilización de las agresiones por parte del hombre y asumiendo bajo su responsabilidad la estabilidad y felicidad de la pareja y la familia
- < Entrampada entre el cariño y la agresión, entre la indiferencia y el apego y en una dinámica de miedo en que un solo gesto, imperceptible para el resto, la puede aterrorizar
- < Viviendo promesas de cambio que parecen honestas
- < Dependiendo económicamente de su agresor y con un panorama laboral nada promisorio
- < Encontrándose ella y su pareja insertos en la cultura del maltrato

Nuestra postura

Creemos que no es posible en estas condiciones participar en ningún tipo de negociación que requiera la presencia y la toma de decisiones de la afectada frente a su agresor.

Por lo anterior, nos parece que no podría mediar ni la violencia ni las materias conexas. Respecto de la violencia en sí parece existir un mayor consenso en que no debe ser mediada, que respecto de las materias conexas. Nuestra opinión es que tampoco éstas deben serlo ya que estamos refiriéndonos a la misma mujer, en la misma situación emocional y

⁹²⁶Ferreira, op. cit.

⁹²⁷Hay psicólogos(as) que sostienen que las mujeres en general tienen algún grado de daño en su autoestima o que no llegan a construirla adecuadamente por efecto de la socialización que enseña que los hombres son los que piensan y las mujeres las que sienten, en una cultura que desvalora los sentimientos y sobreestima la racionalidad, y en una sociedad en que las mujeres realizan los trabajos menos apreciados. Esta carencia se vería fuertemente agravada en los casos de las mujeres que viven violencia de parte de sus parejas.

viviendo las mismas consecuencias de la violencia, que debe negociar con su agresor respecto de materias muy importantes.

Muchos procesos de mediación pueden iniciarse durante la separación de hecho o legal de la pareja. Por ello debemos, además, tener en consideración que el período de mayor peligro para las víctimas de violencia doméstica es cuando se separan de su agresor. La separación tiende a incrementar y no a disminuir la violencia, y muchas mujeres que terminan siendo asesinadas por sus parejas lo son en esta época. “Las mujeres que dejan a sus parejas pueden cometer el último acto de rebeldía”⁹²⁸.

La mediación funciona aminorando el conflicto, el o la mediador(a) asume que el abuso en la relación es el resultado de un conflicto interpersonal. Este supuesto es inconsistente con las dinámicas de una relación violenta y su contexto cultural de dominación y control⁹²⁹.

En este contexto de dominación, “la comunicación permite reforzar ciertas dinámicas imperceptibles en una relación abusiva y es muy difícil para las personas ajenas a ella, incluso para profesionales entrenados y expertos en violencia doméstica, detectar qué está pasando y controlar la situación”⁹³⁰.

La igualdad de poder y la mutua cooperación, esenciales en la mediación, no existen en una relación violenta. El agresor busca controlar a su víctima a través del abuso físico y psicológico⁹³¹.

“La cooperación del agresor con su pareja es una contradicción. La cooperación, según el sentido común, significa actuar o trabajar juntos por el beneficio mutuo. Un agresor no es una persona que pueda cooperar. El entiende el beneficio mutuo como sinónimo de su propio interés”⁹³². Aún más, “no es posible imaginar que él cumplirá con un acuerdo que considera injusto para él”⁹³³.

En muchos casos los(as) mediadores(as) no han sido capacitados(as) en violencia doméstica, de manera que no entienden el problema y sus dinámicas y cómo estas generan o refuerzan la desigualdad de género.

Y aún cuando lo entendieran, consideramos que por la pretendida neutralidad que deben mantener les estaría impedido hacer cualquier esfuerzo por igualar el poder entre las partes, ya que ello implica tomar partido o juzgar a una de las partes.

Con todo, nos parece fundamental que todo(a) mediador(a) reciba formación en violencia doméstica, de manera que cuente con herramientas que le permitan detectar su presencia y ante ello, detener el proceso de mediación y tomar las precauciones del caso. Esto es sin perjuicio de la imprescindible necesidad de formación en la materia para jueces(zas) y

⁹²⁸Mahoney, Martha. Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation. 90 University of Michigan Law Review 1 (1991).

⁹²⁹Idem.

⁹³⁰Idem.

⁹³¹Walker, The Battered Woman, op. cit.

⁹³²Hart, Barbara. Gentle Jeopardy: The Further Endangerment of Battered Women and Children in Custody Mediation. Mediation Journal Q-7, Estados Unidos, 1990, pág. 317.

⁹³³Gagnon, Andree. Ending Mandatory Divorce Mediation for Battered Women. Harvard Women's Law Journal, 1992, pág. 272.

funcionarios judiciales y policiales, de manera que cuenten con elementos para detectar y prevenir, además de facilitar una más justa y eficaz resolución del caso.

También es importante que en los tribunales se cuente con algún mecanismo que, ante peticiones por “materias conexas”, permitiera detectar la presencia de violencia doméstica, de manera que se facilite a los(as) jueces(zas) inhibirse de remitir ese caso a mediación. En algunos estados y cortes de los Estados Unidos se utiliza un cuestionario, que si bien no en todos los casos es efectivo por el ocultamiento y minimización de la violencia, en muchos permite evitar que el caso sea mediado.

4. Mediación en violencia doméstica desde la perspectiva de los derechos humanos

Desde una perspectiva muy diferente, la de los derechos humanos, en esta sección analizaremos qué derechos podría violar la utilización de la mediación en casos de violencia doméstica.

Nos parece importante esbozar esta perspectiva, ya que nos aporta argumentos jurídicos para el diseño de estrategias dirigidas a suprimir la mediación o evitar que se cree en relación a casos de violencia doméstica.

Derechos humanos violados

¿Qué derechos humanos se estarían violando con la utilización de la mediación en casos de violencia doméstica? Se violarían los siguientes derechos, consagrados por diversos instrumentos internacionales:

Instrumentos internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho a la seguridad (Art. 3). Una mujer que denuncia el maltrato que está viviendo ante un tribunal, entre otras cosas, está buscando protección para no ser agredida nuevamente, es decir, seguridad para su integridad y la de su familia. Si esta seguridad no se le brinda y, en cambio, es enviada a un proceso de mediación de alto riesgo para ella porque debe enfrentar a su agresor y decir lo que piensa y siente delante de él, creemos que su derecho se está transgrediendo.

La misma Declaración en su Artículo 5 consagra el derecho a no ser sujeto a tortura o trato inhumano o degradante. La violencia doméstica podría ser considerada como una violación al derecho a no sufrir torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, particularmente por los efectos físicos y psicológicos que produce⁹³⁴. En la medida que la mediación coloca a la víctima en riesgo de seguir padeciendo esta violencia por no brindarle la protección solicitada por ella a los tribunales, estaría indirectamente violando este derecho a no ser sujeto a tortura o trato inhumano o degradante.

En esta línea, la de la violencia doméstica como tortura, podríamos aplicar otras normas internacionales, en particular la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes⁹³⁵.

⁹³⁴Este planteamiento lo desarrolla ampliamente la jurista norteamericana Rhonda Copelon en su artículo Terror Intimo: La Violencia Doméstica entendida como Tortura, en Cook, Rebecca J. Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales. Profamilia, Bogotá, Colombia, 1997, pág. 110.

⁹³⁵U.N. General Assembly Resolution 39/46, diciembre, 1984.

En el Artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, encontramos el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley. Cuando una mujer víctima de violencia doméstica recurre ante un tribunal para que se adopten las medidas necesarias para poner fin a dicha violencia, o para que se sancione al agresor, o para que se le reparen los perjuicios sufridos y, en vez de esto, ella es enviada a un proceso de naturaleza diferente, no solicitado y que persigue otros objetivos, creemos que se estaría transgrediendo su derecho a un recurso efectivo ante los tribunales frente a la violación de su derecho a la integridad física y psíquica, a la seguridad, a la igual protección de la ley, a no ser sujeta a torturas y otros.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, por su parte, consagra:

- < En el Artículo 7, que nadie debe ser sujeto a tortura o trato cruel inhumano o degradante
- < En el Artículo 9.1, que toda persona tiene el derecho a la libertad y seguridad de su persona
- < En el Artículo 26, que todas las personas son iguales ante la ley y gozan sin discriminación alguna a la igual protección de la ley

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer también contiene normas aplicables a la materia que, a su vez, son interpretadas por la Recomendación General N°19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (CEDAW)⁹³⁶.

En su Artículo 1° define la discriminación contra las mujeres como toda distinción, exclusión o restricción realizada en base al sexo y que tenga por efecto o propósito menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Si consideramos que las víctimas de la violencia doméstica son, en su gran mayoría, las mujeres⁹³⁷, podríamos sostener que la falta de protección legal y judicial frente a dicha violencia, por tener que ir a mediación, sería discriminatoria porque tendría por resultado menoscabar o anular el goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos (Art. 1).

En este sentido esta Convención establece en su Artículo 2 que los Estados deberán:

- < Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (Art. 2.f)
- < Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer. (Art. 2.b)
- < Establecer protección jurídica de los derechos de la mujer(Art. 2.c)

De manera que, si la mediación en casos de violencia doméstica es discriminatoria de acuerdo a esta Convención y a la Recomendación General N°19, los Estados que la han ratificado deberían modificar las leyes que la establecen y, para los países que aún no la han introducido, deberían generar conciencia en los(as) parlamentarios(as), jueces(zas) y opinión pública respecto a su carácter discriminatorio y a la falta de protección de los derechos de las víctimas que implica.

⁹³⁶U.N., CEDAW/C/1992/L.1/Add.15.

⁹³⁷Mahoney, op. cit.; Ferreira, op. cit.

Instrumentos regionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Artículo 18, establece que “toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”. En consecuencia, no podría una mujer que está recurriendo a la judicatura para el restablecimiento de sus derechos violados, ser remitida a otra entidad que no tiene por objeto reponer el goce de dichos derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, consagra:

- ⟨ En su Artículo 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro orden”. Y en su Artículo 25 sobre protección judicial señala, en el inciso 1º: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

De manera que una ley que establezca que los casos de violencia doméstica deberán ser mediados, sin siquiera la posibilidad de que la víctima sea oída por un juez o un tribunal, estaría violando este derecho. Lo mismo ocurriría con una ley que en cualquier forma impida que la víctima solicite una medida de protección.

- ⟨ En su Artículo 24 sobre la igualdad ante la ley establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Las víctimas de violencia doméstica, mayoritariamente mujeres, al ser remitidas a mediación estarían discriminatoriamente siendo desprotegidas por la ley en el goce de todos los derechos que ya hemos analizado anteriormente.
- ⟨ En su Artículo 5.1 garantizando el derecho a la integridad personal establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Si bien, en los números 2 y siguientes de este Artículo el derecho toma una connotación más bien penal, en el número 1 es general.

En relación al derecho a la integridad física y psicológica y, en virtud de la interdependencia de los derechos humanos, sostenemos que se ve violada indirectamente dicha integridad por la mediación por la falta de seguridad ante futuras agresiones que la pone en riesgo, pero también porque esta carencia de protección o seguridad incrementa el miedo y la inseguridad, provocando con ello alteraciones de salud, que no le permiten a la mujer gozar plenamente de este derecho, ni en su esfera física, por el daño que les causa en su ser físico, ni en su esfera psicológica, por el daño que es causada en su ser emocional y espiritual.

- ⟨ En el Artículo 5.2 se establece: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Ya analizamos anteriormente esta situación.

La Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), por su parte establece en su Artículo 4 que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y

a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”. Enumera entre otros:

- a) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral
- b) El derecho a la libertad y a la seguridad personales
- c) El derecho a no ser sometida a torturas
- d) El derecho a la igual protección ante la ley y de la ley
- e) El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos

Todos estos derechos, como ya analizamos anteriormente, se verían violados por la mediación, en los tres primeros en forma indirecta y en el cuarto directamente.

La protección de la integridad física, psicológica y moral y la seguridad personal, y el derecho a no ser sujeta a tortura o trato inhumano o degradante, se ven violadas indirectamente por la mediación puesto que en dicho proceso no hay ninguna garantía de recibir algún tipo de protección que detenga o prevenga más violencia, menos aún cuando se trata de lo que hemos llamado materias conexas. Es más, el o la mediador(a) en general no están facultados(as) para adoptar alguna medida en este sentido y si llegaran a detectar la violencia, que no siempre va a ocurrir, tendrían que enviar a la víctima ante el o la juez(a) para que solicite esta protección, con la demora y el consecuente peligro que ello implica. Además, las víctimas una vez formulada su denuncia o demanda a la justicia, tienden a bajar sus niveles de autoprotección y alerta, puesto que creen que el sistema les brindará protección automáticamente⁹³⁸.

El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o los tratados internacionales, sería violado puesto que en el caso que una mujer víctima de violencia doméstica, o cualquier persona, ocurra ante un tribunal lo hace en busca de un pronunciamiento acerca de sus derechos o en busca de una sanción para el agresor y no para ser enviada a un procedimiento no judicial totalmente distinto y con objetivos también diversos. Esta transgresión se daría si es enviada obligatoriamente a un proceso de mediación o aún cuando se le consulte su opinión y asienta pero en la ignorancia de qué significa esto.

El derecho a la igual protección de la ley, se vería violado en dos sentidos. Primero, porque una ley que establezca la posibilidad de mediar en casos de violencia doméstica está dejando en situación de desprotección a la víctima. Y segundo, si no todas las materias son susceptibles de mediación de acuerdo a las leyes, podríamos preguntarnos por qué la violencia doméstica, o por qué, en términos más amplios, las materias relacionadas con mujer y familia y no otras, lo cual viene a constituir una protección legal desigual.

Estrategia

Este breve análisis de las violaciones a derechos humanos nos lleva a preguntarnos por vías de solución o protección de estos derechos violados por la mediación, en el caso de legislaciones ya vigentes que la contemplen y por mecanismos de prevención para aquellos países en que se esté planeando su implementación.

⁹³⁸Iriarte, Rioseco, Hasse y Salvo, op. cit.

Para la presentación de un recurso ante una instancia internacional, debemos previamente agotar las vías internas, es decir, en el caso de que sea la ley la que establezca que la víctima debe ser enviada a mediación, podría tratarse de un recurso de inconstitucionalidad argumentando la violación de los mismos derechos antes señalados que se consagran también en las constituciones. Y para el caso que la ley establezca el envío a mediación como una facultad de la o el juez(a), ante dicha resolución judicial, podría interponerse un recurso de apelación u otro.

Luego de agotada la instancia interna y teniendo presente que la mediación viola una serie de derechos consagrados por la Convención Americana de Derechos Humanos y por la Convención de Belem do Pará, la instancia internacional más apropiada nos parece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es el organismo establecido para las reclamaciones en ambos convenios.

Los fundamentos de la petición serían todos o algunos de los desarrollados anteriormente en el presente trabajo. Y además los que se puedan construir en torno a la obligación de prevención de la violación de los derechos de los (as) ciudadanos(as) por parte de los Estados, desarrollada jurisprudencialmente en el caso Velásquez Rodríguez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹³⁹.

Conclusión

Si nuestro propósito es proteger a las víctimas, prevenir, erradicar y sancionar la violencia doméstica en nuestras sociedades, por sus nefastos efectos a nivel individual, familiar y social, debemos buscar los mecanismos que mejor apunten en esas direcciones. En esta tarea es importante recoger las experiencias de otros países de manera de no repetir los mismos errores y desperdiciar escasos recursos.

La mediación, aún con el mejor de sus propósitos, constituye un instrumento muy dañino y peligroso para las mujeres que viven violencia doméstica ya que no se concibió con perspectiva de género y, por la pretendida neutralidad que la caracteriza, no podría aplicarse con esta perspectiva sin violentar su esencia. De aquí que ante la propuesta de que los(as) mediadores(as) generen las condiciones de igualdad, preferimos la búsqueda de nuevos caminos.

El carácter cíclico de la violencia doméstica, el Síndrome de la Mujer Maltratada, el Desamparo Aprendido, el Ciclo de la Violencia, la dependencia, la cultura del maltrato y los efectos que produce en las víctimas y en los agresores, desaconsejan absolutamente la utilización de la mediación.

La utilización de la mediación en casos de violencia doméstica y en materias conexas a ésta, constituye también una violación a una serie de derechos humanos consagrados en diversos convenios internacionales ratificados por la mayoría de nuestros países, en la medida que desprotege a las víctimas de futuras agresiones y les niega su derecho a resolver judicialmente el asunto.

Sabemos de la existencia de algunas experiencias piloto de instituciones que están realizando mediación en casos de violencia doméstica en América Latina⁹⁴⁰. Sería importante

⁹³⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ser. C, N°4, 1988. 9 Human Rights Law Journal 212 (1988).

⁹⁴⁰Por ejemplo, Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso y el Sexto Juzgado Civil de Santiago, en Chile.

evaluarlas y dar a conocer sus resultados. No creemos que estos puedan ser muy diferentes a los presentados en este trabajo, pero si así lo fueran, gustosamente reescribiríamos este artículo.

Por ahora, nuestra recomendación final es que no se incorpore esta institución para esta materia y para el caso que ya lo esté que se modifique a la brevedad.

CAPITULO DE DERECHO DE FAMILIA -BIBLIOGRAFIA

Arias Londoño, Melba.

1988 Mujer, sexualidad y ley. Bogota.

Aries y Duby

1990 Historia de la vida privada. Colección de 9 tomos. Argentina.

Bartlet, Katharine y Harris, Angela.

1998 Gender and Law. Theory, Doctrine, Commentary. 2a. ed. Aspen Law & Business.

Borda, Guillermo.

1993 Tratado de Derecho Civil. Familia. 2 tomos. 9a ed. Perrot, Buenos Aires.

Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A.

1989 Manual de Derecho de Familia. 2a ed. Astrea, Bs. As.

Cabello, Carmen Julia.

1992 Matrimonio y Divorcio, en La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Pontificia Universidad Católica

Centro de Estudios e Investigaciones sobre Maltrato de la Mujer CEIMME.

1992 Donde empieza mi universo: 7 aportes sobre la violencia de género. Quito, Ecuador.

Chavanneau de Gore, Silvia.

1991 Adopción y silencios. Sudamerica, Bs.As.

Corsi, Jorge.

1990. Algunas Cuestiones Básicas sobre la Violencia Familiar. Separata de Doctrina y Acción Postpenitenciaria. Patronato de Liberados de la Capital Federal de la República Argentina. Año 4, N°6, Argentina.

Eichler, Margrit.

1997 Family shifts: families, policies, and gender equality. Oxford University Press, Ontario.

Fauné, María Angélica.

1996 Transformaciones en las familias centroamericanas. Agudización de la situación de inequidad de las mujeres, en Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. IIDH, San José, C.R..

1994 Mujeres y Familias Centroamericanas: Principales Problemas y Tendencias. Tomo III. San José, C.R.

Fineman, Martha Albertson.

1991 The Illusion of Equality: The Rhetoric and Realty of Divorce Reform. University Of Chicago Press, Chicago.

1995 The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies. Routledge, New York.

_____ y Mykitiuk, Roxanne.

1994 The Public Nature of Private Violence. The Discovery of Domestic Abuse. Routledge, New York - London.

Fisher, Karla; Vidmar, Neil y Ellis, Rene.

1993 The Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases. 46 Southern Methodist University Law Review 2117.

Grosman, Cecilia.

1989 Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos. Ed. Universidad, Bs. As.

1985 Medidas frente al incumplimiento alimentario, en Revista Jurídica La Ley. Bs. As. _____ y Mesterman, Silvia.

1992 Maltrato al menor. El lado oscuro de la escena familiar. Ed. Universidad, Bs.As.

Mackie, Karl.

1991 A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action. Routledge y Sweet & Maxwell, New York - London.

Minow, Martha, Ed.

1993 Family Matters: Readings on Family Lives and the Law.

Nelson, Hilde Lindemann, Ed.

1997 Feminism and families. Routledge, New York.

Londoño E., María Ladi.

1993 Derechos Humanos y Derechos Reproductivos. Red de Salud de Mujeres Latinoamericanas y del Caribe. México, 5-9 de julio.

Movimiento Manuela Ramos.

1996 Violencia contra la Mujer: Reflexiones desde el Derecho. Serie: Mujer y Derechos Humanos. Lima.

Montaño, Julieta.

1994 Proyecto de Reformas al Código Penal y de Familia. Centro de Apoyo Integral a la Mujer "Juana Azurduy". Sucre, Bolivia.

Oyhanarte, Marta.

1996 Los Nuevos Paradigmas y la Mediación, en Mediación: Una transformación de la Cultura. Paidós, Bs. As.

Plata, María Isabel y Yanuzova, María.

1988 Los derechos humanos y la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - 1979. Profamilia, Bogotá.

Secretaría de Mujer y Género. Consejería Presidencial para la Política Social.

1995 Mujer y Divorcio. Elementos para la Discusión. Bogotá.

Stevens, Evelyn.

1977 Marianismo: la otra cara del machismo en Latinoamérica, en Pescatello, Ann. Hembra y macho en Latinoamérica. Ensayos. Diana, México.

Thorne, Barrie y Yalum, Marilyn.

1984 La familia ¿Quién manda? ¿El o Ella? (Rethinking the family). Edamex, Mexico.

1993 Rethinking the family: Some feminist questions. (Revised). Northeastern University Press, Boston.

UNICEF.

1998 Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child.

Weitzman, Lenore.

1985 *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. The Free Press, New York.

Williams, Joan.

Unbending Gender: Market Work + Family Work in the 21th Century. Oxford University Press, de proxima publicación.

Zannoni, Eduardo.

1993 Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I. 2a ed. Astrea, Bs. As.

V. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

INTRODUCCION AL CAPITULO DE DERECHO PENAL

El derecho en general y el derecho penal en particular, reflejan el modelo de sociedad y el tipo de relaciones que se propone e impone para los sexos. A través del discurso jurídico penal es posible identificar cuál es el modelo de mujer que impera en nuestras sociedades y el rol que en ellas cumplen. Por su parte, el feminismo y el desarrollo de las teorías de género en las últimas décadas han permitido develar que dicho modelo de convivencia entre los sexos está basado en la subordinación de las mujeres al poder de los hombres y que el derecho contribuye decisivamente a la mantención y reproducción de este sistema de dominación masculina.

El derecho penal comparte con otras ramas del derecho su rol disciplinador en tanto poder simbólico y legitimado pero además refuerza el tramado normativo en tanto en él recae el poder legítimo de aplicación de la fuerza. El derecho penal en última instancia es una última frontera que distingue entre las conductas aceptadas y aquellas que no lo son, entre quienes pueden convivir y aquellos/as que pueden ser expulsados. Históricamente estas distinciones han sido diferentes según el sexo de que se trate. Lo que es exigible desde el derecho penal para las mujeres no siempre lo es para los hombres y en este sentido las legislaciones penales han constituido un obstáculo en América Latina para la plena vigencia de los derechos de las humanas.

Consignar un capítulo sobre derecho penal y criminología es un importante desafío para quienes hemos estado involucradas en la elaboración de este texto. No se trata sólo de coincidir con los curriculums que ubican esta rama dentro de las medulares de la carrera sino también de dar cuenta de los avances que en materia penal y criminológica se han hecho a partir de las teorías feministas. Esperamos que la selección de artículos de este capítulo cumpla con el objetivo de dar cuenta de las principales reflexiones y cuestionamientos que se le hacen a las ciencias jurídicas penales desde una perspectiva de género, así como de las propuestas que cada una de estas críticas involucra.

La autora del primer artículo "La Mujer en los Códigos Penales de América Latina y el Caribe Hispano", Gladys Acosta, muestra como nuestros códigos penales "están cargados de elementos arcaicos en materia del tratamiento a las mujeres, muchos de ellos correspondientes a ideas del siglo XIX". Esta autora devela como en nuestros códigos penales el tratamiento de las mujeres ha estado ligado a una concepción generalizada sobre el rol específico que cumplen en nuestras sociedades. "La mujer condensaría, según una lectura casi uniforme de la mayoría de las normas penales vigentes en Latinoamérica, una serie de condiciones fisiológicas, sociales y psicológicas que hacen de ella una 'víctima' a la cual se debe proteger". Su valoración social como ser destinado a la maternidad, exige de ella un comportamiento honesto, como corresponde a una hija, esposa y madre. "Maternidad, sexualidad y dependencia serían las características de la mujer objeto de represión y/o tutela en los Códigos Penales".

Gladys Acosta en su artículo analiza el tratamiento penal vigente de las conductas que tienen como sujeto activo y/o pasivo a las mujeres dentro de las "condiciones" biológicas, sociales y económicas de las mujeres a través de ejemplos. Luego propone los criterios de género a considerar en toda propuesta de reforma de los códigos penales y diseña una metodología para adecuar las normativas penales nacionales a los estándares internacionales de derechos humanos, rama del derecho que ha hecho los aportes más significativos en materia de superación de la discriminación contra las mujeres.

En esta línea de exploración y de crítica sobre el rol del derecho penal en la regulación y control de la diferencia sexual de las mujeres se sitúa el artículo "Sexualidad y Reproducción,

una Legislación para el Control: el Caso Chileno", de las autoras Lorena Fries y Verónica Matus. Plantean que el derecho penal es uno de los sistemas normativos (el más importante) que contribuyen a fijar un orden sexual expresado tanto en los bienes jurídicos como en la definición de cada uno de los delitos que analizan. Así "delitos como el aborto, el infanticidio, el parricidio, la violación y los abusos deshonestos o sexuales, entre otros, son parte de una trama mayor que refuerza y reproduce una cultura patriarcal".

Las autoras analizan a la luz del Código Penal Chileno los delitos de violación y aborto, ambos ejemplos paradigmáticos del modelo y orden sexual patriarcal que durante muchos siglos se impuso a las mujeres en América Latina. Ambos delitos, uno referido al ejercicio de la sexualidad y el otro a la función reproductiva son ejemplos de las concepciones existentes sobre la diferencia sexual y de los mecanismos patriarcales de control que se ejercen sobre los cuerpos de las mujeres.

El Código Penal Chileno no ha sido modificado en materia de delitos sexuales desde el siglo pasado. Solo hace muy pocos días, durante el mes de diciembre de 1998, el Senado chileno, luego de varios años de discusión, aprobó algunas reformas en materia de delitos sexuales. Las autoras, frente a la inminente reforma al Código Penal en materia de delitos sexuales hacen un análisis que permita llegar al fondo de lo que está en cuestión cuando se legisla en el ámbito de la sexualidad y evitar los errores a los que se puede llegar cuando el único estímulo para los cambios es la "actualización" de la legislación. En efecto, Gladys Acosta, Lorena Fries y Verónica Matus, coinciden en que, para evitar el gatopardismo, hay que conjugar las reformas legales en materias sustantivas con otras en el ámbito procesal y con el cambio en las prácticas de los operadores del derecho, única forma de asegurar que dichas reformas afectarán positivamente la vida de las mujeres.

Esta trilogía, indispensable para introducir cambios en la situación de las mujeres, se ha hecho evidente en los últimos años en América Latina a partir de la legislación sobre violencia doméstica. Las leyes especiales en la materia y las reformas introducidas en algunos códigos penales han mostrado no ser suficientes frente a la carencia de procedimientos especiales, expeditos y eficaces y frente al desconocimiento y a veces desinterés que jueces y juezas tienen frente a las desigualdades de género y sus expresiones en el campo del derecho.

Así por ejemplo, los y las juezas que se ven enfrentadas(os) a casos de asesinatos que cometen mujeres violentadas contra sus parejas no pueden representarse si quiera la posibilidad de que ésta haya obrado en legítima defensa. Su desconocimiento del problema y su formación dogmática les impide ampliar la mirada androcéntrica que desde el derecho se tiene de la realidad.

El artículo "Culminación de la Violencia Doméstica: Mujeres que Asesinan a sus Parejas. Defensas Penales Posibles", de Luz Rioseco, pretende aportar desde una perspectiva de género y jurídica al problema, entregando elementos para una mejor defensa de aquellas mujeres que en una situación extrema y como única manera de poner fin a la violencia de que son objeto por parte de su pareja, matan a su agresor.

Sobre la base del desarrollo y aplicación que ha tenido en Estados Unidos el planteamiento del Síndrome de la Mujer Agredida a los casos de mujeres que asesinan a sus parejas, la autora propone su utilización en los países latinoamericanos a través de distintas estrategias jurídicas de defensa. Así, ofrece un amplio rango de posibilidades que van desde la

legítima defensa, la no exigibilidad de otra conducta, el delito permanente, la privación de razón, hasta la fuerza irresistible o miedo insuperable como argumentos jurídicos invocables.

Este capítulo incorpora también el artículo de Carmen Antony, "Reflexiones sobre procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con droga", dando cuenta de una de las realidades emergentes de gran impacto en América Latina. Se trata de una realidad que aunque alarmante por su magnitud, es poco estudiada. Una vez más vemos en este artículo como se reproduce el rol social asignado a las mujeres. "Las mal llamadas 'traficantes' llegan a serlo por su relación matrimonial o de convivencia con narcotraficantes reproduciendo las diferencias de sexo. La pequeña narcotraficante comete este delito por amor y solidaridad hacia su marido o conviviente, o bien por relaciones afectivas familiares, reproduciendo el rol doméstico pasivo obediente". Son estas mujeres las que son mayoritariamente aprehendidas y no sus maridos ya que ellas, por su rol doméstico, son las que están en el hogar al momento del arresto; ellos, asumiendo su rol, desempeñan tareas en las organizaciones del narcotráfico. "Una vez recluidas, su situación es más discriminatoria y penosa que la del resto de las reclusas".

La autora sostiene que estas mujeres en su gran mayoría caen en el tráfico de drogas por su situación económica precaria. Estaríamos, postula la autora, frente a un estado de necesidad. No obstante, esto no se reconoce y reciben condenas muy largas, sin posibilidad de hacer uso de ningún beneficio. Tampoco se les aplican los beneficios de las mujeres embarazadas ni se les brinda el apoyo adecuado cuando son adictas.

Para finalizar, no podíamos dejar de lado uno de los más importantes aportes al derecho penal, la criminología. Desde sus inicios ofreció una mirada distinta en tanto que puso su acento en el sujeto de la actividad delictiva. Su desarrollo y evolución estuvo a partir de este siglo relacionado con la crítica social y la visibilización de las desigualdades en las sociedades capitalistas. A la crítica de clase se sumó la feminista. Es así que "una de las contribuciones más consistentes al pensamiento criminológico fue, sin duda, la aportada por el feminismo. Este denunció el androcentrismo del discurso jurídico y evidenció todo el sexismo de su lenguaje y de las decisiones judiciales", como lo señala Carmen Campos en su artículo "Criminología Feminista: Un Discurso (Im)Posible?"

La autora reflexiona sobre la relación entre la Criminología Crítica y el Feminismo, aportando con ello a la construcción de una Criminología Feminista. En este camino encuentra semejanzas y acercamientos pero también profundas diferencias. La Criminología Crítica no incorporaba la especificidad del género mujer en su objeto, excluyendo con ello a la mitad de la sociedad. De aquí que el aporte del feminismo fue trascendental al visibilizar esta exclusión y mostrar que la opresión de las mujeres no sólo proviene de su condición de clase sino que también, y particularmente, de la estructura social patriarcal. Si por una parte la Criminología Crítica devela las desigualdades que se generan en el sistema de control formal y cómo éstas recaen sobre los sectores económicamente desfavorecidos, olvida por otra, que las mujeres también son parte de dicha selectividad en tanto los sistemas de control informal operan con más fuerza sobre ella. Al no reconocer la distinción entre espacio público y privado, la criminología invisibiliza la realidad de violencia que viven las mujeres en sus hogares. Aún así Criminología Crítica y Criminología Feminista tienen miradas comunes que los ubican en el campo de aliados estratégicos

¿Puede el feminismo apoyar la tesis del derecho penal mínimo? Es otra de las preguntas que se hace la autora en tanto es ésta la principal propuesta que surge desde la Criminología Crítica y como parte de una estrategia que tiene como fin el abolicionismo en

materia penal. Las opiniones no son unánimes entre las feministas respecto de la utilización del derecho penal. La autora después de analizar diversas posturas llega a la conclusión de que existe la posibilidad de compatibilizar las críticas al sistema jurídico penal que llevan a proponer su abolición, con la necesidad por parte de las mujeres de criminalizar ciertas conductas que atentan contra sus derechos y que son inherentes al patriarcado, por ejemplo la violencia doméstica y sexual.

Las propuestas que se desprenden de los diversos artículos seleccionados para este capítulo esperamos sirvan para continuar estimulando el pensamiento, la reflexión, el debate y el desarrollo teórico jurídico-feminista, así como también para que éstos se concreten en reformas legales concretas y sirvan como insumos en procesos educativos.

LA MUJER EN LOS CODIGOS PENALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE HISPANO

Gladys Acosta Vargas*

Introducción

América Latina enfrenta trabas de diverso orden para la construcción democrática, entre las que cuentan aquellas derivadas de un sistema jurídico formalista, desactualizado y poco sensible a la justicia en la diversidad. Los ejercicios de formulación normativa producidos en laboratorios de especialistas desconectados de los avances internacionales y de la propia realidad, no logran enfocar adecuadamente los núcleos problemáticos. Es necesario tener como punto de partida una nueva cultura de derechos donde todos, incluyendo a las mujeres, sean plenamente incorporados en los procesos de elaboración de las normas. La tarea democrática es ampliar los derechos y abolir las exclusiones. Hoy es inadmisibles que la pertenencia a un género, sustente una de las más flagrantes discriminaciones en los finales del siglo XX.

Las Naciones Unidas han abierto un importante espacio político para ampliar el ámbito de los derechos humanos de las mujeres. La Declaración Universal de 1948, reconocida como paso fundamental para garantizar los derechos mínimos de la humanidad, debía ser interpretada con "ojos de mujer", en aras de la vocación de universalidad que la inspiró. Desde 1975, cuando se dió inicio a la Década de la Mujer, las Conferencias Mundiales mostraron que la discriminación de las mujeres era un fenómeno mundial que se expresaba en todos los niveles de la vida social. Los Estados miembros no podían eludir la responsabilidad de atender las demandas de las mujeres. La cultura y la historia de cada uno de los países no podían justificar las limitaciones de derechos a las mujeres. La II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) avanzó más lejos aún; era necesario encuadrar las demandas de derechos de las mujeres en el corazón de la formulación y doctrina de los derechos humanos. El reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos fue clave para los avances posteriores. Todos los ordenamientos nacionales debían ser revisados para que las leyes no fueran obstáculo en el ejercicio de derechos de las mujeres.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) tiene un compromiso explícito para impulsar acciones que mejoren las condiciones de vida de las mujeres. Sucede lo propio con el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) puesto que la situación de los niños y niñas está condicionada a la de las mujeres que asumen la maternidad social. Estas dos agencias de las Naciones Unidas consideraron que era importante buscar las vías adecuadas para desarrollar estrategias destinadas a lograr marcos legislativos acordes con la normatividad internacional de derechos humanos, y entre éstas, elaborar criterios orientadores para transformar los códigos penales de la región latinoamericana. Nuestra pretensión es llegar a quienes tienen la responsabilidad de adecuar los ordenamientos legales internos a los mandatos internacionales. Nos interesa que los y las integrantes de los Poderes Legislativos asuman la tarea de reformar los códigos penales reconociendo los aportes de los movimientos de mujeres en materia de propuestas de reformas legislativas. También nos parece relevante divulgar una mirada general sobre los más álgidos problemas planteados por los ordenamientos penales para que los movimientos de mujeres reciban estímulo en el continuo avance de formulación de propuestas de

*UNIFEM-UNICEF. Quito, Ecuador 1996.

reforma legal y en el establecimiento de vínculos con los Poderes Legislativos que favorezcan la concreción de nuevas leyes.

Una mirada crítica a los textos penales hizo evidente la distancia existente entre las formulaciones cada vez más avanzadas en los niveles internacionales, tanto vinculantes como declarativas, y los rezagos atávicos de la legislación penal anclados en el pasado, persistentes en mantener el confinamiento de las mujeres a "cárceles sociales" construidas sobre la base de prejuicios culturales y religiosos. La humanidad de las mujeres está en proceso de construcción y para lograrla es necesario superar el reduccionismo de considerarlas en función de su sexualidad, lo que equivale a inferiorizarlas y a tratarlas como si todavía requirieran ser tuteladas.⁹⁴¹ En otras palabras, hay que superar la idea patriarcal, tan presente en los legisladores latinoamericanos, de controlar el "desorden de las mujeres", expresión de Carole Pateman, citada por Celia Amorós⁹⁴² recluyéndolas en lo irracional de la naturaleza y castigándolas con un orden penalizador que no reconoce la condición real de conflicto en las relaciones entre el mundo femenino y masculino.

Hemos hecho el esfuerzo de detenernos ante los contenidos del derecho penal para mostrar lo que debe ser transformado de inmediato si queremos afianzar desarrollos democráticos. Algunos temas centrales, ya reconocidos en las Conferencias Mundiales como prioritarios, han merecido nuestra atención, como es el caso de la polémica respecto a la libertad para decidir sobre la reproducción, o el de la rectificación de la coherencia de la protección a la vida eliminando atenuantes sustentados en la exacerbación de condiciones biológicas femeninas o en el concepto de "honor". Es increíble que, a fines del siglo XX, mientras se prohíbe el aborto autoconsentido, un infanticidio tenga penalidad atenuada cuando lo comete la madre durante el puerperio y que la atenuante se extienda a los parientes cercanos que matan a la criatura, aún no inscrita en el registro civil, si se trata de proteger el "honor" familiar.

La discusión sobre la protección de la libertad sexual como parte de la integridad personal tiene que ir más allá de la sacralización de la virginidad. La necesidad de tipificar el delito de maltrato en las relaciones familiares no niega que existan otras formas preventivas de tratar la violencia doméstica en el orden civil y administrativo. Y finalmente, es imprescindible la búsqueda de mayores garantías para la exigibilidad de las obligaciones familiares, porque la irresponsabilidad paterna es una de las causas de las mayores restricciones en la vida laboral y profesional de las mujeres.

Es cierto que América Latina ha estado limitada por procesos de colonización, también en lo jurídico. Los códigos se fueron copiando unos de otros y los errores se fueron transmitiendo de país a país. Si se comparan los diecinueve países estudiados saltan a la vista las tendencias. El sexismo de las leyes penales es casi unánime. No ha habido ningún esfuerzo serio por adaptar las legislaciones penales a las normas internacionales.

El movimiento de presión, inspirado en ideas emancipadoras, por transformar los parámetros de las leyes tiene innumerables precedentes en diversas épocas, no tanto porque sus voceras creyeran que desde la ley se transforma la realidad, sino porque se le reconoce valor simbólico en la modulación de la manera de pensar social y porque aún prevalece el convencimiento respecto de la potencialidad de la ley para educar. Y es que, parte de la injusticia de género tiene raíces en falsedades que sustentan los códigos penales presentando a las

⁹⁴¹Lagarde, Marcela. Identidad de Género y Derechos Humanos, en Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo IV. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, C.R., 1996, pág. 13.

⁹⁴²Amorós, Celia. Igualdad e Identidad, en El Concepto de Igualdad. Editorial Pablo Iglesias, Madrid, España, 1994, pág. 38.

mujeres como seres sometidos al poder masculino de padres, hermanos, maridos y convivientes. Cuando las mujeres son víctimas de delitos no se les protege como personas sino como vehículo del honor familiar y cuando se define que ellas pueden ser sujetos activos de determinados delitos, se les cercenan las posibilidades de decisión y de responsabilidad, como si fueran seres menos incapaces para afrontar las consecuencias de sus actos.

Estamos en un momento propicio para preguntarnos si los tipos penales que atañen a la condición femenina coinciden o no con los postulados democráticos, amplios y participativos de las sociedades latinoamericanas. El reconocer los límites de las formalidades congeladas en las leyes no puede convertirse en pretexto para obviar la importancia de su transformación. UNICEF y UNIFEM, reconocen los aportes de grupos y de activistas del movimiento de mujeres que han impulsado procesos de reforma de las normas penales. Por eso respaldamos el significativo esfuerzo realizado por Gladys Acosta, antecedido por valiosas reflexiones de Lucila Larrandart, reconociendo en estas páginas una respuesta a un desequilibrio social y legal discriminatorio, inspirado en una vocación de hacer justicia concreta para quienes como las mujeres latinoamericanas sienten sus derechos mellados tanto por la indiferencia como por la intolerancia, dentro y fuera del Estado.

Esperamos que los preliminares aportes vertidos en este libro amplifiquen las voces que desde décadas atrás vienen exigiendo unos códigos penales sustentados en la promoción, la defensa y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y que, a la vez, inspiren a quienes tienen la tarea democrática de transformar las leyes para eliminar todo vestigio de discriminación. Confiamos en que las instancias estatales dedicadas a la promoción y participación de las mujeres, enriquecerán los postulados que planteamos y se constituirán en espacios propicios para generar canales participatorios que permitan a toda mujer o grupo participar en el proceso de producción de leyes antidiscriminatorias.

Capítulo I: La transformación del derecho penal: atención a los intereses de género como síntoma de democratización

El reconocimiento del estatus legal de la mujer en América Latina, como producto de los procesos democratizadores y de modernización, ha pasado por etapas que muestran avances en la sensibilización del Estado y la sociedad frente a la discriminación que afecta a las mujeres en el sistema jurídico.

La transición entre una legislación subordinadora de las mujeres a determinado rol social como prolongación de las funciones domésticas y su constitución como sujetos autónomos para tomar decisiones en sus vidas y participar activamente en los espacios sociales y políticos, requiere de una coherencia en la reforma legislativa para la eliminación sistemática de barreras limitantes de la participación femenina en todos los espacios sociales.

Es notoria la lenta evolución en cada país hasta llegar a un reconocimiento de igualdad ciudadana, política y civil de la mujer, etapa que culmina con la formalización del principio de igualdad en las normas constitucionales. Continúa un período en el cual se produce un impulso internacional que induce iniciativas estatales y no gubernamentales, originado en la Década de la Mujer y las diversas acciones emprendidas por las Naciones Unidas, que termina con la ratificación por parte de los Estados de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la puesta en marcha de iniciativas de la Organización de Estados Americanos que dan lugar a avances significativos como la entrada en vigencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer

Simultáneamente se desarrolla un proceso de búsqueda de legislaciones que integren una perspectiva de género, producto de reconocimiento de la falta de reglamentación sobre conductas perjudiciales para las mujeres y de la existencia de normas coercitivas de conductas que atentan contra la libertad de decisión de las mujeres.

Para entender mejor la condición jurídica de la mujer es conveniente visualizar la interacción de distintas esferas del derecho. Es así como el derecho penal está íntimamente vinculado al derecho civil y al derecho laboral.

La lectura crítica de los códigos penales no puede ignorar los contextos históricos que rodearon la redacción de los mismos. Hay mucho de la cultura predominante en la definición de los tipos penales y en la selección de las penas a aplicarse. La influencia de los planteamientos doctrinarios y legislativos europeos es notoria. La gran conquista del derecho penal liberal europeo, que inspira nuestros ordenamientos, se basa en que los comportamientos reprimibles son sólo aquéllos que ponen en peligro o dañan bienes jurídicos protegidos, pero la dificultad radica en seleccionarlos. Esa es la discusión relevante porque en la definición de los criterios para decidir sobre los bienes jurídicos que merecen tutela penal se deslizan los valores de quienes detentan el poder. Es lógico que la evolución de la normativa penal en contextos democráticos evidencie la confrontación de intereses procedentes de la vida social.

Los códigos penales están cargados de elementos arcaicos en materia del tratamiento a las mujeres, muchos de ellos correspondientes a ideas del siglo XIX, pero hasta el momento no han existido móviles suficientemente poderosos para eliminarlos de estos códigos. Generalmente las modificaciones en los códigos penales responden a álgidos retos para reprimir determinados fenómenos que preocupan a sectores sociales con poder y capacidad de influenciar los procesos legislativos. El tratamiento a los agravios a la propiedad, al consumo de drogas o al terrorismo son ejemplos de normatividad cambiante.

Podría hacerse una analogía entre la inercia de los códigos penales y la lentitud en la modernización de los diccionarios. La velocidad del cambio a nivel del lenguaje, tanto en su forma como en su conceptualización, demora mucho en plasmarse en los diccionarios. No existe la suficiente presión para transformarlos. Respecto de los códigos penales está cambiando la perspectiva porque se está reconociendo que su valor no está sólo en la potencialidad represiva, sino en la constitución de un referente educativo que puede incidir en la regulación de la vida social por vías distintas a la de las sanciones clásicas.

A. El derecho penal frente a la perspectiva de género de los derechos humanos

El tratamiento a las mujeres en la normativa penal ha sido reiteradamente criticado por importantes sectores del movimiento de mujeres. El debate fue alimentado por muchas activistas, entre las que habían profesionales del derecho que se comprometieron en afianzar el ejercicio de los derechos de las mujeres, dentro de la perspectiva de los derechos humanos, incluyendo en la estrategia la atención a los cuerpos legislativos en cada país⁹⁴³.

El análisis de género, tan profuso en las ciencias sociales también llegó al campo criminológico y a otras disciplinas del derecho penal. Hay dos perspectivas que han sido más ampliamente desarrolladas: desde una de ellas se observa la manera cómo el sistema penal castiga a las mujeres cuando delinquen, y desde otra, cómo se construyen las tipificaciones de los

⁹⁴³Un buen ejemplo de este tipo de trabajo se encuentra en CEPAM. Mujer y derecho penal. Memorias taller. Quito, 1991.

delitos que afectan la vida de las mujeres. Desde la teoría del control social, Teresa Mirallés⁹⁴⁴ explica la poca incidencia de la presencia femenina dentro de las instituciones de control social, como la cárcel, porque las mujeres son sometidas a otros controles "informales" que realizan el trabajo de "normalizar" las conductas según los cánones patriarcales, haciendo innecesaria la actuación de las instancias formalmente represivas. Sin embargo, no sería adecuado pensar la estructura familiar como un espacio de control informal, puesto que desde los múltiples ámbitos de influencia del derecho civil y laboral, se condiciona las reglas de funcionamiento familiar, proyectando una imagen de la mujer con determinadas características, entre las que sobresalen la de hija, esposa y madre, funcionales al poder patriarcal. Son tan fuertes estas estructuras de control formal que logran reproducirse socialmente aunque se modifiquen las normas. Tampoco sería correcto plantear que las mujeres que se desvían de la norma son las más criminalizadas, cuando sucede todo lo contrario en las conductas delictivas que más afectan a las mujeres, como es el caso del porte de drogas que generalmente lo realizan las mujeres dentro de estructuras de poder marcadamente masculinas y bajo sistemas de lealtades netamente patriarcales. Alda Facio quien manifiesta, desde la teoría feminista, discrepancia con algunos aspectos de la teoría del control social presentada por Mirallés, muestra que no sólo ha habido invisibilización sino marginación y desprecio por el fenómeno de la criminalidad femenina. El relacionamiento del delito con el mundo masculino no se debe al bajo porcentaje de mujeres en las cárceles sino al sexismo propio de las ciencias criminológicas.

La misma teoría del derecho penal mínimo⁹⁴⁵, siendo la más adecuada para enfrentar la criminalidad en las actuales condiciones, se confronta conflictivamente a las necesidades de una justicia de género. En algunos casos sustenta la innecesaria intervención penal ante problemas sociales de envergadura en la familia, como en el caso de la violencia doméstica - lo que puede ser válido para muchos otros campos de la conducta humana - y en otros, reacciona negativamente ante la propuesta de ampliar las penas a delitos contra la integridad personal y libertad sexual.

A nivel del tratamiento que se da a las mujeres en los códigos penales, se han formulado severas críticas inspiradas en la teoría feminista y en una nueva interpretación de los mandatos internacionales de Derechos Humanos. Por un lado, no se ha tomado en cuenta la perspectiva de las víctimas⁹⁴⁶. Los análisis más claros se refieren al tratamiento de la violencia contra la mujer y más específicamente de los delitos sexuales, muchos de los cuáles todavía están legislados bajo la categoría de "delitos contra las buenas costumbres y el honor sexual". Y por el otro lado, se sigue desnaturalizando el derecho a la vida al criminalizar la interrupción voluntaria del embarazo con penas más severas que las que se aplica al infanticidio o al abandono de recién nacidos por causa de defensa del honor.

Podría decirse, sin temor a exagerar, que entre las académicas y activistas del movimiento de mujeres existe una marcada desconfianza respecto de los contenidos y formas jurídicas puesto que las probabilidades de volver a "perder" los derechos formalmente ganados en el nivel de la legalidad, en la propia vida social, son demasiado altas. Sin embargo, la mayor dificultad percibida por quienes han elaborado posiciones críticas respecto del derecho, está en su carácter

⁹⁴⁴El artículo de Teresa Mirallés es El Control Informal, en Bergalli, R. y Bustos, J. Está citado en el artículo de Alda Facio y Rosalía Camacho, En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la Criminología, en CLADEM. Seminario Regional: Normatividad Penal y Mujer en América Latina. Vigiladas y Castigadas. Lima, 1993.

⁹⁴⁵Entendida como una de las respuestas a la deslegitimación del sistema penal; propone como alternativa la menor intervención posible de la coercibilidad penal. Ver Zaffaroni, Raul Eugenio. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Themis, Bogotá, Colombia, 1990, pág. 68.

⁹⁴⁶Instituto de Estudios de la Mujer "Norma Virginia Guirola de Herrera" (CEMUJER). Propuestas de Reformas al Proyecto de Código Penal. Mimeo, San Salvador, El Salvador, 1995.

androcéntrico⁹⁴⁷, es decir que la elaboración jurídica se basa en una perspectiva sesgadamente masculina y desde ese punto de partida se generaliza para el conjunto de la humanidad. Esta visión impide conocer y responder a la realidad y enmascara constantemente la opresión y explotación del género femenino al explicar todo desde la parcialidad masculina.

Se requiere tener una posición crítica desde una amplia perspectiva de género para poder avanzar hacia propuestas integradoras, que tomen distancia de la defensa de intereses patriarcales y que reconozcan el derecho de mujeres y hombres, en toda su diversidad, a formular maneras distintas de analizar la realidad y de proponer soluciones legislativas. En realidad, lo que se busca son nuevas maneras de construir la justicia, cercana a la cotidianeidad de la vida de las personas y con diversas nociones del conflicto y su reparación⁹⁴⁸. El proceso de eliminación de la subordinación femenina implica instaurar la justicia en las reglas y procedimientos del sistema jurídico y todos los otros sistemas institucionalizados que interactúan en la vida social⁹⁴⁹.

La perspectiva de género, al analizar las violaciones a los derechos de las mujeres se enfrenta al peligro de considerar a la "mujer" como categoría generalizante, sin tener el suficiente cuidado para reconocer las distintas perspectivas de las mujeres concretas, cuya identidad no sólo está determinada por las variables sexo/género, sino por otras características sociales, como la clase, la raza, la etnia o la generación, las mismas que dan lugar a diversas formas de subordinación dentro de un mismo espacio nacional y que tienen mayor relevancia cuando se pretende comparar sociedades distintas. Lo que sí debe tenerse presente es que la dinámica discriminatoria de género funciona aunque haya mayor determinación de cualquiera de los factores sociales antes mencionados.

B. Génesis y modificación de las normas penales

La génesis de la norma así como su transformación han sido estudiadas más desde un ámbito socio-jurídico que propiamente desde una perspectiva jurídico-penal⁹⁵⁰. Para quienes el consenso es la base de la elaboración normativa, el derecho penal sería el producto de una integración de expectativas diferentes procedentes de la sociedad. Los padres del funcionalismo, como Durkheim, Parsons y Merton, planteaban que la legitimación de las normas requiere de una consistente correspondencia con las expectativas de comportamiento que son cambiantes, en constante reajuste. Esta posición formula hipótesis procedentes de reglas democráticas vigentes en un estado de derecho. Se supone que existen las posibilidades de un constante intercambio de aspiraciones que conducen a compromisos generalizados. En ese contexto, la contravención, por más significativa que sea, no cuestiona la validez de las normas.

Otra posición es aquélla que se basa en el reconocimiento del conflicto, en el entendido de que son los grupos sociales, en una dinámica de mutuas coerciones, los que imponen las pautas del orden que se aplicaría al conjunto. Dentro de esta teoría podría incluirse la imposición proveniente del propio Estado, como generador y legitimador de la norma, sin tomar en

⁹⁴⁷ Similares fundamentos sustentan la crítica formulada a la doctrina y práctica tradicional de defensa de los derechos humanos que restringían la acción a las violaciones directas de los agentes del Estado, dejando de lado las violaciones del ámbito "privado".

⁹⁴⁸ Esta posición también es expresada por Giulia Tamayo, abogada peruana, Directora del Centro de la Mujer Peruana "Flora Tristán".

⁹⁴⁹ La modificación de las normas institucionales implica reconocer que no hay una única manera de resolver las contradicciones y tensiones generadas por las demandas de las mujeres. Jelín, Elizabeth. Ante, de, en, y? Mujeres, Derechos Humanos. Entre Mujeres, Lima, Perú, 1993, pág. 60. El esfuerzo sólo será exitoso si se plantea como un esfuerzo concertado, reconociendo los aportes de la comunidad feminista y de la institucionalidad que intenta impulsar procesos de desarrollo, en medio de condiciones tan desventajosas.

⁹⁵⁰ Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ariel, Barcelona, España, 1984.

consideración opiniones procedentes de la sociedad. La autonomía de las instancias legislativas sería la base del poder estatal para la producción de la norma penal, la misma que sufriría un fuerte embate conflictivo en el momento de su aplicación al confrontarse con los intereses en pugna.

Para los grupos del movimiento de mujeres ha sido fundamental entender y ubicarse en estas dinámicas. Todo parece indicar que los logros mayores se consiguen en la medida en que, luego de presentar propuestas técnicamente bien sustentadas, se garantice el acceso a las comisiones técnicas que tienen a su cargo, en medio de un complejo juego de representaciones políticas, la formulación de las normas para presentarlas a las instancias decisorias⁹⁵¹. Ha sido relevante entender que la génesis y legitimación de las normas penales implican un complejo entramado social y político. Mientras más afianzados estén los canales democráticos, más abierta será la textura de las normas y las posibilidades de transformación serán significativas.

C. La comunidad internacional como productora de un discurso de derechos específicos y concretos

En los últimos años hemos asistido a importantes procesos en la comunidad internacional al reconocer que el análisis de género es una categoría relevante para examinar el ejercicio de los derechos humanos, particularmente en la interpretación y elaboración de instrumentos diseñados para eliminar la discriminación contra la mujer⁹⁵². Sin embargo, tal como sucede en otras áreas de los derechos humanos, el desfase entre normatividad y realidad se mantiene como constante. Las normas más generales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos internacionales han ido reinterpretándose y concretándose, dando lugar a desarrollos regionales normativos importantes. En América Latina, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 constituyen la base de la protección regional de derechos humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994 es un ejemplo de aplicación del análisis de género en la formulación de una legislación regional protectora específica para responder a las necesidades de la población femenina.

La mirada tradicional del derecho protectorio internacional exclusivamente como derecho supletorio, depositaba en los Estados nacionales una responsabilidad primaria en la implementación de los derechos fundamentales, pero sólo se apreciaba el rol de las instancias internacionales cuando fallaba el nivel nacional y ésto sucedía sólo cuando las personas afectadas

⁹⁵¹Las experiencias de trámite y aprobación de las leyes referidas a la violencia intrafamiliar contra la mujer en Puerto Rico (1989), Perú (1993), Chile (1994), Argentina (1994) y Ecuador (1995) muestran las diversas estrategias que dieron como resultado un avance legislativo para enfrentar la violencia contra la mujer en el ámbito privado y familiar. También puede hacerse la misma observación en las negociaciones internacionales para la aprobación de declaraciones y convenciones favorables a las mujeres, como es el reciente caso de la aprobación por unanimidad en la OEA de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem do Pará, junio de 1994).

⁹⁵²El proceso de preparación de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos propició un movimiento cuestionador de la doctrina tradicional de los derechos humanos desde la experiencia de las mujeres. Varios esfuerzos organizativos confluyeron en América Latina: uno de ellos fué la realización de una Reunión Satélite "La Nuestra" que preparó una agenda de propuestas para orientar el trabajo de los grupos latinoamericanos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Ver Diagnóstico y Estrategias sobre Derechos Humanos de las Mujeres en América Latina y el Caribe. San José de Costa Rica, 3-5 de diciembre de 1992. Otra fue la iniciativa de la Red "Entre Mujeres" que conformó Comités Nacionales en varios países latinoamericanos para elaborar diagnósticos sobre la situación de los Derechos Humanos de las Mujeres. Ver Las Mujeres y los Derechos Humanos en América Latina, Noviembre de 1993.

tenían los recursos para acceder a la jurisdicción internacional. Siendo cierto que la acción principal se produce a nivel nacional, cabe precisar que se han desarrollado muchos otros mecanismos para vigilar el cumplimiento que los Estados hacen de la normatividad internacional a la que están obligados, a través de análisis elaborados por expertos de los organismos especializados. Podría decirse que hay más presencia de las instancias protectivas para detectar las fallas en los sistemas nacionales de protección y para colaborar en señalar cómo pueden ser superadas.

Una de las vías para aproximar los sistemas nacionales de protección a los estándares internacionales de derechos humanos es la revisión de la legislación interna, como el trabajo que nos ocupa, y la formulación de propuestas para adecuar los contenidos normativos nacionales a los mandatos internacionales. Esta recomendación ha sido formulada también en las Conferencias Mundiales sobre la Mujer. La IV Conferencia, realizada en Beijing, China, en septiembre de 1995, plantea en su Plataforma de Acción que los gobiernos deben revisar las leyes nacionales, incluyendo las prácticas legales en las áreas del derecho de familia, civil, penal, del trabajo y de comercio con el fin de asegurar la implementación de los principios y procedimientos de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, a nivel de la legislación nacional, así como revocar aquéllas leyes que contengan discriminaciones basadas en el sexo y remover los prejuicios de género en la administración de justicia⁹⁵³. En el acápite relativo a Mujer y Salud, la Conferencia de Beijing postula que los gobiernos, en colaboración con las organizaciones no gubernamentales, con los gremios de trabajadores y empleadores y con el apoyo de las instituciones internacionales, deben dar un adecuado tratamiento al negativo impacto del aborto en condiciones inseguras en la salud de las mujeres y que deben revisarse las legislaciones que contengan medidas punitivas contra las mujeres que hubieran experimentado abortos ilegales⁹⁵⁴.

Y aunque los documentos elaborados en las Conferencias Mundiales no tienen efecto vinculante, como es el caso de los tratados suscritos y ratificados, si son expresiones del consenso internacional y como tales pueden inspirar las políticas internas de los Estados, si éstos no han formulado reservas al texto en el momento de su aprobación.

Sin tener la intención de caer en el fetichismo de la ley, conviene desarrollar diversas maneras de darle vida a los mandatos normativos internacionales, dadas sus mayores posibilidades de innovar y sobretodo de extender la noción de los derechos fundamentales. Este proceso de "apropiación" de las leyes internacionales por parte de los diversos grupos de mujeres que han interactuado en la esfera internacional en los espacios abiertos por las Naciones Unidas debe ser complementado mediante la adopción de una amplia estrategia política que movilice conjuntamente a sectores sociales y estatales en aras de lograr transformaciones legislativas que se conviertan en instrumentos eficientes para mejorar las condiciones de negociación de las mujeres en los niveles nacionales.

Capítulo II: Concepción actual sobre la mujer en los códigos penales de América Latina

El tratamiento sobre la mujer en la legislación penal ha estado ligado a la concepción generalizada sobre su rol dentro de nuestras sociedades. La mujer condensaría, según una lectura casi uniforme de las mayoría de las normas penales vigentes en Latinoamérica, una serie de condiciones fisiológicas, sociales y psicológicas que hacen de ella una "víctima" a la cual se debe proteger.

⁹⁵³Declaración y Plataforma de Acción, 1995, No. 232.d.

⁹⁵⁴Idem., No. 107 l.

Esta victimización se encuentra directamente relacionada con su valoración de ser destinado a la maternidad, la calidad de su comportamiento que debe ser honesto, tal como corresponde a su misión de hija, esposa y madre - no a su dignidad como ser humano- y para satisfacer los valores sociales de los cuales pueda vanagloriarse su pareja, su padre su hermano o sus hijos.

En otros tipos de legislación estas características atribuidas a la mujer se perciben en normas relativas a su condición de ser indefenso, al cual se le deben administrar los bienes; ser que tiene que sustituir su apellido para pasar de la tutela paterna a la marital; ser que recibe menor ingreso por igual trabajo; ser que tiene sus derechos políticos reconocidos hasta fechas muy recientes; ser discriminado en sus pretensiones de ocupar posiciones de liderazgo en organizaciones sociales, políticas y estatales.

No resulta, entonces extraño, que la noción de mujer en los textos penales, se encuentre relacionada con patrones culturales y sociales predominantes. La tradicional forma de considerar que las cuestiones relacionadas con la familia y el sexo deban estar restringidas a la esfera privada, releva al Estado de extender su acción hacia conductas que parecieran incumbir únicamente a sus actores. Es así como encontramos normas, que privilegian el concepto de honor, enfocadas hacia el reconocimiento que los demás hagan de este "valor".

Existe exculpación cuando se elimina a un ser humano recién nacido, si es para salvar el "honor", esto es si el hecho del embarazo no ha trascendido el dominio público. Por "honor" también se puede matar a quien agrede, considerándose casi una obligación del padre, hermano o marido vengar la "afrenta". El bien jurídico protegido, que es la vida humana, se relega por un valor de naturaleza superior: el honor.

Por honor también puede ser considerada como adúltera una mujer que ha tenido relaciones sexuales con un individuo, por una sola vez. Pero este honor válido para el caso del varón ofendido, no es medido de la misma forma si se trata de la mujer, quien sólo puede acusar de adulterio a su marido, en algunos casos, si éste se encuentra en amancebamiento público o, lo que es peor, convive con su nueva pareja en el propio domicilio conyugal.

En el mismo ámbito privado el remedio para el rapto (privación de la libertad) no es la liberación sino el casamiento. Si el marido "perdonó" el adulterio de la mujer, al continuar conviviendo con ella, no puede impetrar la acción punitiva. En estos eventos el Estado carece de motivo para inmiscuirse. Tampoco se considera que el marido pueda violar a su mujer puesto que existe una obligación que se desprende del vínculo matrimonial de "estar a disposición".

La condición de relegamiento de la mujer en el contexto económico la hace más vulnerable para intentar, siquiera activar el aparato estatal en procura de exigir sus derechos.

Un modelo de mujer como sujeto de tutela y/o represión en el derecho penal: Un estereotipo del rol femenino

¿Qué es lo que se tutela al agravarse el rapto por tratarse de una mujer casada? ¿y la causa de no operatividad de la coerción penal, basada en el casamiento con el autor? El agravante de ser casada, en el rapto, evidenciaría que lo que se tutela más es el matrimonio o bien, el honor del marido, no a la mujer en sí.

Asimismo, la lesión a su libertad sexual desaparecería cuando media matrimonio con el autor. El considerar que el acto del matrimonio repara el daño causado y la lesión al bien jurídico, pone en evidencia que el bien jurídico tutelado sería el orden familiar, la consideración de que el matrimonio borra cualquier atentado a la mujer, pues restablece ese "orden".

De otro lado, la tutela de la vida queda descartada con la sola comparación entre la punición del aborto y la punición del infanticidio o del abandono por causa de honor. Como veremos en muchos casos, es más grave decidir no ser madre, que serlo y matar o abandonar al niño.

Pero, además, se revela claramente que ni la vida ni la mujer son el real objeto de protección, cuando los atenuantes del homicidio y del abandono se extienden a los integrantes del grupo familiar; es la "honra" de la familia lo que en realidad se tutela. El tema de la maternidad no querida se lee en clave de "honor" familiar, de revelación de una conducta "desviada", en el sentido de que trasciende una conducta sexual fuera de los cánones del "orden" familiar.

Maternidad, sexualidad y dependencia serían las características de la mujer como objeto de represión y/o tutela en los códigos penales. Es notoria la subordinación que se hace de las mujeres por razones "basadas en la naturaleza", presentándolas como seres necesariamente sujetos a tutela, dada su "inestabilidad" sico-física (Laqueur 1990).

Los códigos penales tienen capítulos específicos que han focalizado ciertos aspectos de la experiencia femenina donde las mujeres son involucradas en el sistema ya sea como víctimas o como delincuentes y, por el proceso de influencia mutua entre los diversos órdenes penales latinoamericanos, es fácil encontrar tendencias comunes en la forma de legislar sobre los mismos temas.

Si se acepta que los Códigos Penales formalizan el rechazo a aquéllo que no es socialmente valorado, aunque no existan las condiciones ni la voluntad estatal para reprimir tales conductas, es necesario explicitar cuáles serían los criterios válidos y fiables para transformar la normatividad. La inaplicabilidad no sería suficiente argumento para establecer modificaciones puesto que el sistema normativo requiere de autonomía respecto de la administración de justicia propiamente dicha al constituir un importante referente simbólico. Tampoco puede aceptarse el deslizamiento de argumentos de carácter moralista de base religiosa como sustento a prohibiciones penales porque significaría extender fundamentaciones válidas sólo para una parte de la población.⁹⁵⁵

La condición materna es un elemento angular para construir un sistema no discriminatorio en materia penal y no cabe asimilarlo a ningún criterio moral de "buena fama". La protección a las mujeres embarazadas y en período de post-parto no siempre está enmarcada en la noción explícita de la protección a la reproducción.

La protección contra la discriminación

Muchos de estos códigos han sido redactados antes de la suscripción y ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer que hicieran todos los Estados latinoamericanos. Y aunque no ha habido un proceso consistente de

⁹⁵⁵En los siglos XVIII y XIX se establecieron los principios modernos de la ley penal, entre los que figuran: 1. La infracción penal no debe tener vínculo alguno con la falta moral o religiosa; 2. La ley define lo que es útil a la sociedad y lo que es nocivo, por lo tanto, reprimible; y 3. La infracción requiere de una definición clara y simple. Foucault, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, México, 1988.

incorporación de ésta a nivel de los ordenamientos penales, es posible detectar artículos referidos a algunas conductas discriminatorias.

Costa Rica considera, en el título de los delitos contra los derechos humanos, la conducta de la persona, el gerente o director de una institución, oficial o privada, o el administrador de establecimiento industrial o comercial, que aplique cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, de edad, religión, estado civil, opinión política, origen social o situación económica. Es el único país que tiene a los derechos humanos como uno de los bienes jurídicos tutelados en el Código Penal (Artículo 371, Código Penal de Costa Rica).

Una pena muy grave (de 10 a 15 años de prisión) está establecida para quien dirija o forme parte de organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, o infrinja disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos (Artículo 372, Código Penal de Costa Rica).

En Argentina se sancionó una ley contra la discriminación. Esta prescribe que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados (Ley 23592 de Argentina).

Cuba también tiene un artículo referido al delito contra el derecho de igualdad donde señala que la acción de discriminar por cualquier motivo da lugar a una privación de libertad o a multa. La misma sanción se establece para quien difunda ideas de dominio racial o étnico (Artículo 295, Código Penal de Cuba).

Aunque los Códigos de Uruguay (Artículo 47, Código Penal) y Venezuela (Artículo 77, inciso 8, Código Penal) no hacen mención explícita a la discriminación, sin embargo, establecen el abuso de la superioridad del sexo como un agravante para todos los delitos.

Condiciones prescritas para la mujer en los tipos penales

En esta parte del trabajo intentaremos agrupar el tratamiento penal vigente de las conductas que tienen como sujeto activo y/o pasivo a las mujeres dentro de las "condiciones" biológicas, sociales y económicas de la mujer, ilustradas con ejemplos representativos:

A. Condiciones biológicas

I. Criminalización de la libertad para decidir sobre la reproducción o el incumplimiento del rol materno: ¿puede la mujer elegir? ¿se protege la vida?

1. Aborto

La legislación penal en Latinoamérica califica el aborto como delito contra la vida y la integridad personal, con la excepción del Código cubano.

Las normas no se aplican al aborto espontáneo, el cual no es punible, por cuanto se produce sin que medie la intervención humana para provocarlo y puede ser causado por trastornos físicos, emocionales, cansancio o causas de origen patológico.

En general, las penas por aborto en los códigos penales revisados se agravan cuando se causa la muerte de la mujer. Además, casi todos prevén el aborto preterintencional, que es aquél que se causa, sin tener el propósito de provocarlo, por ejercer violencia sobre la mujer conociendo su estado de embarazo.

Excepción

El Código Penal cubano regula de manera distinta el aborto, el cual está permitido por las regulaciones de la salud. Este sólo se sanciona penalmente cuando se practica fuera de esas regulaciones. La pena se agrava si se realiza por lucro o fuera de las instituciones oficiales o por persona diferente al médico (Artículo 7, Código Penal de Cuba). Igualmente penaliza la conducta de quien a propósito cause el aborto, con o sin violencia sobre la mujer grávida (Artículo 8, Código Penal de Cuba). En estas situaciones, la tutela de la libertad de elección de la mujer es evidente, dentro de condiciones que garantizan igualmente su vida.

1.1 Tratamiento diferente para quien lo provoca y para la mujer que se lo practica

En el caso del aborto provocado la ley distingue entre quien intencionalmente hace abortar o sea el sujeto que lo practica. En cuanto a la mujer, se distinguen dos situaciones:

- < La mujer no lo haya consentido, caso en el cual la pena para quien lo hubiere practicado es mayor
- < La mujer lo hubiere consentido, caso en el cual la pena para quien lo hubiere practicado es menor

1.2 Existen circunstancias atenuantes

Existen las siguientes circunstancias atenuantes:

- < Cuando la mujer se ha practicado el aborto por sí misma o a través de otra persona, para ocultar su deshonra. (Artículo 81, inciso 2, Código Penal de Argentina); (Artículo 120, Código Penal de Costa Rica)
- < Cuando la mujer resulte embarazada por acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida (Artículo 345, Código Penal de Colombia)
- < Cuando el embarazo resulte de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio la pena es de sólo 3 meses (Artículo 120, Código Penal de Perú)

2. Aborto no punible

No es punible el aborto practicado por un médico o por la mujer, cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- < Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre (Artículo 119, Código Penal de Perú)
- < Si el embarazo proviene de una violación (Artículo 333, Código Penal de México) o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento

de su representante legal deberá ser requerido para el aborto (Artículo 86, inciso 2, Código Penal de Argentina). Este mismo evento lo contempla la legislación ecuatoriana cuando el embarazo, además, provenga de un estupro en persona discapacitada (Artículo 447, inciso 2, Código Penal de Ecuador)

- < Si es practicado por facultativo con consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción (Artículo 169, Código Penal de El Salvador)
- < El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto (Artículo 169, Código Penal de El Salvador)
- < Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna (Artículo 6, Código Penal de Bolivia)

3. Aborto agravado

Cuando es el marido quien provoca el aborto algunas legislaciones prevén un agravamiento en la pena (Artículo 143, Código Penal de Panamá); (Artículo 434, Código Penal de Venezuela); (Artículo 327, inciso 3, Código Penal de Uruguay).

No queda comprendida la responsabilidad de quien es el padre del feto, no siendo marido de la embarazada, lo cual constituye discriminación por estado civil.

4. Aborto causado por angustia económica

A pesar de ser una de las causales más comunes entre los amplios sectores desfavorecidos latinoamericanos, sólo es reconocido como eximente de responsabilidad por la legislación uruguaya, que lo añade a las ya anotadas circunstancias de embarazos productos de violación, estupro, salvación de la honra (Artículo 328, numeral 4, Código Penal de Uruguay).

5. Responsabilidad de la persona que sirva de intermediario para el aborto

Se imputa responsabilidad a quien ponga en comunicación a la mujer embarazada con otra persona para que le cause el aborto, siempre que éste se haya consumado (Artículo 317, Código Penal de República Dominicana).

¿Cual es el bien jurídico tutelado con la penalización del aborto? ¿la vida?

De la lectura de los códigos, podemos inferir que se trata de proteger la vida del feto, no la libertad de la mujer para decidir sobre su reproducción. Si tomamos las circunstancias que atenúan la responsabilidad en algunos casos (casi en todos) encontramos que el derecho a la vida del feto cede paso al concepto de conservación de la honra.

La eficacia de estas normas se contradice con los altos índices de abortos que se practican en la clandestinidad, es decir la aplicación real es muy deficiente. Al no existir la posibilidad de abortar dentro de los canales regulares de salud pública, salvo el caso de Cuba, la mujer opta por acudir a personas no especializadas o se practican el aborto ellas mismas con lo cual no se hace otra cosa, que aumentar el número de víctimas en las estadísticas.

Las personas pertenecientes a los sectores más desfavorecidos al no poder recurrir al hospital público -por la prohibición del aborto-, se valen de métodos caseros o recurren a personas que efectúan las maniobras abortivas imperitamente. En muchos casos se presentan graves hemorragias que obligan a las mujeres a acudir a un hospital para salvar su vida, con el riesgo de denuncia -a la que los médicos están obligados- y la criminalización -victimización de la mujer pobre.

En la realidad quien posee recursos económicos no corre ese peligro. Pues la mujer, o bien emigra para abortar hacia un país en que esté permitido, o bien se lo efectúa en consultorios o clínicas privadas, con todas las garantías profesionales y de asepsia que aseguran que no corra peligro alguno. En la última situación, el aborto y el legrado se enmascaran como espontáneo o a través de hacer constar otra causa de intervención médica. Esta posibilidad no está al alcance de la persona carente de recursos, pues la prohibición del aborto concurre a aumentar los precios de su realización.

Esta preocupante causa de muerte de mujeres en Latinoamérica no ha sido contemplada debidamente cuando se discute acerca de incriminar o no el aborto. Muchas veces se deja de lado, con lo cual la protección del bien jurídico vida o integridad personal resulta burlado.

Las restricciones a la capacidad de decidir respecto de la reproducción alcanzan incluso al derecho a la información sobre medios anticonceptivos, como en el caso de Costa Rica, que considera una contravención el anuncio de procedimientos o sustancias destinadas a evitar el embarazo (Artículo 374, inciso 6, Código Penal de Costa Rica).

I. Condiciones biológicas femeninas que son consideradas "atenuantes" en la comisión de delitos contra la vida

La naturaleza femenina tanto como la masculina, presenta etapas o estadios fisiológicos producto de circunstancias biológicas propias de cada uno de los sexos. Estos cambios y períodos transitorios o permanentes reciben una mayor atención en el caso de las mujeres a quienes se califican por ejemplo, según su desarrollo hormonal: doncella, mujer en embarazo, parturienta, mujer en estado puerperal, mujer menopaúsica.

Las alteraciones del carácter son definidas comúnmente como depresiones menstruales, estados histéricos, menopaúsicos, con una connotación de vulnerabilidad por causa de la naturaleza. Situaciones biológicas normales parecen adquirir otra dimensión y merecen un tratamiento de trastornos mentales, equiparables a discapacidades psíquicas o estados patológicos transitorios.⁹⁵⁶

1. Circunstancias atenuantes en la comisión de los delitos

Sobre la base de esta concepción, los códigos penales han incluido criterios de atenuación de la pena para las mujeres en función de una noción de supuesta vulnerabilidad fisiológica. Entre los delitos contra la vida y la integridad de la persona se encuentra la recurrente mención en el caso del infanticidio, a circunstancias de alteración emocional propias del estado puerperal que conceden una considerable rebaja en las penas propias del homicidio si el acto de la muerte fuere provocado por la madre por motivos que son descritos de similar manera:

⁹⁵⁶Los cambios hormonales en el varón no han sido objeto de tan profundas investigaciones y menos aún de una reflexión popularizada, se cree que por el contrario son "invulnerables" a cualquier cambio.

Son circunstancias atenuantes las siguientes:

haber obrado la mujer bajo trastornos producidos por el embarazo, la menopausia, el período menstrual o el puerperio (Artículo 52, Código Penal de Cuba)

motivos íntimamente ligados a su estado, que les produzcan indudable alteración psíquica (Artículo 134, Código Penal de Guatemala)

La madre que matare a su hijo durante el nacimiento dentro de las 72 horas subsiguientes, en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable (Artículo 155, Código Penal de El Salvador)

El Código de Guatemala trata el atenuante desde el punto de vista de "reconducción a la naturaleza" de la mujer de carácter patológico, ya que el atenuante se tiene en cuenta para la madre que impulsada por motivos que ligados íntimamente a su estado le produzcan indudable alteración síquica abandone al hijo antes de los 3 días de nacido (Artículo 155, Código Penal de Guatemala).

Es decir, el bien jurídico protegido, que es la vida humana de cualquier ser, es tutelado con un grado de protección menor, en virtud de circunstancias atenuantes atribuidas a "estados emocionales" postparto.

Esta "alteración" sirve de atenuante en el caso del infanticidio en una circunstancia muy especial, cuando el infante no se halle inscrito en el Registro Civil, es decir que su existencia jurídica no hubiese comenzado.

Se aplicarán de 3 a 5 años a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

...
 III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no hubiere sido inscrito en el registro civil. (Artículo 327, Código Penal de México)

O en el caso del aborto:

La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, prisión de 1 a 3 años. Si lo hiciera impulsada por motivos que, ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración síquica, la sanción será de 6 meses a 2 años. (Artículo 134, Código Penal de Guatemala)

2. Estados biológicos tomados en consideración para el cumplimiento de la pena

Respecto al trabajo desempeñado en los sitios de reclusión, por hombres y mujeres, se percibe un criterio limitativo que encasilla a éstas en la realización de ciertas labores trasladando criterios sociales prejuiciados al tratamiento en prisión.

En las penas privativas de la libertad se establece un tratamiento especial para las mujeres.

En el caso de la suspensión de la pena capital o del cumplimiento de la pena, por motivos de embarazo, se estaría preservando a la reproductora o a la madre y no al ser humano.

2.1 Normas sobre sitios de reclusión

En general, los códigos penales de todos los países prevén establecimientos separados para varones y para mujeres.

La condición de la mujer sirve para confinarla en establecimientos especiales (al igual que los menores de edad) (Artículo 8, Código Penal de Argentina); (Artículo 53, Código Penal de Bolivia); y en establecimiento apropiado, observando los deberes y derechos inherentes a su condición (Artículo 37, Código Penal de Brasil).

Las mujeres, previa orden del Presidente, a través del Ministerio de Justicia pueden cumplir su pena prestando servicios en hospitales, casas de beneficencia, o hospicios (Artículo 18, Código Penal de Venezuela).

La pena puede ser cumplida en el hogar cuando la mujer sea honesta (Artículo 10, Código Penal de Argentina); o de buenos antecedentes (Artículo 58, Código Penal de Bolivia).

Las mujeres se dedicarán a trabajos adecuados a su sexo en sus sitios de reclusión, prisión o arresto (Artículo 63, Código Penal de Nicaragua).

Las mujeres se encargarán de los trabajos interiores de las cárceles y presidios (Artículo 16, Código Penal de República Dominicana) mientras que los hombres se encargarán de los trabajos más penosos e incluso pueden ser encadenados de dos en dos (Artículo 15, Código Penal de República Dominicana).

2.2 Exoneración de pena capital por la condición de madre

No se puede imponer la muerte a la mujer que hubiera cometido el delito estando encinta o que lo esté en el momento de dictarse la sentencia (Artículo 29, numeral 2, Código Penal de Cuba); (Artículo 43, Código Penal de Guatemala).

2.3 Suspensión de la pena por causa de embarazo

No se puede imponer pena de reclusión a la mujer embarazada, sino hasta 60 días después del parto (Artículo 58, Código Penal de Ecuador).

B. Condiciones sociales

I. Sistema exculpatorio o de atenuantes en los delitos contra la vida basados en la concepción de "honor"

El sistema de atenuantes y exenciones de pena revela una noción expresa de la tutela social ejercida por los varones sobre la sexualidad de las mujeres, más aun cuando media la institución matrimonial o parental que atribuye individualmente a las mujeres un varón-tutor. El mayor bien jurídicamente protegido, cual es la vida humana, cede su primacía cuando se atenta contra él si es para proteger el "honor" de la mujer o de sus parientes más próximos o de su marido.

Lo particular de estas disposiciones es que, de acuerdo a las mismas, el valor vida -que es el más importante- queda subordinado a la "honra" en la esfera sexual, pues al ser ésta atacada la pena se atenúa o simplemente es impune un atentado contra la vida.

1. Infanticidio

En estos eventos estamos ante un atenuante vinculado a la defensa de la "honra" sexual de la familia. La madre y la mujer no tienen nada que ver en cuanto sujeto de protección. Tampoco el hijo, cuya vida está más o menos protegida de acuerdo al origen matrimonial o no, irregular o no con que es concebido.

En este orden de ideas, en el infanticidio se evidencia que el discurso sostenido para incriminar el aborto, es decir, la protección de la vida del feto, no pasa del plano del discurso, ya que la protección de la vida de ese feto -cuando nace- depende de si su concepción ha afectado o no la "honra" familiar.

La "maternidad", el rol materno ínsito en esta concepción de lo femenino, se repite en las regulaciones penales. En las del aborto, porque con éste la mujer se niega a cumplir su rol, sin tener en cuenta las razones que lo fundamentan, tampoco la libertad de elección de la mujer, ni siquiera las tradicionales consideraciones en torno a la "honra sexual" que se hacen en la generalidad de los casos.

En las del infanticidio, que por el contrario justifican, en cierta medida, la aniquilación de ese rol a través de la muerte del hijo, por razones vinculadas a la "deshonra" en el plano sexual o de las relaciones por fuera del ámbito asignado por el rol familiar. Además, en muchos casos -como cuando los familiares de la madre son los que dan muerte al recién nacido- tales consideraciones predominan sobre la ponderación de la vida, sobre la voluntad materna y sobre la elección de ser madre.

El rol materno y el rol sexual son siempre predominantes. Se sanciona el no cumplimiento del rol materno, excepto cuando la maternidad proviene de una desviación del rol sexual asignado, -de madre dentro de la estructura familiar matrimonial-, en cuyo caso prima la consideración de la "honra familiar". Nuevamente las razones esgrimidas en el discurso quedan en ese plano de discurso encubridor.

Para el infanticidio se tienen en cuenta sólo razones vinculadas al corto tiempo desde el nacimiento, fundamental en este enfoque para que el parto haya sido ocultado a los ojos de la gente. También, están consideraciones referentes a la presunta "anormalidad" de estados fisiológicos de la mujer; se requiere, en general, que el homicidio se produzca "durante el parto o mientras esté bajo la influencia del estado puerperal".

A la madre que "para encubrir su fragilidad o deshonra, diere muerte a su hijo durante el parto o hasta 3 días después, incurre en pena privativa de la libertad mientras que el homicidio contra ascendiente o descendientes, a sabiendas de que los son, está penalizado con la muerte" (Artículo 258 en concordancia con el 252, Código Penal de Bolivia).

La legislación cubana prevé pena privativa de la libertad reducida a la mitad y exime de la pena de muerte, a la madre que mate a su hijo dentro de las 72 horas siguientes al parto, para ocultar el hecho de haberlo concebido (Artículo 4, Código Penal de Cuba); (También Artículo 123, Código Penal de Honduras).

El infanticidio está penalizado benignamente en México, si concurren circunstancias atenuantes, las cuales están ligadas a la buena honra de la madre, al ocultamiento de la existencia del niño y a su ilegitimidad; a que la madre no tenga mala fama, que haya ocultado su embarazo, que el nacimiento del niño haya sido oculto y que no estuviere inscrito en el registro civil y a que el infante no sea legítimo (Artículo 327, Código Penal de México).

La legislación venezolana extiende la noción de "honor", que reduce la pena al culpado, a su esposa, a su madre, de su descendiente, hermana o hija adoptiva (Artículo 413, Código Penal de Venezuela).

La reducción de la pena por el hecho de matar al recién nacido para "ocultar la deshonra" se extiende a los abuelos maternos (Artículo 453, Código Penal de Ecuador).

2. Abandono de recién nacido

Si en lugar de darle muerte al recién nacido se le abandona, existen atenuantes vinculados a la motivación del abandono.

De igual manera el abandono de niños está reprimido con una pena reducida a la mitad, si es la madre quien abandona al hijo recién nacido para salvar su honor (Artículo 279, Código Penal de Bolivia).

La legislación argentina estipula que hay disminución en la pena si el abandono es de un menor de 3 días aún no inscrito en el Registro Civil, para salvar el honor propio o de la esposa, madre, hija o hermana (Artículo 107, Código Penal de Argentina).

De este modo, la pretendida tutela de la vida queda descartada con la sola comparación entre la punición del aborto y la punición del infanticidio o del abandono por causa de honor. Si la mujer consiente el aborto es sancionada con pena de 1 a 4 años. En cambio si espera que nazca y lo mata tiene pena de 1 a 3 años. Más conveniente aún le resulta tener el hijo, no inscribirlo y abandonarlo antes que tenga tres días. Entonces, es más grave decidir no ser madre, que serlo y matar o abandonar al niño.

En Venezuela disminuye la pena cuando, el abandono del recién nacido, haya sido para salvar el propio honor, el de su mujer, o el de su madre, de su descendiente, de su hija adoptiva o de su hermana (Artículo 439, Código Penal de Venezuela).

Es decir, que puede "defender el honor o la honra familiar" -entendida desde el plano sexual de una de las mujeres de la familia- no sólo la madre sino también el esposo de ésta, o el hijo o el padre o el hermano, que serían los "cruzados" de la honra familiar y su delito se atenúa, aun cuando la madre del recién nacido no haya expresado su voluntad.

El Código salvadoreño trata la conducta sin aludir a ninguna motivación. Establece una pena de 1 a 4 años de prisión para la mujer que abandone su hijo dentro de las 72 horas de nacido. Si del abandono resultare la muerte del recién nacido (caso que presumimos es común) es un agravante del abandono, que está penado con prisión de 6 meses a 3 años (Artículo 178, Código Penal de El Salvador).

La legislación colombiana reduce la pena cuando la madre abandone al hijo fruto de una violación o de inseminación artificial no consentida (Artículo 347, Código Penal de Colombia). Pero la agrava si el abandono es seguido de lesión o muerte (Artículo 348, Código Penal de Colombia).

3. Abandono de la madre

Existe una norma excepcional, en cuanto extiende la figura de abandono, a quien abandona a una mujer en gestación a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica. Aparece como tendiente a proteger a la mujer (Artículo 150, Código Penal de Perú).

4. Homicidio y lesiones personales

Algunos códigos recogen circunstancias vinculadas a la conducta sexual de la mujer y excepcionalmente del hombre, que determinan una especie de "autorización" para cometer delitos contra la vida. Nótese que se trata, en su mayoría, de los varones de la familia que defiendan la "honra" de "sus" mujeres, ya que no se prevé la situación inversa.

- < En algunos casos, como en Ecuador, no es punible el delito contra la vida y la integridad personal por cuestión de honor. Se considera que no hay infracción; es decir no se penaliza el homicidio y las lesiones que cometa el cónyuge contra el otro cónyuge o contra quien estuviere con éste, cuando los sorprende en flagrante adulterio (Artículo 22, Código Penal de Ecuador).
- < En otros casos se prevé dentro de las Causas de la Impunidad, es decir faculta al juez para dejar sin efecto la pena, cuando el cónyuge mata o lesiona al otro cónyuge que sorprenda in fraganti, o mate al cómplice por "la pasión provocada por el adulterio", pero siempre que el autor tenga "buenos antecedentes" (Artículo 36, Código Penal de Uruguay).
- < El homicidio del cónyuge y de su cómplice es excusable, si se lo sorprende en acto carnal (Artículo 324, Código Penal de República Dominicana); (Artículo 130, Código Penal de Nicaragua). El Código dominicano trae una norma similar que establece que es excusable el homicidio del cónyuge que sorprenda al otro en adulterio en la casa conyugal, pudiendo entonces darle muerte al cónyuge, al otro o a ambos (Artículo 324, párrafo 2, Código Penal de República Dominicana); (También Artículo 122, Código Penal de Honduras).
- < Existe una reducción de la pena cuando estos delitos se cometen por el marido, por el padre o el abuelo al sorprender al cómplice con la mujer en acceso carnal (Artículo 423, Código Penal de Venezuela). También se reduce la pena para los hermanos mayores y los padres de hijas o hermanas menores de 21 años, (Artículo 129, Código Penal de Nicaragua), hasta un mínimo de tres días (Artículos 310 y 311, Código Penal de México).

Es evidente que en esta norma no se contempla como fundamento de la atenuación otro motivo que la honra familiar, entendida como la "honra" del hombre, en cuanto al cumplimiento del rol sexual de la mujer, ya que no se extiende a la mujer frente a la misma conducta por parte del hombre y también porque se refiere a hijas o nietas "solteras".

Aquí aparece claro que el objeto de tutela es la "honra" familiar referida al plano sexual de la mujer, a tal punto que el atenuante sólo se tiene en cuenta cuando se vive con los padres.

La repetida circunstancia de precisar "que vivan en la casa", como en el caso venezolano, o que el adulterio sea cometido en la casa, en el dominicano, revela que es el "honor" de la casa lo que las normas tienen en cuenta.

Hipócritamente, lo que suceda fuera de la casa, aun cuando sea un hecho similar, queda fuera de la protección, o no se considera relevante para fundamentar una atenuación. El Estado "delega" en los hombres de la casa la función sancionadora.

II. Desprotección de la libertad sexual

Los delitos de abuso sexual en contra de la mujer están previstos en los códigos como tutelando los bienes jurídicos de libertad (Perú); Libertad y seguridad sexuales y pudor (Guatemala); pudor y honestidad pública (Paraguay); libertad y pudor sexuales (Colombia, Panamá, El Salvador); libertad y normal desarrollo psicosexual (México); buenas costumbres (Brasil, Bolivia); buenas costumbres y orden de la familia (Uruguay, Venezuela); libertad sexual y honestidad (Honduras); honestidad (Argentina); normal desarrollo de las relaciones sexuales y la familia, la infancia y la juventud (Cuba). Están previstos como delitos sexuales en Costa Rica y Ecuador. El Código de República Dominicana trata el abuso sexual entre los delitos contra la honestidad, dentro de los crímenes y delitos contra las personas. Sólo Nicaragua lo considera como delito contra las personas y su integridad física, psíquica y social.

El enfoque patriarcal ligado al de las "buenas costumbres", la "honestidad" y el "pudor" le exige a la mujer determinadas "virtudes" en función de su estado civil, ser casada o no ser casada, y la toma como objeto, no como portadora de bienes jurídicos protegidos, como serían la integridad psico-física o la libertad. Hay una gradación en la valoración de las mujeres cuando se trata del pudor, la honestidad o las buenas costumbres: primero, las niñas, luego las adolescentes, luego la mujer casada, seguida de la mujer honesta y de buena fama (se entiende soltera y virgen), la mujer desflorada anteriormente y por último la prostituta, cualquiera que fuese su edad (Artículo 315, Código Penal de Paraguay). Muchos de estos criterios no figuran en los códigos, pero sí en la mentalidad judicial para interpretar las normas.

1. Delito de Injuria

Se considera como delito de injuria el divulgar dudas sobre la castidad de la mujer (Artículo 173, Código Penal de Nicaragua). Parece, entonces, que esa "castidad" es el bien supremo que caracteriza el "honor" de la mujer.

Sería diferente en caso de la exención de pena por legítima defensa, es decir, para impedir la lesión de otro bien jurídico (por ejemplo, la libertad sexual) que sólo pudiera defenderse de manera tan drástica que causara la muerte de la persona agresora. El desbalance se produce al dar "carta blanca" a la protección del "pudor" confundiéndolo con la libertad sexual.

2. Violación

En todos los códigos el delito de violación -acto sexual violento- está previsto, tanto en la forma propia, la utilización de violencia para consumar la relación sexual, como en la forma impropia, con referencia a las características de la víctima, en cuanto a la edad o salud mental. En general la víctima puede ser hombre o mujer.

2.1 Mujer como víctima de la violación

Se considera violación el tener relación sexual con una mujer por medio de violencia, o con una mujer que no pudiera resistir o sea menor de 12 años (Artículo 173, Código Penal de Guatemala).

La legislación cubana castiga al que realice el acto sexual con una mujer, ya sea por vía normal o contra natura, siempre que se use fuerza o intimidación suficiente; o que la víctima sea enajenada mental o tenga trastorno mental o no tenga razón o sentido o no pueda resistir o carezca de la facultad para comprender el alcance de su acción y para dirigir su conducta (Artículo 298, numeral 1, Código Penal de Cuba).

La legislación dominicana sanciona a quien tiene "ayuntamiento carnal normal e ilícito" con una persona de sexo femenino y contra la voluntad de ésta (Artículo 332, Código Penal de República Dominicana). Ese requisito de "ilicitud" no se comprende bien, salvo que se interprete como queriendo significar que la violación se cometa fuera del matrimonio. De otro modo no tiene sentido ese requerimiento de normalidad junto al de ilicitud.

La legislación salvadoreña prescribe que sólo puede ser víctima de violación la mujer (Artículo 192, Código Penal de El Salvador). También se considera violación el caso de acceso carnal con mujer menor de 12 años (aunque hubiere consentimiento) o cuando la víctima estuviere enajenada o no pudiere resistir por estar enferma (Artículo 193, Código Penal de El Salvador). Este código contempla como violación impropia "el acceso carnal realizado por varón en otro varón o en mujer por vaso indebido" si concurren las mismas circunstancias de la violación.

El Código brasileño hace referencia sólo a la mujer como víctima. Considera violación el obligar a la mujer a la conjunción carnal empleando violencia o amenaza grave o también cuando sin esos medios la víctima es menor de 14 años (Artículo 213, Código Penal de Brasil).

2.2 Víctima de uno u otro sexo

Se considera violación el acceso carnal del hombre con personas de uno u otro sexo, mediante fuerza o intimidación. Asimismo, aun sin violencia, cuando: la víctima sea menor de 12 años; estuviera privada de razón o sentido o no pudiera resistir; se trate de personas detenidas o presas y el autor fuera encargado de su guardia o custodia; cuando se emplee fraude, porque el autor se hace pasar por otra persona (Artículo 140, Código Penal de Honduras).

En Bolivia se sanciona a quien tenga acceso carnal con persona de uno u otro sexo por medio de violencia o si la víctima es enajenada mental o está incapacitada para resistir (Artículo 308, Código Penal de Bolivia).

En Colombia se prevé también la violación realizada sobre víctimas de, cualquier sexo, mediante el empleo de violencia (Artículo 298, Código Penal de Colombia). También es violación cuando se haya puesto a la víctima en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual (Artículo 300, Código Penal de Colombia). Este código es el único que sanciona como delito contra la autonomía personal la inseminación artificial de una mujer sin su consentimiento (Artículo 280, Código Penal de Colombia).

El Código de Perú considera violación el acto carnal practicado con violencia o amenaza grave y establece una pena de 4 a 8 años de prisión.

Debe entenderse que podría producirse violación dentro del matrimonio, sin embargo, al tratar el aborto, se le atenúa la pena cuando el embarazo sea consecuencia de una violación fuera de matrimonio o de una inseminación artificial no consentida ocurrida fuera de matrimonio. Esto

deja entender que si tales actos se produjeran estando vigente el vínculo matrimonial la mujer no tendría derecho a la atenuación de la pena, en caso de aborto. Se trataría de una discriminación por estado civil (Artículo 120, Código Penal de Perú).

Se agrava la pena en las siguientes circunstancias:

- < Cuando se logra el acto sexual después de haber puesto a la víctima en estado de inconsciencia o de imposibilidad de resistir (Artículo 171, Código Penal de Perú). También se agrava (prisión de 5 a 10 años) cuando el victimario usa armas y cuando son dos o más los agresores. La víctima puede ser varón o mujer (Artículo 170, Código Penal de Perú)
- < Cuando la víctima sufre una anomalía psíquica o una grave alteración de la conciencia o está incapacitada para resistir (Artículo 172, Código Penal de Perú)
- < Cuando la víctima es menor de 14 años o cuando el autor tiene una posición, cargo o vínculo familiar que le dé autoridad o confianza; además, respecto de quien se aprovecha de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia de una persona que está en un hospital, asilo o establecimiento similar, o se encuentra detenida, recluida o interna (Artículo 173, Código Penal de Perú)
- < Cuando la víctima es menor de 12 años (Artículo 361, numeral 3, Código Penal de Chile)

2.3 Violación como "otro acto análogo" al acceso carnal

El Código peruano igualmente prevé otros actos constitutivos de violación diferentes al acceso carnal (Artículo 170, Código Penal de Perú). Las penas se aumentan, hasta llegar a la cadena perpetua si se causa la muerte o lesión grave a la víctima, y ésto era posible de prever, o si se actúa de manera cruel (Artículo 173A, Código Penal de Perú).

Este es uno de los códigos en que, además de la sanción penal, prevé una consecuencia de responsabilidad civil, ya que el autor está obligado a mantener la prole que resulte del delito.

Además, es el único código que establece que el autor deberá someterse a tratamiento terapéutico, si es aconsejada su aplicación por dictamen profesional, lo cual se considera un criterio adecuado para solucionar futuros conflictos (Artículo 178A, Código Penal de Perú).

El Código de Nicaragua también considera la violación como el tener acceso carnal con la víctima -sin especificar sexo- o el introducirle, con propósito sexual, cualquier órgano, instrumento u objeto, mediante el empleo de fuerza, intimidación o cualquier medio que la prive de voluntad, razón o sentido (Artículo 195, Código Penal de Nicaragua).

Se presume la falta de consentimiento cuando la víctima es menor de 14 años o se trate de mujer casada o en unión de hecho estable, a quien el violador hace creer que es su marido.

También el Código colombiano sanciona el realizar un acto sexual distinto del acceso carnal, mediante violencia (Artículo 299, Código Penal de Colombia).

2.4 Violación no consumada, con empleo de violencia

Se contempla la violación propia, es decir el acto sexual con empleo de violencia, aun cuando el acto no se consuma. La víctima puede ser de cualquier sexo

Se presume la violencia cuando la víctima tiene menos de 15 años, carece de discernimiento o voluntad, se encuentra detenida o arrestada y se emplea fraude haciendo aparecer como culpable a otra persona (Artículo 272, Código Penal de Uruguay). Este código considera atentado violento al pudor la ejecución de actos obscenos, distintos del acto sexual, u obtuviera que la víctima los realice sobre sí mismo o sobre la persona del autor o de un tercero (Artículo 273, Código Penal de Uruguay).

2.5 Agravantes del delito de violación

Son considerados como agravantes del delito de violación: el causar grave daño a la salud física o mental de la víctima; el parentesco con la víctima o su tutor; que el autor sea cónyuge o concubino de la madre o padre de la víctima; que el agresor hubiere sido cónyuge o concubino/a de la víctima, lo cual da a entender que no se admite el delito si conviven cuando se produce la violación (Artículo 195, Código Penal de Nicaragua).

Se agrava cuando la víctima es menor de 12 años; cuando la persona se halle privada de razón o sentido; cuando se use fuerza o intimidación (Artículo 512, Código Penal de Ecuador).

También son agravantes: el concurso de 2 o más personas; el haber sido ya penado por el mismo delito; y si para facilitar la ejecución, se presenta vistiendo uniforme militar o aparenta ser funcionario público (Artículo 298, numeral 2, Código Penal de Cuba).

Puede llegarse a la imposición de la pena de muerte cuando la víctima sea menor de 12 años o si resultan lesiones o enfermedad grave (Artículo 298, numeral 3, Código Penal de Cuba).

De manera similar la legislación boliviana establece que, si la violación recae sobre persona menor de edad que no ha llegado a la edad de la pubertad, se eleva la pena de presidio e incluso puede llegarse a aplicar la pena de muerte si del hecho de la violación se desprende la muerte de la víctima (Artículo 308, inciso 2, Código Penal de Bolivia).

La pena se agrava para todos los delitos contra "la libertad y el pudor sexuales", cuando la víctima queda embarazada (Artículo 306, Código Penal de Colombia).

La legislación panameña comprende en el delito de violación no sólo el uso de violencia, la ausencia de razón, la imposibilidad de resistencia y el ser menor de 12 años, sino también el caso de que la víctima sea la persona detenida cuya custodia la tiene el autor del delito (Artículo 216, Código Penal de Panamá). Este Código presenta la particularidad de que el autor de los delitos será considerado padre de la prole que nazca, para los efectos sucesorios y alimentarios siempre que la víctima lo solicite y que el nacimiento ocurra entre los 180 y los 300 días posteriores a la comisión del delito.

2.6 Atenuantes del delito de violación

La legislación venezolana reduce la pena al violador, hasta en una quinta parte, si la víctima fuese una prostituta (Artículo 393, Código Penal de Venezuela).

Norma similar trae la legislación salvadoreña (Artículo 196, Código Penal de El Salvador).

3. El estupro o la protección de la virginidad

En todos los códigos penales consultados está previsto el delito de "estupro", es decir, la relación sexual consentida con una mujer u hombre menor, a lo que se agrega, generalmente, el requisito de que la persona sea "honesta". A pesar de que la víctima puede ser de uno u otro sexo, su penalización se relaciona directamente con la noción de "virginidad", de la cual es portadora culturalmente la mujer, como un valor supremo.

3.1 Víctima del delito de ambos sexos

Para el Código peruano el estupro consiste en practicar el acto sexual con persona, de ambos sexos, entre 14 y 18 años mediante engaño (Artículo 175, Código Penal de Perú).

Para el Código de Nicaragua constituye estupro el tener acceso carnal, mediante engaño, con persona cuya edad oscile entre 14 y 16 años. La víctima puede ser una persona de cualquier sexo y no se requiere otra característica determinada en la víctima. La víctima puede ser mayor de 16 años, si es virgen (Artículo 196, Código Penal de Nicaragua). Esta norma presume el estupro si quien comete el delito fuere mayor de 21 años o estuviere casado o en unión de hecho estable.

También se prevé el delito de seducción ilegítima, que consiste en tener relación sexual con una persona de entre 14 y 18 años, que esté bajo la autoridad o dependencia del autor o que tenga con éste relación de confianza o nexos familiares (Artículo 197, Código Penal de Nicaragua).

En Colombia se pena como estupro el tener acceso carnal con una persona entre 14 y 18 años de edad mediante engaño (Artículo 301, Código Penal de Colombia).

México sanciona el "tener cópula" con persona entre 12 a 18 años de edad, cuando el consentimiento se obtuvo por engaño (Artículo 2, Código Penal de México).

3.2 Víctima mujer honesta sin importar la edad

Ilustrativo resulta en el Código de Brasil el tratamiento del estupro. Se describe como el tener acceso carnal con mujer honesta mediante fraude. No se requiere una edad determinada, la que sólo juega como agravante. Así, si se trata de una mujer virgen que tenga entre 14 a 18 años la pena se duplica (Artículo 215, Código Penal de Brasil).

También se sanciona a quien induce a una mujer honesta, empleando fraude, a practicar o permitir que se practique con ella un acto libidinoso. Si la víctima tiene entre 14 y 18 años la pena se agrava (Artículo 216, Código Penal de Brasil).

3.3 Mujer doncella o virgen

Es delito la seducción de una mujer virgen, que tenga entre 14 y 18 años, obteniendo acceso carnal, aprovechándose de su inexperiencia o confianza justificable. Es claro que se tutela la virginidad de la mujer menor de 18 años, no su voluntad o el ejercicio de su sexualidad (Artículo 217, Código Penal de Brasil).

Otra variedad se contempla en la ley uruguaya, la cual considera estupro el tener conjunción carnal con mujer doncella que tenga entre 15 y 20 años, empleando para ello promesa de matrimonio, y también si la mujer tiene más de 20 años, siempre que fuera doncella y que para ello se hubiera simulado matrimonio. Es decir, se trata de la virginidad prematrimonial como objeto de tutela especial, más allá de la edad y de la voluntad de la mujer, y el marco matrimonial para el ejercicio de su sexualidad (Artículo 275, Código Penal de Uruguay).

En el Código de Honduras es estupro la relación sexual con doncella mayor de 12 y menor de 21 años, cuando hay abuso de autoridad o confianza. También se penaliza cualquier otro abuso deshonesto que se cometa en iguales circunstancias (Artículo 142, Código Penal de Honduras).

El Código de Bolivia sanciona al que mediante seducción o engaño tenga acceso carnal con mujer honesta menor de 17 años, que esté en la pubertad (artículo 309 CÓDIGO PENAL Bolivia). De manera similar se sanciona a quien tenga acceso carnal a mujer honesta, sin hacer distinción de edad, por medio de engaño o error acerca de la persona (Artículo 311, Código Penal de Honduras).

Guatemala sanciona el tener relación sexual con mujer honesta, que tenga entre 12 y 14 años, aprovechando su inexperiencia u obteniendo su confianza. La figura se extiende, aunque con menor pena, hasta las mujeres de 18 años (Artículo 176, Código Penal de Guatemala).

El Código cubano sanciona el tener relación sexual con mujer soltera, mayor de 12 y menor de 16 años, empleando abuso de autoridad o engaño (Artículo 305, Código Penal Cuba).

Costa Rica considera estupro el tener relación sexual con mujer honesta mayor de 12 y menor de 15 años, aun cuando hubiera consentido (Artículo 159, Código Penal de Costa Rica).

En Panamá el estupro también se considera como el acceso carnal con mujer doncella de entre 12 y 16 años, aun cuando hubiere consentido. La pena se agrava cuando ha mediado promesa de matrimonio o el autor del delito ejerciere funciones de autoridad sobre la víctima (Artículo 219, Código Penal de Panamá).

En el Código de El Salvador se configura el delito de estupro por tener relación sexual, aun consentida, con mujer de entre 12 y 15 años. También lo es cuando la mujer tiene entre 15 y 18 años si es honesta y hubiera mediado promesa de matrimonio, simulación de éste o engaño grave (Artículo 197, Código Penal de El Salvador).

La edad y la inexperiencia de la ofendida, es un factor de adecuación de pena pero en todos los casos ésta se aumenta cuando la mujer es virgen (Artículo 198, Código Penal de El Salvador).

Venezuela sanciona el tener acto carnal con persona de entre 12 y 16 años. El acto carnal realizado con mujer que tenga entre 16 y 21 años, aunque esta consienta, se castiga cuando haya seducción con promesa matrimonial y la mujer sea conocidamente honesta (Artículo 379, Código Penal de Venezuela).

El Código de Ecuador define el estupro como el tener relación sexual con mujer honesta, que tenga entre 12 y 18 años de edad si se ha empleado seducción o engaño para lograr el consentimiento. La pena varía de acuerdo a la edad de la "víctima" (Artículos 509 y 510, Código Penal de Ecuador).

4. El rapto

Este delito es uno de los que más revelan que la tutela de la mujer, como persona, no es lo que se busca, que la voluntad o elección de ella no se tienen en cuenta, que lo que se protege es el rol que dentro de la familia tiene la mujer y que sólo puede disponer de su libertad y su sexualidad si se casa.

4.1 Rapto de mujeres

El Código de Brasil castiga el raptar a una mujer honesta empleando violencia, amenaza grave o fraude, con fin libidinoso (Artículo 219, Código Penal de Brasil). También se castiga, aun con el consentimiento de la mujer, si ésta tiene entre 14 y 21 años (Artículo 220, Código Penal de Brasil).

La pena se reduce si el rapto tiene como fin el casamiento o si el raptor la libera o la coloca en lugar seguro a disposición de la familia sin haber practicado con ella ningún acto libidinoso. La pena se agrava si el autor es casado (Artículo 221, Código Penal de Brasil).

Aquí se revela que la elección de la mujer no se tiene en cuenta. El bien jurídico tutelado es "las costumbres" y teóricamente la "libertad sexual". Pero ésta última no es tenida en cuenta para nada, como lo denota la figura atrás señalada y sí las costumbres, es decir que la mujer, de acuerdo al rol impuesto, sólo debe irse con un hombre si se casa.

En el Código uruguayo el rapto se describe como el sustraer o retener, con violencias, amenazas o engaños a una mujer soltera, mayor de 18 años o de cualquier edad si es viuda o divorciada, en todo caso honesta, con el fin de satisfacer una "pasión carnal" o para contraer matrimonio (Artículo 266, Código Penal de Uruguay).

Con iguales características el delito tiene como víctima a la mujer casada. También es reo de este delito aunque no emplee la violencia, si la mujer es menor de 15 años. En estos eventos la pena se agrava (Artículo 267, Código Penal de Uruguay).

En caso que el rapto sea de mujer soltera honesta que tenga entre 15 y 18 años de edad, aun cuando fuera con su consentimiento, se castiga con una pena menor (Artículo 268, Código Penal de Uruguay).

En el Código de Honduras la regulación del rapto es similar. Requiere el empleo de fuerza, intimidación o engaño, miras deshonestas y la víctima debe ser mujer de buena fama (Artículo 144, Código Penal de Honduras).

Guatemala supone propósitos sexuales en todo rapto, mientras no se compruebe o los hechos revelen lo contrario (Artículo 185, Código Penal de Guatemala).

Si el rapto es contra la voluntad de la víctima o mediando violencia o engaño la pena es mayor (Artículo 181, Código Penal de Guatemala). Existe una disminución de la pena si la mujer lo ha consentido (Artículo 182, Código Penal de Guatemala).

También se sanciona la ocultación o desaparición maliciosa de la mujer hecha por ella misma, por un tercero o de común acuerdo (Artículo 187, Código Penal de Guatemala). Esta figura es reveladora de la consideración que se tiene de la mujer y de su libertad.

El rapto tiene fines libidinosos y se requiere que se trate de una mujer y la utilización de engaño, o que la víctima sea menor de 12 años o esté privada de razón o sentido o no pueda oponer resistencia o se use violencia (Artículo 163, Código Penal de Costa Rica).

Se sanciona el rapto consentido cuando se trate de mujer honesta que tenga entre 12 y 16 años de edad. Cuando la mujer es menor de 12 años la pena se agrava (Artículo 201, Código Penal de El Salvador).

Atenuantes:

Son atenuantes para este delito el propósito de matrimonio del culpable o la deshonestidad de la mujer. Las penas se reducen cuando el autor, luego de denunciado el delito y sin haber cometido ningún acto deshonesto, la liberara, conduciéndola a la casa o colocándola en un lugar seguro a disposición de la familia (Artículo 270, Código Penal de Uruguay).

Tiene menor pena el rapto consentido si se trata de mujer honesta, de entre 12 y 21 años de edad, con miras deshonestas o con fines matrimoniales. La pena se agrava si la víctima es menor de 12 años o si la mujer desaparece o muere (Artículo 145, Código Penal de Honduras). También se prevé el rapto consentido cuando la víctima es una mujer mayor de 16 y menor de 18 años (Artículo 531, Código Penal de Ecuador).

También se sanciona, con pena menor, el rapto consentido cuando es de una mujer honesta que tenga entre 12 y 14 años, con fines libidinosos (Artículo 164, Código Penal de Costa Rica).

Se atenúa la pena si el rapto ha sido con fines de matrimonio, con posibilidades de celebrarse, o cuando el autor libera a la raptada o la coloca en lugar seguro a disposición de su familia sin haber intentado ningún acto deshonesto (Artículo 165, Código Penal de Costa Rica).

Se tienen como atenuantes: los fines de matrimonio que podía celebrarse; si la víctima es liberada; y se agrega la mujer devaluada: cuando la víctima es mujer dedicada a la prostitución (Artículo 202, Código Penal de El Salvador).

Venezuela, en el título de los delitos contra "las buenas costumbres y el buen orden de las familias", describe el rapto como la sustracción por medio de violencias, amenazas o engaños de una mujer mayor o emancipada, con fines de "libertinaje" o de matrimonio (Artículo 384, Código Penal de Venezuela).

La pena por el delito se agrava cuando la víctima es menor o es mujer casada.

La pena se atenúa en el caso de que la raptada hubiera consentido. Esta circunstancia revela que, en el caso de la mujer casada, no se la tutela a ésta sino al marido. También se consideran atenuantes: la liberación de la víctima, volviéndola a su domicilio o a un lugar seguro a disposición de su familia, siempre que no se hubiera cometido ningún acto libidinoso; y los fines de matrimonio en la comisión del delito (Artículo 386, Código Penal de Venezuela). Las penas también se reducen cuando la víctima es prostituta (Artículo 393, Código Penal de Venezuela).

4.2 Rapto de personas de ambos sexos

El Salvador legisla de modo similar, sin distinción de sexo, la sustracción de una persona por medios violentos y con fines erótico-sexuales. Se agrava en caso que la víctima sea menor de 16 años. (Artículo 200, Código Penal de El Salvador).

En Ecuador el rapto consiste en arrebatar a un menor de más de 7 años por medio de violencias, artificios o amenazas, con fines deshonestos (Artículo 529, Código Penal de Ecuador).

La pena se agrava si la víctima es una niña menor de 16 años (Artículo 530, Código Penal de Ecuador).

El Código de Nicaragua califica como rapto el que con propósitos sexuales sustrae a cualquier persona con fines ligados a lo sexual contra su voluntad (Artículo 198, Código Penal de Nicaragua). El rapto aparece más como un delito en que se tutela la libertad de la persona, pues considera como tal la sustracción de una persona contra su voluntad.

La pena se agrava si la víctima es menor de 14 años, y se aplica la máxima cuando se comete con violencia en una persona casada o en unión de hecho estable (Artículo 199, Código Penal de Nicaragua).

Para la legislación colombiana está instituido dentro de los delitos contra la libertad individual, el delito de secuestro, cuando el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico-sexual, sin hacer tampoco distinción de sexo (Artículo 269, Código Penal de Colombia).

En Panamá no se requiere que sea mujer; se exigen propósitos deshonestos y que medie violencia o engaño. Se agrava cuando, aun sin emplearse esos medios, la víctima es menor de 12 años o es incapaz (Artículo 221, Código Penal de Panamá). Se prevé el rapto consentido de una persona que tenga entre 12 y 15 años de edad (Artículo 222, Código Penal de Panamá).

Se tiene como atenuante el hecho de que el autor, sin haber practicado ningún acto deshonesto, libere a la víctima o la coloque en un lugar seguro, a disposición de la familia.

4.3 Si hay "final feliz" no hay delito

Los delitos de violación, estupro y rapto, en la mayoría de los códigos penales, resultan impunes si el autor se casa con la víctima, si ésta sea devuelta a lugar seguro -la familia- y si existe consentimiento. En el caso de Colombia, si la violación ha sido cometida por un número plural de sujetos, el casamiento de cualquiera de ellos con su víctima, hace cesar la acción penal para los coautores (Artículo 307, Código Penal Colombia).

Lo anterior revela que la mujer, en su integridad psico-física o en su libertad sexual, no resulta objeto de tutela, sino que es la protección del rol asignado a la mujer como esposa, lo que preocupa. Ninguna otra explicación podría dar fundamento al eximente por casamiento. Esto ocurre en los códigos de Perú (Artículo 178, Código Penal), Honduras (Artículo 151, Código Penal), Guatemala (Artículo 200, Código Penal), Argentina (Artículo 132, Código Penal), Colombia (Artículo 307, Código Penal), Panamá (Artículo 225, Código Penal), Venezuela (Artículo 395, Código Penal) y Ecuador (Artículo 532, Código Penal).

5. El acoso sexual

Muy pocos códigos penales prevén esta conducta como delito. En muchos países el tema se trata en otra rama del ordenamiento jurídico, por ejemplo en el laboral y en el civil, de tal modo que el acoso sexual tenga como consecuencia la pérdida del empleo o una indemnización.

Este enfoque del tema parecería más conveniente, pues el efecto preventivo de saber, por ejemplo, que el acosar sexualmente puede tener por consecuencia la pérdida del empleo o cargo, puede ser más persuasivo, pero dejaría por fuera a quienes son patrones autónomos, como el

caso común de las empleadas domésticas, las cuales son sometidas a acoso por los dueños de casa.

Cuba trata el acoso en su Código Penal, en el título de los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales. Circunscribe el delito a situaciones distintas de las laborales, como la conducta de la autoridad, funcionario o empleado que proponga relaciones sexuales a una mujer que esté a su disposición en calidad de detenida, reclusa, sancionada o bajo su custodia; o a la esposa, hija, madre, hermana o afín de la persona que se encuentre en esa situación (Artículo 301, Código Penal de Cuba).

También es delito si propone a la mujer que tenga pleito civil, causa o proceso, expediente o asunto de cualquier clase pendiente de resolución, trámite, opinión o informe oficial, en que deba intervenir el autor por razón de su cargo (Artículo 302, Código Penal de Cuba).

Es decir, no se trata de relaciones laborales sino de situaciones de poder provenientes de funcionarios a cuyo cargo esté la mujer por estar privada de la libertad o bien porque deba depender de él a través de una resolución en una causa.

El Código mexicano, es el que trata el tema de forma más precisa, en el título de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Sanciona al que, con fines lascivos, asedie reiteradamente a una persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación.

Agrega que si el hostigador es servidor público y utiliza los medios o circunstancias que el cargo le proporciona, se lo destituirá del cargo. Esta conducta sólo es punible cuando se causa un perjuicio o daño y sólo se procede a petición de la parte ofendida (Artículo 259 bis Código Penal de México).

6. Faltas contra las buenas costumbres

Algunos códigos penales entienden como falta ciertas actitudes que consideran ofensivas del "pudor" de la mujer.

Se castiga con multa a quien en lugar público o abierto al público importune a una mujer que no hubiere dado motivo para ello, con palabras o ademanes groseros o contrarios a la decencia (Artículo 361, Código Penal de Uruguay).

Se impone multa al que dirija a una mujer frases o proposiciones indecorosas, le haga ademanes o gestos indecorosos, groseros o torpes, la asedie impertinente de hecho o de palabra.

También al que, aprovechándose de aglomeraciones públicas o del descuido de quien transita por las calles y lugares públicos, realice tocamientos impúdicos. Se impone la máxima sanción si la ofendida es menor de 12 años o colegiala uniformada (Artículo 518, Código Penal de El Salvador).

Se castiga con prisión o multa a quien en sitios públicos se dirija soezmente, con preguntas o proposiciones irrespetuosas a una mujer, la siga o moleste con hechos o actitudes ofensivas al pudor (Artículo 410, Código Penal de Honduras).

Se amenaza con arresto a quien, en cualquier forma, ofenda a mujeres con requerimientos o proposiciones indebidas, incorrectas, irrespetuosas u obscenas, la siga o moleste con cualquier propósito indebido (Artículo 489, Código Penal de Guatemala).

7. Prostitución o actos de corrupción

7.1 Inductor

Es calificado así quien para satisfacer "pasiones" de otro indujere a una persona a actos de prostitución (Artículo 388, Código Penal de Venezuela).

Se castiga a quien induzca a menores, aun cuando estos consientan (Artículo 188, Código Penal de Guatemala); (Artículo 125, Código Penal de Argentina) o a quien mediante promesa con apariencia de licitud incite a la prostitución o a la corrupción a un menor (Artículo 190, Código Penal de Guatemala); (Artículo 309, Código Penal de Colombia); (Artículo 167, Código Penal de Costa Rica); (Artículo 201, Código Penal de Nicaragua); (Artículo 228, Código Penal de Panamá); (Artículo 179, Código Penal de Perú).

También se contempla el evento de que el inductor sea ascendiente, marido o tutor que haya constreñido a la esposa o al menor, casos en los cuales la pena se agrava (Artículo 390, Código Penal de Venezuela).

7.2 Proxenetismo o rufianería

Este caso se refiere a la falta, castigada con multa, o al delito castigado con prisión, para quien derive lucro de la prostitución (Artículos 191 y 192, Código Penal de Guatemala); (Artículo 126, Código Penal de Argentina); (Artículo 308, Código Penal de Colombia); (Artículo 171, Código Penal de Costa Rica); (Artículo 202, Código Penal de México); (Artículo 230, Código Penal de Panamá); y (Artículo 180, Código Penal de Perú).

III. Criminalización de las relaciones extramatrimoniales - Adulterio

En casi todos los códigos se considera delito el adulterio, aunque suene hipócrita, si se tiene conciencia de la realidad. Pero ello no significaría nada más que otra norma desadaptada a la realidad, si no se agregara a ésto la diferencia de género que consagran los códigos, en lo que constituye adulterio. En general, la mujer con sólo tener una relación sexual extramatrimonial consuma el delito de adulterio, mientras que el hombre sólo es adúltero si tiene una relación estable -un amancebamiento- con otra mujer. En algunos códigos, ésto no basta, sino que ese concubinato debe efectuarse dentro del hogar conyugal para que se considere adulterio.

El adulterio es una figura paradigmática en cuanto a las diferencias entre el hombre y la mujer en el plano sexual y en las expectativas de los roles masculino-femenino.

< Algunas legislaciones prevén la tipificación del delito, con una diferenciación entre el cónyuge hombre y mujer y su sanción generalmente procede por querrela de parte.

Es sancionada la mujer que incurra en adulterio (Artículo 396, Código Penal de Venezuela). Si el adulterio es público la pena se agrava (Artículo 232, Código Penal de Guatemala).

El hombre es culpable de adulterio si es que tuviere manceba en su propia casa o fuera de ella (Artículo 118, Código Penal de Argentina); (Artículo 5, Código Penal de El Salvador).

El cómplice de la mujer es penalizado, si conoce la condición de casada de la mujer (Artículo 5, Código Penal de El Salvador); (Artículo 211, Código Penal de Nicaragua).

La pena por el delito de adulterio es menor para la manceba que para el cómplice de la mujer adúltera (Artículo 381, Código Penal de Chile).

Cuando es el marido quien convive con otra mujer el delito puede denominarse concubinato (Artículo 235, Código Penal de Guatemala). Se requiere amancebamiento del marido (Artículo 216, Código Penal de Nicaragua); (Artículo 397, Código Penal de Venezuela).

- < Otras legislaciones tipifican el adulterio para ambos cónyuges, si éste es cometido en el domicilio conyugal o con escándalo (Artículo 336, Código Penal de República Dominicana).

En general el adulterio no es querellable si el ofendido lo ha perdonado.

I. Resistencia a tratar autonomamente la violencia doméstica y su inmersión en las lesiones personales y el maltrato

Cuando la violencia doméstica ocasiona daño en el cuerpo o en la salud, la conducta se encuadra en el delito de lesiones que todos los códigos prevén, las cuales de acuerdo a la gravedad del resultado se tipifican como leves, graves o gravísimas. La pena por este delito, en casi todos los códigos, resulta agravada cuando existe vínculo familiar entre el autor y la víctima.

1. Maltrato

El maltrato, en el ámbito doméstico, como figura autónoma, es tratado como delito en el Código venezolano (Artículo 420 en concordancia con el Artículo 408 Código Penal) y como falta o contravención en el Código de Perú (Artículo 442, Código Penal); Honduras (Artículos 398 y 399, Código Penal); Guatemala (Artículo 483, Código Penal); y Chile (Artículo 397, Código Penal).

Creo que el tema debe abordarse con respuestas y previsiones ajenas a la ley penal, con el propósito de lograr su prevención y el cambio de pautas culturales que están en la base de su existencia.

El Código de Venezuela lo trata entre los delitos contra las personas, en el capítulo del abuso en la corrección o disciplina y de la sevicia en las familias. Se refiere al que haya empleado malos tratos contra un niño menor de 12 años. La pena se agrava cuando los malos tratos han sido contra un descendiente, ascendiente o afín en línea recta. Si los malos tratos han sido contra el cónyuge se necesita que éste sea quien acuse.

En el Código de Perú se trata como falta, y consiste en maltratar de obra a otro, sin causarle lesión. La pena se agrava cuando el autor es cónyuge o concubino. Como sanción se impone la prestación de servicio comunitario.

En el Código hondureño también se considera como falta y se refiere a quien maltrate a su esposa o a la mujer con quien hace vida marital, siempre que no produzca lesión (prisión de 15 a 60 días). Este Código tiene la particularidad de imponer una menor pena (prisión de 10 a 30 días), cuando es la mujer quien maltrata de obra o de palabra a su marido o compañero de vida marital, sin causarle lesiones.

Para Guatemala, la falta consiste en maltratar al cónyuge, o a persona con quien esté unido de hecho o a conviviente, cuando no le produzca lesión.

En el Código salvadoreño, la conducta se considera entre las faltas contra los bienes jurídicos de la familia y también consiste en maltratar al cónyuge, concubinario o concubina, sin causarle lesión.

2. Los agravantes o atenuantes por la relación vincular

En algunos casos no es posible entablar una denuncia penal al existir la prohibición de hacerlo entre cónyuges, como es el caso de Ecuador. De manera general, la protección para las mujeres podría ser mayor con el agravamiento de penas por la relación de parentesco entre autor y víctima, cuando el delito de lesiones o la falta (maltratos) no están referidos específicamente a la esfera familiar.

La pena se agrava cuando el delito se cometa contra:

- < Los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos (Artículo 61, Código Penal de Brasil); (Artículo 400 en concordancia con el 390, Código Penal de Chile); (Artículo 67, Código Penal de Panamá); (Artículo 420 en concordancia con el 408, Código Penal de Venezuela). Las legislaciones de Brasil y Panamá amplían la calificación de agravante cuando el abuso se comete en el marco de las relaciones domésticas.
- < Se reconoce estar vinculados por unión de hecho (Artículo 27, Código Penal de Honduras).
- < A veces el agravante sólo se reconoce respecto de los delitos cometidos contra los ascendientes legítimos, naturales o adoptivos (Artículo 312, Código Penal de República Dominicana).

Otro evento es el previsto por la normatividad boliviana, que prescribe la ausencia de sanción cuando se trate de lesiones leves causadas por cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y afines en línea recta y cuñados, cuando viven juntos. Con ésto se está otorgando impunidad para la violencia intrafamiliar, siempre que no tenga un resultado de carácter grave o gravísimo.

Otras manifestaciones de la violencia doméstica son dejadas de lado como es el caso de la agresión a las propiedades de la persona afectada. En Honduras están exentos de responsabilidad penal los hurtos, defraudaciones o daños causados entre cónyuges, quienes hacen vida marital y los ascendientes consanguíneos o afines (Artículo 264, Código Penal de Honduras).

C. Condiciones económicas

En este acápite tratamos de enmarcar algunas normas previstas en los códigos penales relacionadas con cuestiones patrimoniales las cuales penalizan el incumplimiento de las obligaciones familiares por parte de ambos cónyuges o solamente del hombre.

I. Incumplimiento de obligaciones de asistencia

En cuanto a la obligación alimentaria incumplida, que es uno de los típicos delitos en los que la mujer resulta víctima y desprotegida, los tipos penales en general son amplios y resultan fáciles de eludir para los autores.

Perú lo considera como un delito posible de cometer por cualquier persona contra la familia y lo describe como la omisión de cumplir la obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial. El delito se agrava si el autor ha simulado otra obligación de alimentos en convivencia con otra persona o si renuncia o abandona maliciosamente su trabajo (Artículo 149, Código Penal de Perú).

La exigencia de que medie resolución judicial limita mucho la posibilidad de que se sancione el delito, pues muchas veces la mujer no tiene medios para obtenerla. En otros casos, se condiciona la tipificación del delito al "requerimiento fehaciente", dejando significativa amplitud para interpretarlo (Artículo 177, Código Penal de Honduras).

El delito consiste en omitir el cumplimiento de los deberes legales de asistencia económica inherentes a la patria potestad. La pena se agrava si se emplean estratagemas o pretextos para sustraerse al cumplimiento de dicha obligación (Artículo 279A, Código Penal de Uruguay). Y además se agrava si se pone en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor (Artículo 279B, Código Penal de Uruguay).

Para la ley brasileña consiste en dejar de proveer, sin justa causa, a la subsistencia del cónyuge o del hijo menor de 18 años o del que es inapto para el trabajo, no proporcionándole los recursos necesarios o faltando al pago de los alimentos acordados o fijados judicialmente. También incurre en el delito el que frustra o elude el pago de los alimentos fijados o acordados judicialmente, siendo solvente o eludiendo de cualquier modo dicho pago, incluso con abandono injustificado del empleo (Artículo 244, Código Penal de Brasil).

Es penalizado el delito que consiste en la omisión alimentaria, sin justa causa, respecto del cónyuge o de los hijos menores de 21 años, después de haber sido requerido fehacientemente (Artículo 177, Código Penal de Honduras).

Lo peculiar es que tiene menor pena quien, para eludir el cumplimiento de la obligación, se coloca en situación de insolvencia, traspase sus bienes a terceras personas, renuncie a su trabajo, suponga obligaciones o emplee cualquier medio fraudulento (Artículo 179, Código Penal de Honduras).

Existe una previsión más amplia, cuando se sanciona al que sin justa causa incumpla las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a los padres o al cónyuge o conviviente, o abandone el domicilio familiar o se sustraiga al cumplimiento de las obligaciones indicadas (Artículo 248, Código Penal de Bolivia).

El Código boliviano también trae otra figura, que no se encuentra en los otros códigos. Considera autor del delito, al que embaraza, fuera del matrimonio, a una mujer y la abandona sin prestarle la asistencia necesaria. La pena se agrava si, a consecuencia de ello, la mujer comete delito de aborto, infanticidio, o abandono del recién nacido o si se suicida. Esta es una de las pocas normas que toma en cuenta la responsabilidad del hombre (Artículo 250, Código Penal de Bolivia).

El Código de Guatemala es más restrictivo, pues exige que haya sentencia firme o convenio que conste en documento público o auténtico, para sancionar a quien se niegue a cumplir la obligación después de ser legalmente requerido, salvo que pruebe no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación (Artículo 242, Código Penal de Guatemala). La carencia de recursos le permite al juez eximir de pena al obligado (Artículo 213, Código Penal de Panamá).

Se agrava la pena cuando, para eludir la obligación, traspasa sus bienes a otra persona o emplea cualquier medio fraudulento (Artículo 243, Código Penal de Guatemala); (Artículo 214, Código Penal de Panamá).

Se prevé como exención de pena el pago de los alimentos debidos, siempre que garantice de manera suficiente el posterior cumplimiento de las obligaciones (Artículo 245, Código Penal de Guatemala).

El Código cubano sanciona a quien no contribuye a la manutención, educación o asistencia de un menor que tenga bajo patria potestad o guarda o cuidado (Artículo 315, inciso 1, Código Penal de Cuba).

Todo padre o madre es responsable y puede ser penalizado si no contribuye al sostenimiento de sus hijos, aún cuando se le haya privado de la patria potestad (Artículo 315, inciso 2, Código Penal de Cuba).

El Código de Costa Rica considera delito la omisión deliberada, aun cuando no medie sentencia civil, de prestar los medios indispensables de subsistencia. Comprende al cónyuge, y no se excluye la responsabilidad por el hecho de que otras personas hayan dado los medios de subsistencia (Artículo 186, Código Penal de Costa Rica).

También se considera delito el incumplir o descuidar los deberes de protección, cuidado y educación respecto de un menor de 18 años, de modo que éste se encuentre en situación de abandono material o moral, así como la no protección al cónyuge o el tenerlo en estado de abandono material. Se prevé la exención de pena mediante el pago de lo debido, dando seguridad razonable del cumplimiento futuro de sus obligaciones (Artículo 187, Código Penal de Costa Rica).

La ley de Panamá se refiere a la omisión de los medios indispensables de subsistencia. Resulta exento de pena si el obligado no tiene recursos económicos (Artículo 213, Código Penal de Panamá).

En El Salvador se hace referencia sólo al padre de un menor de 18 años o persona desválida. También se sanciona al concubinario que abandone económicamente a una mujer embarazada por obra suya, siempre que el concubinato fuera notorio y la mujer careciera de medios propios de subsistencia (Artículo 277, Código Penal de El Salvador).

Esta norma, aparentemente más tutelar de la mujer, también requiere demasiadas exigencias para su aplicación, ya que exige la "notoriedad" del concubinato y la falta de medios de la mujer, con lo cual la responsabilidad del hombre queda muy acotada.

La ley argentina sanciona a los padres que se sustraigan a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo menor de 18 años o de más edad si está impedido. Igualmente se aplica con respecto al cónyuge que no esté separado legalmente por su culpa (Ley 13944 de Argentina).

Capítulo III: Criterios para la modificación de los códigos penales con perspectiva de género

A. El respeto a la jerarquía de las normas

El siglo XX ha permitido una "internacionalización" de las bases normativas en materia de derechos humanos y éste debe ser el elemento orientador para las legislaciones nacionales porque están basadas en un amplio consenso internacional. Luego del proceso de aceptación definido por los estados nacionales mediante la ratificación de los tratados y de los mecanismos constitucionales adquieren el compromiso de incorporar la normatividad internacional a la vida legislativa interna.

Sin embargo, el proceso de adecuación es lento y desigual, además de tener especificidades en cada país. Requiere de la expansión de una conciencia social amplia y de una explícita permeabilidad de las instancias legislativas al proceso. Es más que una mera modernización, aunque podría válidamente argumentarse que la ineficiencia de los sistemas penales también está ligada al arcaísmo y a la pre-modernidad imperante en los textos y en las prácticas de aplicación de la justicia.

Las normas que fundamentan la existencia de los tipos penales, forman parte de un orden normativo coherente y si hay contradicción entre la normatividad protectora internacional y las normas del derecho interno, priman las primeras. En principio, este orden debe ser congruente, aunque no siempre lo es, como veremos. En muchos casos, la legislación penal que regula comportamientos exclusivamente aplicables a mujeres, no cumple con las aspiraciones de los ordenamientos de mayor jerarquía, y más aún, la mayor parte de las veces resultan contrarios a:

- ⟨ La normatividad internacional. Esto se presenta cuando el Estado ha suscrito y ratificado tratados internacionales de derechos humanos, de manera general, y convenios sobre la mujer, de manera específica. Ante uno y otros, los Estados se obligan a tomar las medidas necesarias para hacer realidad sus contenidos a nivel nacional, medidas que no deben quedar en la simple armonización técnico-jurídica. Se trata de mostrar los elementos normativos que están en flagrante contradicción con los mandatos internacionales vigentes y de proponer adecuados mecanismos de consulta para que puedan expresarse los diversos intereses sociales coexistentes en la sociedad en la propuesta de nueva normatividad penal.
- ⟨ Los contenidos constitucionales. Todas las constituciones latinoamericanas establecen la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley bajo cualquier circunstancia, así como la "censura" a la discriminación por motivos de sexo⁹⁵⁷. Sin embargo, muchas de las normas penales que se refieren a situaciones en que la mujer se ve "involucrada" -relaciones y obligaciones familiares, conductas sexuales, derechos reproductivos, etc-, o bien la ubican en condiciones de desigualdad (por ejemplo el adulterio); o bien, le desconocen su condición de víctima a favor de la "protección" de otros "bienes jurídicos", como la honra, las buenas costumbres, etc., en las situaciones de delitos sexuales; o bien, le vulneran su capacidad y derecho de decisión, como es el caso de los derechos reproductivos, cuya concreción se relativiza a favor de otros "derechos" como los de la familia, o la vida.

⁹⁵⁷Instituto de la Mujer (España) Y Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Mujeres Latinoamericanas en Cifras. Tomo Comparativo. Santiago, Chile, 1995, pág. 138.

B. La igualdad y no discriminación como principios rectores

La más importante norma internacional para inspirar modificaciones en la normatividad interna, incluyendo la penal, es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1981, puesto que ha sido suscrita y ratificada por todos los países latinoamericanos, en la que se comprometen, como Estados Partes, a "aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones".

La noción de discriminación contenida en el Artículo 1 incluye todas las modalidades de distinción, exclusión o restricción basadas en el sexo que pretendan producir o produzcan un menoscabo o anulación de derechos en cualquier campo de la vida social⁹⁵⁸. Es un concepto que permite operativizar los mandatos antidiscriminatorios presentes en la Declaración Universal, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre y la Convención Americana.

Esto quiere decir que se requiere interpretar cada una de las disposiciones para analizar si se produce o no discriminación contra la mujer. Si se toma como ejemplo la regulación sobre el adulterio habría, por lo menos, dos enfoques posibles desde el punto de vista de la Convención. Esta tipificación, en primer lugar, se basa en una noción moralista de las conductas individuales y, por lo tanto, si se aplicara produciría un innecesario desgaste de la institucionalidad penal, además de introducir un incremento significativo de sufrimiento entre las personas involucradas y ciertamente un menoscabo de derechos para la mujer cuando es sujeto pasivo de tal delito. Pero, en segundo lugar, la diferenciación de tratamiento entre la manera de legislar cuando se trata de un hombre o de una mujer conduce a una flagrante discriminación en la letra de la ley, como es el caso del Artículo 118 del Código Penal de Argentina, donde especifica que para que el marido cometa adulterio tiene que probarsele el "tener manceba", mientras que la mujer sería adúltera ante la mera prueba de haber sostenido relaciones sexuales con alguien que no fuera el marido. Otro ejemplo puede apreciarse en la consideración del puerperio, tal como era durante el siglo XIX⁹⁵⁹, como un momento de pérdida de razón, lo que da como resultado una atenuación de la penalidad, distorsionando la protección del derecho a la vida.

Dentro de las consideraciones de la Convención, los Estados Partes, si bien recuerdan la existencia de otros instrumentos jurídicos internacionales que declaran la igualdad de derechos de hombres y mujeres, que proscriben la discriminación en cuanto al sexo, que reconocen la obligación de los Estados de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, así como resoluciones, declaraciones y recomendaciones que favorecen la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, también reconocen y se muestran preocupados, "al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones".

⁹⁵⁸Dice el artículo 1: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basadas en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

⁹⁵⁹"La mujer del siglo XIX es una eterna enferma. La medicina de la Ilustración presenta las etapas de la vida femenina como otras tantas crisis temibles, incluso independientemente de toda patología. Además del embarazo y del parto, la pubertad y la menopausia constituyen momentos más o menos peligrosos, y se cree que las menstruaciones, herida de los ovarios, rompen el equilibrio nervioso.... La opinión corriente y la de muchos médicos achaca la "debilidad" de la "naturaleza femenina" a una "causa" biológica que se supone eterna y universal y que amenaza con alimentar un fatalismo insuperable". Duby, Georges y Perrot, Michelle. Historia de las mujeres. Tomo 8. El Siglo XIX: Cuerpo, trabajo y modernidad. Taurus, Madrid, 1994, pág. 23-24.

Y es que la discriminación tiene una enorme gama de posibilidades de reproducción. Supera las posibilidades de este trabajo el demostrar que la discriminación actúa bajo esas variadas formas, mucho más allá de la letra de la ley y que aún modificando la ley podría seguir operando. Detrás de las sentencias de los jueces que limitan los derechos de las mujeres, en los procedimientos de la administración de justicia que marginan a quienes no se manejan dentro del sistema de prebendas, en los vínculos con los profesionales del derecho que no siempre tienen la claridad jurídica para defender adecuadamente a quienes son afectadas por prácticas discriminatorias, se manifiesta el tramado social discriminatorio que tiene su origen en la propia sociedad.

La eliminación de la discriminación es una responsabilidad estatal y debe convertirse en un lineamiento rector de política interna. El Artículo 2 de la Convención postula que los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, usando todos los medios apropiados y aplicando sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. El mismo artículo plantea los términos concretos del compromiso estatal, siendo aplicables para el objeto del presente trabajo, además del mandato de constitucionalización del principio de igualdad⁹⁶⁰ (Inciso a), la adopción de medidas legislativas adecuadas, sin desmedro de otras, con las sanciones correspondientes que prohíban toda discriminación contra la mujer (Inciso b), y el establecimiento de la protección jurídica de los derechos de la mujer garantizando la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación a través de los tribunales nacionales (Inciso c). En términos de la modificación legislativa hay dos incisos que estipulan con claridad que los Estados deben adoptar todas las medidas adecuadas incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer (Inciso f) y específicamente, derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer (Inciso g). Tan sólo este último mandato sería suficiente para haber iniciado el proceso de modificación legislativa, pero, por un sinnúmero de razones esta tarea se ha demorado, como podrá constatarse.

Está bastante claro que existen tensiones entre la normatividad penal en proceso de adecuación a las normas internacionales y las pautas culturales vigentes. Por esta razón, es importante rescatar la potencialidad educativa de la norma penal, de tal manera que pueda incorporarse al necesario proceso de modificación de patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (Artículo 5, inciso a). No menos importante es la adecuada comprensión de la maternidad como función social y el involucramiento de mujeres y hombres en la tarea de educar y acompañar el desarrollo de sus hijos, reconociendo como elemento primordial el interés de éstos (Artículo 5, inciso b).

En términos más concretos, la normatividad penal también debe traducir el compromiso estatal para tomar las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de prostitución de la mujer (Artículo 6) Más aún, después de lo acordado en la IV Conferencia Mundial de Mujeres se ha enfatizado la necesidad de fortalecer la implementación de todos los instrumentos de derechos humanos relevantes, incluso a través de la cooperación internacional, para poder combatir y eliminar las diversas formas organizadas y otras de tráfico internacional de mujeres y niños, incluyendo las industrias de pornografía, prostitución y turismo sexual así como otras formas de explotación sexual. Deben incluirse maneras de perseguir y castigar a los responsables de la explotación organizada de

⁹⁶⁰El mismo sentido se encuentra en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, párr. 232, inciso b.

mujeres y niños⁹⁶¹. El matrimonio es una de las instituciones sociales con mayor protección en los instrumentos de derechos humanos⁹⁶², lo que implica una revisión de la noción de lo público y lo privado en términos de la protección jurídica. Durante mucho tiempo se descuidó la cautela de los derechos de la mujer en las relaciones matrimoniales en el supuesto de que el pacto matrimonial significaba poner a la mujer bajo la responsabilidad y tutela del marido. La ley se desentendía entonces de reconocer los conflictos de intereses que se generaban a su interior. Uno de los rezagos de esa política fue el no reconocimiento de la violación dentro del matrimonio por considerar que el débito conyugal derivado del matrimonio civil se superponía a la voluntad de la mujer.

En resumen, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la mujer es un instrumento jurídico encaminado a acabar con todas las formas de discriminación contra la mujer. Identifica, de manera específica para el interés de este trabajo, que la normatividad penal que tenga contenidos discriminatorios debe ser derogada y, concomitantemente, en adelante se debe legislar de manera no discriminatoria y, de ser el caso, de manera protectora hacia la mujer.

C. Metodología para adecuar la normatividad penal nacional a los estándares internacionales de derechos humanos

La revisión de los códigos penales en conjunto permite visualizar las principales distorsiones del ordenamiento y percibir dónde debe centrarse la tarea de modificación⁹⁶³. Ciertamente, existen problemas mayores en la sistemática de algunos códigos. Sin embargo, por los límites de este trabajo, no es posible postular alteraciones de conjunto. Hay dos momentos en el trabajo de la reforma legal antidiscriminatoria. De un lado, es perceptible la necesidad de derogar los artículos de contenido discriminatorio contra la mujer, cuya manifestación específica tiene que ver, en la mayoría de los casos:

- < con la capacidad de la mujer para decidir sobre sus derechos reproductivos, como en el caso del aborto
- < con la valoración de la libertad e integridad sexual de la mujer, involucrando desde el tratamiento legal dado a los delitos de violación y abuso deshonesto hasta el "cumplimiento" de su deber sexual conyugal, pasando por la alusión a los diferentes calificativos de conductas cargados de un fuerte moralismo, como deshonesto, doncella, honra, etc.
- < con su papel dentro de la familia; relación que se ofrece como espacio de encuentro de los estereotipos asignadas en los dos apartes anteriores, vale decir, de madre y esposa, pues en la mayoría de las situaciones lo que se privilegia como bien jurídico es la protección del orden familiar, las buenas costumbres, etc. antes que a la mujer como sujeto de derechos

⁹⁶¹Plataforma de Acción, párr. 230.

⁹⁶²Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 16), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 23), la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (Art. VI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 17) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Asimismo, la Convención referida a la discriminación plantea que deben adoptarse todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (Art 16).

⁹⁶³Esta sería una manera de cumplir con la recomendación de revisar las leyes penales con el objeto de asegurar la aplicación de los principios y procedimientos de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes. Ver Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, párr. 232, inciso. d.

El segundo momento de la reforma legal para hacerle frente a la discriminación contra la mujer, tiene que ver con un nuevo tipo de racionalidad para legislar; es decir, llegar a desarrollos legislativos que superen las categorías discriminatorias contra la mujer, y sólo en caso de ser estrictamente necesario establezcan tratamiento preferencial para la mujer, de acuerdo a la situación específica. Respetando el espíritu de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, las políticas antidiscriminatorias tienen una vocación temporal. Tienen razón de ser mientras dura la situación de discriminación, pero, cuando estas condiciones desaparecen deja de tener sentido ese tipo de medida. Lo importante es legislar para las condiciones presentes, tal como sucede con la tipificación de otro tipo de delitos. Los códigos penales son productos de su época y en condiciones de respeto al estado de derecho, los organismos legislativos deben tener adecuados mecanismos de consulta para formular las modificaciones pertinentes.

D. Las soluciones extralegales en relación a un derecho penal mínimo

Sin embargo, no todo se le puede apostar al campo de lo legal positivo, valdría la pena pensar en la identificación, diseño e implementación de políticas que traten los diferentes problemas de discriminación en contra de la mujer, de manera integral y estructural. Vale advertir que "modernizar" los contenidos del derecho de acuerdo a los instrumentos internacionales, no se puede reducir a un ejercicio de simple "armonización positivista, instrumental", salida que ha sido privilegiada por los Estados a través de sus abogados. Si bien hay herramientas jurídicas, su utilización no puede ser de la potestad exclusiva de los operadores jurídicos, más aún, ni del lenguaje jurídico. Por ejemplo, es posible pensar en algo como: ¿eliminar la discriminación contra la mujer no es acaso tarea de todos? De tal suerte que en la búsqueda de soluciones a las causas últimas de los problemas (por ejemplo socio-económicos, culturales, etc.) se involucren tanto los entes públicos y privados como la sociedad en su conjunto, por supuesto sin diluir lo que le cabe de responsabilidad central al Estado.

Por otra parte, una razón más de fondo que alerta sobre los límites y posibilidades de la "apuesta" legal, tiene que ver con el papel mismo del derecho penal, en donde pretendemos más el arribo a un cierto derecho penal mínimo⁹⁶⁴ y garantista, matizado por ciertos aspectos del "uso alternativo del derecho", basado en los principios de los derechos humanos, como principios "intrasistémicos", antes que un derecho penal omnicompreensivo de todas las conductas sociales y el mayor aumento del control social que ésto conllevaría.

Capítulo IV: Propuestas de lineamientos para una reforma penal con perspectiva de género

Pocas dudas caben respecto de que todos los códigos penales latinoamericanos, proyectan discriminación y sustentan la continuidad de mecanismos de subordinación de las mujeres que provienen de lo social. Las leyes cobran vida cuando se suscita el conflicto en la realidad coincidente con la hipótesis diseñada en la tipificación del delito, sea la persona afectada víctima o delincuente. Lo general se particulariza cuando se aplica a los casos de las mujeres concretas que se ven envueltas en la trama de la institucionalidad penal⁹⁶⁵. Pero, debe

⁹⁶⁴Habría que precisar que la noción de derecho penal mínimo asumida en este trabajo si bien postula una profunda crítica al actual sistema penal, considera que es necesario relegitimar su funcionamiento porque es una necesidad para obtener un mínimo de resistencia a las manifestaciones de opresión que afectan a las mujeres.

⁹⁶⁵Hay varios estudios latinoamericanos sobre las dificultades que las mujeres han encontrado en contacto con la administración de justicia. Entre los más recientes, figura el de Guadalupe León, quien a través del seguimiento a recorridos de las mujeres por dependencias policiales y judiciales de Ecuador (Quito y Guayaquil) entre 1989 y 1995 muestra el carácter discriminatorio de las leyes

reconocerse que también es pernicioso tener normas penales arcaicas, las mismas que sin ser necesariamente aplicadas, mantienen su fuerza legal⁹⁶⁶. Un sistema democrático debe desarrollar mecanismos de consulta adecuados para la actualización constante de la normatividad.

Esta propuesta pretende constituirse en una guía para detectar los dispositivos discriminatorios más flagrantes y, convencer a los más amplios sectores para no escatimar esfuerzos hasta lograr su derogatoria o transformación, según sea el caso. Es darle una nueva oportunidad a la mellada Justicia para readecuarse, para cambiar, para responder a las expectativas de un significativo número de ciudadanas. La Justicia, en todos los países latinoamericanos, está experimentando una situación crítica y requiere de oportunidades para legitimarse. Los legisladores están llamados a colaborar en este proceso de actualización.

Entre las "perlas" discriminatorias, muchas de las cuales han sido detectadas en numerosos estudios realizados por académicas y activistas del movimiento de mujeres, y que deben ser eliminadas de los códigos penales para cumplir con la adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos, están las siguientes:

A. En cuanto a las condiciones biológicas

I. Descriminalización de las conductas fundadas en la libertad para decidir sobre la reproducción

Referentes internacionales: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Art.16, inciso e; Recomendación General No. 19; Recomendación General No. 21; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 4⁹⁶⁷; Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Cap. 8.25; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Nos. 97; 106, inciso k; 107 inciso d.

El aborto y el acceso a los medios de esterilización requieren de un tratamiento realista y diferenciado de sustentos morales y religiosos. Ya la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer ha planteado a los gobiernos la necesidad de revisar la legislación que penaliza a las mujeres que se practican un aborto voluntariamente y de garantizar el ejercicio de sus derechos reproductivos eliminando leyes coercitivas. Los derechos humanos de las mujeres comprenden el derecho a tener control y a decidir libremente en asuntos relacionados a la sexualidad (incluyendo la salud sexual y reproductiva) libres de coerción, discriminación y violencia.

La despenalización de la interrupción del embarazo no deseado con el sistema de plazos (fijando un tiempo límite para practicarlo, generalmente de tres meses) es la posición más adecuada. Otra modalidad usada en algunos países latinoamericanos es el sistema de las indicaciones (o razones) que sustenten excepcionales autorizaciones para poder interrumpir un embarazo con garantías para la salud de la mujer.

y procedimientos. Leon, Guadalupe. Del encubrimiento a la impunidad. Diagnóstico sobre la violencia de género. CEIME, Quito, Ecuador, 1995.

⁹⁶⁶Muchas veces las normas penales son inconstitucionales, tal como señala Esther Prieto respecto del Código Penal de Paraguay, puesto que la consagración constitucional del principio de igualdad debe primar por encima de las normas penales discriminatorias. Prieto, Esther. Mujer y justicia penal. Centro de Estudios Humanitarios, Asunción, Paraguay, 1994, págs. 36-37.

⁹⁶⁷La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 2141 (Estados Unidos de América) concluyó que los redactores del Pacto de San José (OEA) no se refirieron de manera absoluta al derecho a la vida del no nacido cuando señalaron que el derecho a la vida debe ser protegido "**en general**, desde el momento de la concepción". En los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU) indican que el derecho a la vida señalado en el art. 6o. tampoco se aplica antes del nacimiento. En los documentos se señala que se rechazó la posición que planteaba incluir la expresión "desde el momento de la concepción". Copelon, Rhonda; Hernández, Berta Esperanza; y Facio, Alda. The Human Rights Framework of the Beijing Platform for Action. Mimeo, 1995.

Si no hubieran condiciones para lograr la regulación despenalizadora general con el sistema de plazos, podría optarse por argumentar la posibilidad de incorporar el sistema de las indicaciones, es decir, autorizar la interrupción del embarazo en los casos más urgentes: en caso de malformación fetal (aborto eugenésico); en caso de embarazo consecuencia de una violación (aborto jurídico o ético); en caso de peligro para la vida o daño permanente en la salud de la madre (aborto terapéutico); y por razones económicas (aborto social). Es importante que se regule la realización de los abortos autorizados en hospitales públicos, como lo hacen Cuba y Panamá. De lo contrario, los abortos clandestinos seguirán produciéndose con las graves secuelas para la vida y salud de las mujeres⁹⁶⁸.

La penalización que sí debe mantenerse es la que corresponda a quienes practiquen el aborto de propósito, sin consentimiento de la mujer o pongan en riesgo su vida al no tener la preparación o los medios para realizar la operación sin riesgos (Artículos 267 y 268, Código Penal de Cuba) así como a quienes impongan la práctica de la esterilización sin el consentimiento de la persona interesada.

También debe sancionarse el aborto preterintencional, que es aquel que sobreviene después de haberse ejercido violencia sobre la mujer embarazada con conocimiento de la situación de preñez por parte del agresor.

Ciertamente, la discusión doctrinaria en torno a la ponderación de la vida es relevante. No está en discusión que el embrión sea vida humana. Lo importante es señalar que en el innegable conflicto de intereses producido entre el respeto a los derechos de la mujer a decidir sobre el momento en que puede asumir la maternidad y la protección del derecho expectatio de la vida embrionaria dependiente del organismo de la mujer, el Estado tiene que tomar una posición y aquélla que defiende la calidad de la vida, no sólo la vida como pulsión biológica, abona en favor de la postura permisiva respecto de la interrupción del embarazo, dando lugar así a que las mujeres de todos los niveles sociales puedan acceder a servicios adecuados y no expongan sus vidas como sucede actualmente, sobre todo para quienes no tienen los ingresos suficientes para pagar los servicios de salud que les ofrezcan garantías para su integridad. En consecuencia, de acuerdo a los mandatos internacionales, la vida de las mujeres no se puede seguir poniendo en riesgo por razones de embarazo⁹⁶⁹.

Parece ser relativamente más fácil lograr la autorización para efectuar esterilizaciones voluntarias para hombres y mujeres (ligadura de trompas y vasectomía). Las actuales políticas de población manifiestan mayor permisividad para esta modalidad de regulación de la fecundidad en varios países absolutamente reticentes a modificar el tratamiento legal al aborto y, en ese caso, la esterilización como tal aunque interrumpe una función natural no es enjuiciada como mutilación a un órgano vital. De todas maneras, también la esterilización voluntaria amerita ser una opción, siempre y cuando existan condiciones de libertad para que las personas puedan tomar una decisión clara al respecto y, en ese sentido, debe ser despenalizada.

II. Derogatoria de "atenuantes" basadas en condiciones biológicas femeninas en la comisión de delitos contra la vida

⁹⁶⁸Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte especial I. Homicidio y Aborto. Lima, Perú, 1982, pág. 178.

⁹⁶⁹Plata, María Isabel. Los nuevos derechos: el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Seminario sobre Derechos Humanos con perspectiva de género. Universidad Nacional de Colombia, Programa de Estudios de Género, Mujer y Desarrollo y el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 30-31 de octubre de 1995.

Referentes internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 3, 7, 12; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Arts. 7, 8, 9, 17; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. I; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Art.5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Arts. 1, 2, 24.

El infanticidio en las diversas modalidades atenuadas ("honoris causa" y por estado puerperal) representa el prototipo de la distorsión existente en la doctrina y en la legislación penal. La caracterización del período inmediato posterior al parto como un estado de alteración psíquica que puede omnubilar la conciencia de la mujer y la extensión de la atenuante a los parientes de la mujer que lo cometieran para proteger el "honor" familiar atenta contra la protección a la vida.

El delito de infanticidio no debería tener atenuantes vinculados al honor. Debe ser juzgado como un homicidio al que se le apliquen las atenuantes y agravantes generales. Ningún estado fisiológico femenino tendría que ser apreciado como un pretexto para justificar atentados contra la vida. Es incongruente que el infanticidio tenga menor pena que el aborto dentro de un sistema que postula la protección a la vida como el valor máximo.

No hay ninguna razón válida para mantener atenuantes basados en condiciones biológicas, como es el caso del delito de infanticidio que sustenta la atenuación en el estado de "desquiciamiento" que, según algunos, acompaña al puerperio. Los cambios hormonales producidos después del alumbramiento no producen en sí mismos ningún tipo de anomalía, aunque como todo cambio hormonal que se presenta en las mujeres a lo largo de los diferentes ciclos vitales, efectivamente sí actúan sobre el estado afectivo y la psiquis. A criterio de médicos y especialistas del derecho consultados⁹⁷⁰, es importante tener en cuenta que determinadas condiciones sociales, como es el caso de los roles sociales asignados, pueden generar trastornos severos. Por ejemplo, los cambios hormonales de la menopausia pueden generar labilidad emocional a la mujer, entre otras razones, porque ya no puede cumplir con el rol reproductor o materno.

Volviendo al tema, pueden producirse desequilibrios psíquicos durante el puerperio. Y en ese caso, no tiene que apelarse al puerperio como tal, sino probablemente a alguna de las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal de manera general. Podría producirse una situación de trastorno mental transitorio, en el contexto del puerperio, pero no derivado de éste *per se*.

El sólo hecho de los cambios hormonales no justifica conductas delictivas y será necesario siempre una valoración psicológica o psiquiátrica, para definir el estado mental en la que se encuentre una mujer u hombre que cometa algún delito, bajo el sistema general de atenuantes, aplicable para ambos.

III. Tratamiento protectivo de la maternidad para el cumplimiento de la pena

Referentes internacionales: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Arts. 1, 4(2), 11(2.d), 12(2).

La edad, las condiciones de salud y situaciones relacionadas a la maternidad deben permanecer en los códigos como medidas protectivas. Las razones para determinar la manera en

⁹⁷⁰Hemos contado con la colaboración de PROFAMILIA - Colombia, cuyos equipos elaboraron los conceptos técnicos expresados en este trabajo, producto de una discusión entre profesionales de la salud y del área del derecho.

que las mujeres deban cumplir con las penas privativas de la libertad deben evitar mención a la "honestidad" y remitirse a condiciones generales de carácter humanitario.

B. En cuanto a las condiciones sociales

I. Derogatoria del sistema exculpatorio de atenuantes en los delitos contra la vida basados en la concepción de "honor"

Referentes internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 3; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. 6; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. I; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 4; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación; Recomendación No. 19; Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la ONU; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de la OEA.

El bien jurídico "honor", como noción social vinculada al control del comportamiento sexual de las mujeres por parte del marido, de los padres y de los hermanos, debe ser eliminado de los códigos penales porque es una manera de mantener la tutela masculina sobre la mujer y de justificar las graves manifestaciones de la violencia doméstica⁹⁷¹. También se anularía la posibilidad de operar como atenuante específica para los homicidios que por esa razón realicen los familiares en contra de la mujer o de la persona que estuviera con ella "en flagrante adulterio" y para el delito de infanticidio cometido por la mujer-madre y los parientes cobijados por la circunstancia atenuante.

El atenuante de "emoción violenta", que rige para los delitos contra la vida, es el único que podría funcionar para ese tipo de casos si tal situación hubiera repercutido seriamente en la esfera psíquica de una persona, colocándola en un estado emotivo que reduzca sus frenos inhibitorios. Esta circunstancia puede provenir de cualquier motivo que coloque a la persona en ese estado.

Entre los delitos contra el honor, está considerado el "adulterio", el mismo que también tendría que ser derogado en todas las modalidades planteadas. Tampoco se podría considerar el "honor" como una atenuante para los casos en que los familiares obligaran a la mujer a practicar el aborto en contra de su voluntad (aborto "honoris causa").

La valoración del "honor" familiar debilita la protección penal del bien jurídico vida, puesto que a diferencia del aborto, en los casos del infanticidio "honoris causa" y del homicidio por causa del adulterio, se produce una privación de la vida con base en un razonamiento moral más que jurídico. Además, desprotege a la mujer porque se apoya en una regla social discriminatoria, y aunque en algunos códigos no se hace distinción entre sujeto activo hombre o mujer, puede dar lugar a similares resultados discriminatorios puesto que las relaciones sexuales extramatrimoniales, así como las pre-matrimoniales, tienden a ser socialmente más sancionadas en mujeres que en varones.

El abandono de los recién nacidos, en algunos ordenamientos penales, también tiene subyacente la protección del honor y somete la protección de la vida a la inscripción en el Registro Civil, puesto que sólo procede de no haber sido inscrito. Cuando se comparan las penas aplicadas

⁹⁷¹El Consejo Nacional de los Derechos de la Mujer estudió algunos casos judiciales en los que la víctima era mujer y entre ellos incluyó dos casos de homicidio, donde la defensa arguyó que las agresiones que produjeron la muerte fueron sustentadas en la "defensa del honor". Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Cuando a vítima é mulher. Ministério da Justiça, Brasília, 1987.

al aborto autoconsentido y las que se asignan al abandono por razones de protección del honor, es perceptible el contrasentido de la protección penal a la vida.

II. Protección de la libertad sexual como parte de la integridad personal

Referentes internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 3, 7, 12; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Arts. 7, 8, 9, 17; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. I; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Art.5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Recomendación General No. 19; Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de la ONU; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de la OEA; Convención de los Derechos del Niño, Arts. 34, 36; Conferencia Mundial de Derechos Humanos - Declaración de Viena, párr. 18; Conferencia Mundial de Derechos Humanos - Programa de Acción de Viena, párrs. 38, 55, 56; Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, 4.10, 7.34, 9.19.

Un derecho penal moderno no puede estar construido en función de la protección de concepciones moralistas o de ideas religiosas, sino de las relaciones sociales entre los individuos. La sexualidad humana es fundamentalmente relacional y como tal requiere de desarrollo en condiciones de respeto por la integridad personal y de libertad. Por eso, los bienes jurídicos protegidos deben ser la integridad personal y la libertad sexual y no la honestidad o las buenas costumbres. Los llamados "delitos sexuales" agravan severamente la autoestima personal dejando secuelas psicofísicas, muchas veces irreparables o de difícil superación⁹⁷². Tales delitos son una demostración del abuso de la libertad sexual y son una manifestación de desprecio por la otra persona, lo cual es evidente cuando hay condiciones vulnerabilizantes como sucede en los conflictos armados⁹⁷³. La intervención penal se da para hacer frente al conflicto entre la libertad de uno y el abuso que comete el otro. De ahí la relevancia de apreciar adecuadamente la intimidación, el uso de la fuerza o las circunstancias en que se encuentra la persona agraviada (edad, situación familiar y social, nivel de subordinación, entre otras).

Deben eliminarse las referencias al "honor", a la "honestidad" y a las "buenas costumbres" para pasar a explicitar una protección "material" e individualizada de la integridad personal y libertad sexual. Existe una discusión sobre si la protección debe ser a la libertad sexual⁹⁷⁴ o si debe estar encuadrada como protección a la integridad de la persona, tal como lo plantea Silvia Chejter⁹⁷⁵. Todo depende de la concepción que se tenga de la sexualidad. La escisión entre la valoración de la integridad personal y la libertad sexual restringe los derechos de la persona, más aún si es mujer o está en edad de formación (niñez y adolescencia).

La ubicación de los delitos que afectan la sexualidad no es un asunto meramente técnico, aunque la mayoría de las veces esté tratado así. Un proceso de reforma penal inspirado en los derechos humanos, debe expresar la concepción integral de la protección penal en la ubicación de los delitos. Por lo mismo, los delitos contra la integridad personal y libertad sexual deben ubicarse después de los delitos contra la vida.

⁹⁷²CEMUJER, op. cit.

⁹⁷³Garaizabal, Cristina y Vásquez, Norma. El dolor invisible. Talasa Ediciones, S.L. Madrid, España, 1994, págs. 86-95.

⁹⁷⁴Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial. Ariel, Barcelona, España, 1986, pág. 132.

⁹⁷⁵Chejter, Silvia. La voz tutelada. Violación y Voyeurismo. Nordan-Comunidad, Montevideo, Uruguay, 1990, págs. 190-191.

Respecto de la violación, es importante el debate sobre la definición. Una primera discusión relevante se refiere a su procedencia o no dentro del matrimonio. Está claro que de las disposiciones civiles referidas al "débito conyugal" no puede derivarse una pérdida de derechos para la mujer, y por lo mismo, la mujer casada debe tener expedito su derecho para denunciar al marido en caso de producirse una violación. En segundo lugar, generalmente se especifica que es la mujer la que sufre la agresión, pero el delito de violación también podría sufrirlo un hombre. Es preferible una definición que pueda involucrar ambas hipótesis.

Sin pretender atentar contra la seguridad jurídica, debe entenderse que lo importante no es la descripción de todas las modalidades de penetración sexual, en términos casi voyeristas⁹⁷⁶, sino que la definición permita involucrar una amplia gama de ultrajes sexuales violentos en contra de la voluntad de la víctima. Debe reconocerse que en los atentados contra la persona agravando su sexualidad existe un ejercicio de poder y violencia no sólo sexual⁹⁷⁷. Ciertamente, hay avances en los códigos más recientes como el de Perú que ha incorporado en el Artículo 170 una definición más amplia del delito de violación: "El que con violencia o grave amenaza o obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo" dejándole al juez apreciar los actos que deben ser considerados como violación. Sin embargo, aún es insuficiente como protección.

Los linderos entre la violación y los "abusos deshonestos" no son tan estrictos como lo plantea la doctrina que asigna a la penetración masculina un valor absoluto y que considera "abuso deshonesto" a la actividad sexual que no esté comprendida en la violación. Las vivencias de las víctimas de agresión sexual muestran que tan traumática puede ser una penetración vaginal como una eyaculación sobre el cuerpo de la persona agredida, sin ningún tipo de penetración. Es una manera de restarle gravedad a los actos de agresión sexual que no sean penetración. Si lo que se pretende es proteger a la persona concreta de agresiones sexuales, es necesario relativizar esas definiciones taxativas que pueden dejar fuera otras modalidades de agresión tan perniciosas como la penetración y ampliar la capacidad de apreciación judicial. Para llevar a cabo este proceso, es fundamental dar más valor a la perspectiva de la víctima, en lugar de desvalorar los actos exclusivamente en función de su carácter social.

Cualquier tipo de reforma legal respecto de la violación debe también revisar los procedimientos puesto que en ellos se percibe el menoscabo de derechos por parte de las víctimas⁹⁷⁸. De la correcta regulación respecto de la violación depende el resto de delitos vinculados a la integridad personal y sexual.

Aunque existen opiniones favorables a la derogatoria del estupro, no parece ser la política más adecuada porque eso desprotegería a la población joven (se aplica entre los 12 y 18 años) de ambos sexos que aceptaran tener relaciones sexuales con personas que tuvieran cierto grado de superioridad con base en engaños o chantajes. Lo que sí debe eliminarse es la alusión a la honestidad para que la protección penal sea concordante con los estándares internacionales expresados en la Convención de los Derechos del Niño, que protegen a la persona en función de la edad y no del comportamiento.

⁹⁷⁶Idem.

⁹⁷⁷Soto Cabrera, Tatiana. Los mecanismos legales desprotectores de la víctima de agresión sexual. Tesis de grado para optar el Título de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San José, C.R., 1988.

⁹⁷⁸Es imprescindible consultar la investigación realizada por DEMUS sobre el tratamiento a la violación a través de expedientes judiciales. Ver Siles Vallejos, Abraham. Con el sólo dicho de la agraviada. Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres? DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Lima, Perú, 1995.

La extensiva práctica del abuso sexual por parte de progenitores, familiares cercanos o personas encargadas de la guarda de menores amerita que se planteen agravantes a los delitos que afectan la sexualidad de los menores. Es irrelevante discutir si debe o no penalizarse el incesto; si las relaciones sexuales se producen como resultado de coerción y abuso de poder deben ser sancionadas penalmente, dentro de cualquier tipo de relación familiar. En resumen, deben mantenerse las agravantes para ascendientes, maestros o personas que actúen con abuso de autoridad o encargo, aplicando además inhabilitación especial a quienes corresponda y privación del derecho de patria potestad o tutela al ascendiente o tutor.

El rapto, que también es considerado un delito contra la honestidad, debiera ser derogado. El delito de secuestro puede proteger al bien jurídico "libertad individual", sin vínculo con criterios morales. No tiene justificación que las penas sean mucho menores cuando se produzca una restricción de la libertad por razones vinculadas al sexo o por interés de forzar un matrimonio, que cuando se legisla respecto del secuestro en términos más amplios.

Lo que sí debe eliminarse es el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal, en delitos contra la libertad sexual. Es arcaico pretender que una manera de reparar el daño causado por una agresión sexual pueda efectuarse mediante el matrimonio entre la persona afectada y su agresor.

III. Derogatoria del delito de adulterio

Referentes internacionales: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Arts. 1, 2(f),(g), 5(a), 16.

Debe derogarse el delito de "adulterio" porque los sentimientos amorosos corresponden a la privacidad personal y no deben ser objeto de regulación jurídica. El adulterio tampoco debería ser una causal de separación legal o divorcio en el ámbito civil. El reconocimiento jurídico de esta conducta perenniza una discriminación fáctica contra la mujer, aún en los casos en que la norma tipifique por igual al adulterio del marido y al de la mujer. Mantener una diferenciación como la que contiene el Código de Argentina⁹⁷⁹ hace evidente la discriminación formal, pero no altera demasiado los resultados reales. En cualquiera de los casos, esa norma debe ser derogada.

IV. Tratamiento autónomo del delito de maltrato en las relaciones familiares

Referentes internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Arts. 3, 7, 12; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2(1), 3, 6, 7, 8, 9, 23(4), 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art 1; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Art 1; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Arts. I, V; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Arts. 4, 5, 11, 17(1),(4), 24; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Art 1 (Recomendación General No. 19), 2(f),(g), 5, 10(c), 16(c),(d),(g),(h); Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de la ONU; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de la OEA; Convención sobre los Derechos del Niño, Arts. 2(2), 3(2), 16, 18(1), 19, 34; Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración de Viena, párrs. par. 18, 21; Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Programa de Acción de Viena, párrs. 38, 55, 56; Conferencia Mundial sobre

⁹⁷⁹La última sentencia sobre adulterio en la Argentina fué el 23 de marzo de 1928. Navarro, Milagro. La Mujer en los hechos y el Derecho. Advocatus, Córdoba, Argentina, 1992, pág. 379.

Población y Desarrollo, 4.4, 5.5, 7.34, 7.35, 7.45; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Plataforma de Acción, No. 124, incisos c, d, e y f.

El reconocimiento jurídico de la violencia doméstica contra la mujer implica una redefinición de lo que el derecho considera como lo público y lo privado. Se ha discutido ampliamente las diversas interpretaciones respecto del derecho a la privacidad. Antes de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 no se reconocía que este tipo de violencia era una violación a los derechos humanos y quedaba el campo abierto para que en el espacio privado-familiar se produjera la más silenciada impunidad frente a agresiones atentatorias contra la dignidad humana.

La familia ha sido, y aún es, un espacio selectivamente delimitado legal y socialmente. Las reglas jurídicas son las del matrimonio civil y, por analogía, se las aplica a las uniones de hecho. La normatividad respecto de las relaciones familiares ha eliminado, en casi todos los países latinoamericanos, las figuras formales del poder marital, pero no ha logrado tener una mirada más profunda al interior de estas relaciones familiares para restablecer el equilibrio perdido por el abuso en el ejercicio de poder (individual y social) por parte del esposo o conviviente sobre la mujer. La jerarquía masculina, aunque ha perdido poder jurídico, no ha sido suficientemente deslegitimada y se impone en las relaciones personales, escondida detrás del "amor" y la "intimidad" tan frecuentemente argumentadas en los conflictos familiares.

La tradicional legislación civil sobre el matrimonio no es suficiente como regulación social para resolver los posibles conflictos surgidos al interior de las relaciones interpersonales porque no reconoce la potencialidad violenta de los conflictos cotidianos familiares.

Los grupos de mujeres aunadas a sectores progresistas de los espacios legislativos han presionado de diversas formas para producir en varios países latinoamericanos una serie de proyectos y leyes orientados a rectificar los estragos producidos por la violencia en el ámbito familiar. Actualmente existen leyes específicas para el tratamiento de la violencia doméstica en Puerto Rico, Perú, Chile, Argentina y recientemente en Ecuador.

El desfase del derecho penal respecto de la violencia doméstica es notorio, más aún en ordenamientos como el de Ecuador que prohíbe la denuncia entre cónyuges (Artículo 28, Código de Procedimiento Penal). La discusión sobre la pertinencia de tipificar penalmente o no el maltrato doméstico no impediría que se sancione más drásticamente a quien tenga conductas delictivas al interior de relaciones afectivo-familiares. La dificultad en este debate radica en la pretensión de inhibir la actuación del sistema penal en aras de la estabilidad familiar prototípica. Esto deja por fuera de la protección del Estado, a otras formas de familia, como el caso de mujeres jefas de familia. Las manifestaciones de la violencia intrafamiliar deben ser apreciadas de acuerdo a su gravedad y no debiera desmerecerse la coerción penal ante la existencia de delitos que se atenúan en los hechos por producirse dentro del ámbito familiar.

Una posibilidad de regulación es la de tipificar el delito de maltrato en las relaciones intrafamiliares para distinguirlo del delito de lesiones que tiene carácter general. Una de las ventajas de esta tipificación sería que se podría incluir en la definición la violencia física, psíquica y sexual, tal como se plantea en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Esta legislación sería complementaria a la legislación específica de carácter civil que se aplica a las modalidades de la violencia doméstica menos graves.

La otra posibilidad es la que se está aplicando actualmente en algunos países latinoamericanos, como Perú, Chile, Argentina y Ecuador, cuyas leyes específicas de carácter civil, imponen al juez el deber de remitir el proceso hacia la jurisdicción penal en caso de indicio de

comisión de delitos⁹⁸⁰. También se aplica la misma modalidad aunque no haya ley específica en el resto de países, porque todos los ordenamientos tienen disposiciones constitucionales que protegen la integridad de la persona y los códigos penales tipifican el delito de lesiones. La dificultad en esa modalidad es que la tipificación del delito de lesiones no reconoce la violencia psíquica y muchos miden la gravedad de la acción en función de días de inhabilitación para el trabajo, lo cual es inadecuado para dar cuenta de los casos de violencia doméstica.

V. Protección a las mujeres en situación de prostitución

Referentes internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos, Arts. 3, 7, 12; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2(1), 3, 6, 7, 8, 9, 26; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Arts. I, V; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Arts.5, 11, 17(1),(4), 24; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Art 1 (Recomendación General No. 19), 2(f),(g), 5, 10(c), 16(c),(d),(g),(h); Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de la ONU; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de la OEA; Convención sobre los Derechos del Niño, Arts. 2(2), 3(2), 16, 18(1), 19, 34; Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración de Viena, párrs.18, 21; Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Programa de Acción de Viena, párrs. 38, 55, 56; Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, 4.4, 7.34, 7.35, 7.45; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, No. 230, incisos g, n.

La noción de honestidad es utilizada en los códigos penales para discriminar a las mujeres que se dedican al comercio sexual. Según la doctrina penal, la mujer prostituta no es "honesta". Esta posición es contraria a los estándares internacionales de derechos humanos, y por lo mismo, deben derogarse las normas penales que atenúen las sanciones cuando los delitos afectan a mujeres en situación de prostitución, como es el caso excepcional del Artículo 393 del Código Penal de Venezuela y el Artículo 196 del Código Penal de El Salvador (reducción de pena al violador si la víctima es prostituta). Más agravante resulta el tratamiento otorgado por el Código de Paraguay, el cual reduce la pena al violador de una mujer prostituta "cualquiera que fuese su edad" (Artículo 315, Código Penal).

También debe ampliarse la protección penal en relación al tráfico de mujeres con el objetivo de cautelar sus derechos fundamentales, seriamente limitados debido a la carencia de efectivos recursos legales en el nivel nacional e internacional. Tal como se señaló en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, los Estados están obligados a penalizar a quienes desarrollan redes internacionales de explotación sexual (Plataforma de Acción, No. 230 n).

C. En cuanto a las condiciones económicas

I. Mayor garantía para la exigibilidad de las obligaciones de asistencia

⁹⁸⁰Ecuador deberá revisar disposiciones incompatibles con el espíritu de la ley vigente desde el 12 de diciembre de 1995. Unas corresponden al Código Penal (Arts. 22, 27, 31, 202, 204, 502 y 588) y otras al Código de Procedimiento Penal (Arts. 28, 35, 108 y 171), tal como estaba planteado en el Proyecto de Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia presentado al Parlamento por la Dirección de la Mujer (DINAMU), el Foro Permanente de la Mujer Ecuatoriana y otras entidades, como producto de un trabajo de elaboración conjunta con las ONG de mujeres y profesionales del derecho de diversos sectores del Ecuador.

Referentes internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23(4); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 10; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Preámbulo, Arts. 5(b), 11(2)(c), 16; Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 18; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Art. 17(4); Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, párrs. 4.1, 4.25, 4.26, 4.29; Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Declaración, Acuerdo 5(g); Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Programa de Acción, 51(e), 81(d); IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, No. 220.

Hay desprotección de la mujer respecto al cumplimiento de la obligación de asistencia familiar. Los tipos penales respecto de la obligación alimentaria parecen ser el paradigma de la imposibilidad de hacer justicia porque resultan amplios y exigentes en cuanto a los elementos de la tipificación. La exigibilidad de haber agotado un proceso civil por alimentos, en algunas legislaciones, y la posibilidad de exceptuar al padre irresponsable, porque no tiene los recursos, pone a la mujer madre en la imposibilidad de reclamar debiendo asumir sola la responsabilidad familiar. El incumplimiento alimentario puede atentar contra la vida de los hijos cuando se trata de situaciones de extrema pobreza, pero no debe ser enfocado exclusivamente como caso límite ya que el incumplimiento atenta contra los vínculos familiares y aunque no exista peligro para la vida si se produce desprotección familiar.

Es fundamental garantizar, inclusive recurriendo a la sanción penal, condiciones para que ambos padres asuman equitativamente la responsabilidad de hacerse cargo del cuidado y protección de los hijos. Muchas de las restricciones de la vida profesional y laboral de las mujeres tienen origen en la irresponsabilidad paterna.

SEXUALIDAD Y REPRODUCCION, UNA LEGISLACION PARA EL CONTROL: EL CASO CHILENO

Lorena Fries y Verónica Matus

I. Acerca de la trama jurídica y la función del derecho penal

El derecho es un conjunto de normas, instituciones y prácticas jurídicas que tienen por objeto orientar el comportamiento social de las personas que conviven en una determinada sociedad. En las sociedades modernas el orden social se garantiza mediante un amplio tramado de reglas y preceptos que encausan los comportamientos de sus miembros, aseguran y valoran las conductas sobre las que se asientan las relaciones sociales y de poder.

Este orden normativo (jurídico, social y moral) disciplina hacia un determinado modelo de convivencia en tanto descansa sobre opciones ideológicas que constituyen la base y el contenido mismo del sistema jurídico normativo. En este sentido, el derecho se nutre de las distintas concepciones en torno a las formas de organización política y cultural que la sociedad se ha ido dando y que configuran un imaginario de convivencia al que deben ajustarse hombres y mujeres. A ello se suma el proceso de legitimación del derecho que es el que hace que estas normas sean aceptadas por los miembros de una sociedad determinada. El derecho por lo tanto, expresa las preferencias ideológicas de los sectores dominantes, y a la vez da cuenta de los hitos de ruptura con ese poder, producto de las luchas de amplios sectores de la humanidad a lo largo de la historia.

El derecho revela un proyecto estratégico, un diseño jurídico que a través de mecanismos concretos y propios habilita para la continuidad histórica del sistema patriarcal, mas allá de los cambios que en sus contenidos normativos se verifican. En efecto, es estratégico en tanto esconde una opción que está a la base de su constitución, la mantención y reproducción de un sistema que subordina a las mujeres, pero también en cuanto operan incuestionadamente algunos supuestos que se dan como válidos y universales del derecho e impiden ver la realidad de una mitad de la humanidad, las mujeres. Es estratégico también porque va mas allá de la normativa concreta o de la rama específica que se analiza. Constituye un tramado que solo se hace evidente a la luz de la reflexión jurídica feminista en tanto sitúa desde la mujer y su contexto la relación con el derecho.

En una primera etapa, el derecho reguló explícitamente a las mujeres situándolas en una posición de subordinación frente al varón. El castigo, la fuerza y la limitación de la autonomía sexual, económica, y personal de las mujeres fueron evidentes. Se trataba de sociedades estamentales donde no existía la noción de igualdad y se asumía sin disimulo que las mujeres pertenecían a una categoría inferior al varón. En una segunda etapa, coincidente con el período de la Ilustración, y ya disciplinadas, se reguló la vida de las mujeres mas implícitamente a través de normas supuestamente neutrales, reservando la regulación explícita para ámbitos en los que la diferencia sexual estaba en juego; la sexualidad y la capacidad reproductiva en el lugar de control que es la familia.

Cada rama del derecho regula ámbitos de acción específicos, tiene una racionalidad propia y a la vez, es parte de una trama más amplia, oculta en las propias distinciones que realiza. En efecto, tras distinciones como la de derecho civil, derecho penal, derecho constitucional, etc. se esconden los supuestos sobre los cuales se estructura la sociedad y las

definiciones, lugares y posibilidades de las mujeres en ellas. Cada una de sus ramas cumple, en el proyecto estratégico de regulación de sociedad, una función común con relación a las mujeres: disciplinarlas para mantener su subordinación frente al varón.

En el derecho constitucional, los ámbitos de regulación son: la estructura de la sociedad, el ejercicio y conformación de la autoridad política y los derechos y obligaciones de los ciudadanos en una comunidad. Estando estos elementos adscritos al ámbito público no permean el espacio privado, considerado desde la perspectiva constitucional, un ámbito referido a la familia, definido *a priori* y *per se*. Así la familia, nombrada y legitimada como institución única fuera del espacio del ejercicio/límite del poder aparece como entidad intocable e incontaminable. Esto se refuerza en el capítulo de las garantías constitucionales cuando se instituye el derecho a la honra o intimidad familiar, como forma de no intromisión en las relaciones humanas (por tanto de poder) que se dan en el ámbito privado.

Las experiencias e intereses de las mujeres quedan inscritas en el espacio familiar privado y excluidas del desarrollo de los derechos ciudadanos. La universalidad de los postulados normativos y sus garantías en la práctica no incluyen a las mujeres en su diferencia respecto del varón por lo que o se asemejan a las de éste o son marginadas. Será el derecho privado y en particular el de familia el encargado de regular las relaciones al interior del núcleo familiar, desde luego, bajo una serie de presupuestos que lo validan como único espacio de desarrollo legítimo de las mujeres. Es en este campo en el que se fijarán las funciones y roles que a las mujeres corresponden y que se traducirán en restricciones a su autodeterminación sexual, reproductiva, económica y personal. El derecho civil en definitiva establece normativamente las relaciones y acciones posibles para la legitimidad del ser mujer en nuestra sociedad. La prescripción normativa a la vez obliga a la mujer a su cumplimiento, en tanto cada ruptura con la norma jurídica conlleva una sanción que opera indistintamente a través de éste u otros sistema normativos (cultural, moral, etc.).

El derecho penal es el encargado de fijar los límites de lo aceptable para una sociedad. En este sentido, establece una frontera entre aquello tolerado y aquello que socialmente deberá ser castigado. Así como en las otras ramas del derecho, el derecho penal distingue lo que es aceptado en términos de género, y valora las conductas del ser y hacer de hombres y mujeres, demarcando la última frontera. Así, su infracción es sancionada con una pena, generalmente la privación de libertad. En el ámbito del derecho penal se expresarán claramente un conjunto de parámetros ideológicos que responderán al modelo social y sexual que se pretende para una determinada sociedad. Se trata de los bienes jurídicos, presentes en toda la normativa jurídica, de valores que se quiere preservar en una sociedad, de particular importancia en materia penal dado que los delitos se estructuran en oposición a dichos bienes, como sus atentados.

El derecho penal regula ámbitos de la sexualidad en la medida que prescribe y sanciona ciertas conductas sexuales consideradas atentatorias de un orden sexual estructurado en función de bienes jurídicos. En este sentido configura un orden sexual dentro del cual se desenvolverán "normalmente" hombres y mujeres en la medida que respondan y promuevan los valores consagrados. Si el derecho en general da cuenta e intenciona un determinado modelo de sociedad, el derecho penal entonces intenciona un determinado modelo de sexualidad en la convivencia. El derecho penal da cuenta en su regulación de la sexualidad de cuales son las concepciones de sexualidad dominantes en un tiempo, en una determinada sociedad, y contribuye al disciplinamiento de las conductas sexuales a su vez reforzadas desde otros sistemas normativos. Regular las relaciones sexuales entre seres humanos implica a

priori tener una concepción sobre la sexualidad, mas aún tener una concepción sobre el Estado, la sociedad y la persona humana mujer y hombre.

Desde una perspectiva de género, el derecho penal ha contribuido a fijar la identidad, lugar y función que deben cumplir las mujeres en la sociedad patriarcal (función que cumple el derecho en general), a través del control de su sexualidad y capacidad reproductiva. Su "normalidad" está dada por lo que de ella esperan las normas penales, los valores o bienes jurídicos que protegen. Su "anormalidad" y por tanto su castigo, está dado por la ruptura a dichos valores o bienes jurídicos. En América Latina la corporalidad de la mujer, elemento sustantivo en la construcción del sujeto de derecho, no ha sido considerada digna de protección desde el punto de vista de los bienes jurídicos. Son la familia, la honestidad sexual y la moralidad pública los parámetros con los que se analiza el actuar de las mujeres.

II. ¿Dónde y como está regulada la mujer en el derecho penal?

¿Cuál es el modelo de sexualidad que consagraron nuestras legislaciones penales⁹⁸¹? ¿Dónde se habla explícitamente de las mujeres en los códigos penales? Las mujeres aparecen específicamente como sujetos en la norma penal, en relación a la familia, y particularmente en relación a los roles de cónyuge y madre. En la familia porque en la mayoría de nuestras legislaciones ésta sólo puede ser integrada por un hombre y una mujer, única forma legítima de fundarla. Dentro de este modelo de familia la mujer cumple un rol específico dada su diferencia sexual; el de madre y cónyuge. Es sobre esta diferencia y sobre la significación que a ella se le da en las sociedades patriarcales, que se construirán las conductas desviadas o delitos en materia penal.

En relación a la familia, el derecho en América Latina la consagra como institución permanente e incuestionable⁹⁸². Es el núcleo fundamental de la sociedad y por lo tanto existe *per se*. Hasta antes de los procesos de reforma de la últimas dos décadas, se trata de un modelo de familia patriarcal basado en el poder del padre, jefe y cabeza de familia, dueño y señor. En la familia patriarcal arcaica, "el grupo se compone de bienes animados e inanimados, es decir, la esposa, los hijos, los esclavos, las fincas y posesiones, sujetos todos a la despótica autoridad del varón de más edad"⁹⁸³. El estatus del hijo y el de la madre dependen de la figura masculina, ampliándose de este modo el poder del varón fuera de la familia. El padre, en consecuencia, implica estatus social y a la vez poder económico. La socialización y reproducción se hacen inseparables y la piedra angular del sistema es la familia. Hasta mediados del siglo XX podemos encontrar, en las legislaciones latinoamericanas, concepciones que confirman este modelo de familia. En todas ellas se aprecian normas destinadas a coartar o limitar la autonomía personal, económica y jurídica de las mujeres, entre ellas las que consagraban la pérdida del apellido, obligaban a la mujer a residir en el domicilio del cónyuge, la imposibilitaban legalmente para administrar los bienes del matrimonio, exigían la autorización del cónyuge para que ella trabajara en forma independiente, obligaban a la mujer a obedecer al marido y a éste a darle protección, etc.

En el ámbito penal, la familia cumple también su función de limite regulador de las acciones entre el ámbito público y el privado, solo que en este caso, marca de manera

⁹⁸¹Los códigos penales en América Latina tienen antecedentes jurídicos comunes siendo el principal el Código Español de 1874.

⁹⁸²Sólo con relación a aquellos países que han realizado reformas constitucionales en la última década podemos observar cambios en la concepción familiar que dan cuenta de la diversidad de formas de constitución en la realidad latina.

⁹⁸³Maine, Henry. *Ancient Law*. Murray, Londres, 1861.

diferenciada las acciones normales y las anormales o de desvalor de hombres y mujeres. La prohibición y penalización del aborto, la omisión de la violencia en el ámbito de la familia refuerzan en el campo del derecho penal el modelo de familia y validan el uso de la fuerza física del varón cónyuge para asegurar el acceso sexual exclusivo y el control sobre la capacidad reproductiva de su cónyuge mujer. Bajo este orden, sexualidad y reproducción para la mujer se fusionan en el rol que ocupa. Sin embargo, en el caso del varón la división se mantiene independientemente de donde la ejerza, en el seno de su hogar o fuera de éste con otra mujer. Sólo así se explica la diferencia que hasta mediados de este siglo existió entre el adulterio de la mujer y la figura del amancebamiento aplicable al varón⁹⁸⁴. Al confinar a la mujer a ejercer su sexualidad en el marco de la familia legal, se legitima la autoridad del varón y el uso de la violencia sobre la mujer, objeto de su propiedad.

En relación a los roles que dentro de la familia constituyen la normalidad de la mujer, el derecho penal construye un orden sexual que se expresará tanto en los bienes jurídicos como en sus expresiones delictivas particulares. Delitos como el aborto, el infanticidio, el parricidio, la violación y los abusos deshonestos o sexuales, entre otros son parte de una trama mayor que refuerza y reproduce una cultura patriarcal.

Considerando que el Código Penal chileno no ha sufrido cambios en materia sexual durante el último siglo, nos ha parecido importante relevarlo como paradigmático del modelo y orden sexual patriarcal que durante muchos siglos se impuso a las mujeres en latinoamérica. Es sobre esta base, sobre esta matriz ideológica que imperó en América Latina, que han operado fuerzas de cambio de diverso cuño logrando reformas legales en las últimas décadas. Estas reformas, por cierto, no siempre apuntan a desmontar la trama jurídica que ha limitado o restringido la autonomía de las mujeres para construir sus planes de vida, y medida de acuerdo a la cual habrá de evaluarse la eficacia de las mismas.

El caso del aborto y el de la violación, referidos uno a la sexualidad y el otro a la autonomía reproductiva de las mujeres constituyen por su parte, un ejemplo lúcido de una arista de esta trama jurídica y permiten explorar caminos para el cambio de la situación de las mujeres.

III. ¿La violación o la regulación del acceso sexual exclusivo del varón?

En Chile, el delito de violación consiste en la penetración del pene en la vagina de una mujer ya sea por la fuerza, cuando ésta está privada de razón o bien cuando es menor de 12 años. Ninguna otra conducta por más impuesta o forzada que sea, constituye violación. Esto es absolutamente coherente con el origen histórico del delito de violación y con la ubicación que tiene en el código entre los delitos que atentan contra los bienes jurídicos del orden de la familia y la moralidad pública.

En efecto, históricamente las leyes matrimoniales y las leyes de violación se entrelazaron a partir de la figura del varón, dueño y jefe de familia. En este contexto, era permitido capturar y violar a las mujeres de otras tribus mientras que esa acción no se permitía con las mujeres de la misma tribu a la que pertenecía el varón. El desvalor no era la conducta sexual, sino que la usurpación de la posesión y del derecho tribal al control del acceso sexual de las mujeres, concebidas como parte de las posesiones del varón. El matrimonio, establecía la ley, se consumaba a través de la desfloración y de pruebas ceremoniales de la virginidad de

⁹⁸⁴En Chile por ejemplo, constituía adulterio en la mujer el hecho de sostener relación sexual con otro, no cónyuge; en cambio en el caso del marido se requería frecuencia, haberla llevado a su domicilio matrimonial y con escándalo público.

la mujer. La violación criminal se refería a la destrucción de la virginidad fuera del contrato matrimonial, pues en éste no se concebía su existencia. Con el tiempo, la definición de la violación se amplió desde el punto de vista del objeto poseído; no constituyó violación el acto de certificación de virginidad que el señor feudal verificaba con la futura cónyuge de un vasallo, asimismo de la relación con el dueño, porque la violación se amplió para aceptar la falta de castidad de la cónyuge, extendiéndose hasta aquellas mujeres no vírgenes. De acuerdo a Susan Brownmuller, la relación entre violación y matrimonio se refleja en "la violación de los derechos de posesión del macho basadas en las exigencias masculinas de virginidad, castidad y consentimiento al acceso privado, estas tres últimas como contribuciones femeninas al contrato de matrimonio"⁹⁸⁵. De manera que la garantía de impunidad a los maridos que fuerzan sexualmente a sus cónyuges es tan antigua como el origen de la violación.

El deseo del varón por mantener un acceso exclusivo, total y completo a la vagina de la mujer - de acuerdo a las leyes matrimoniales- surge de la necesidad de certidumbre en la concepción y del manejo de los derechos hereditarios. El concepto de violación es masculino desde sus orígenes y también contemplaba la defensa de la virginidad de la hija, manteniendo la misma lógica de dueño; debía sancionarse porque dañaba la mercancía valiosa antes de llegar al mercado matrimonial.

A finales del siglo XX, la violación permanece aún ligada a los antiguos conceptos patriarcales de propiedad. En efecto, en la violación se define el lugar y la legitimidad del ejercicio de la sexualidad de la mujer: extra matrimonial es ilegítima y matrimonial es legítima. Fuera del matrimonio hay violación pero aquel autoriza su comisión dentro de la familia.

El atentado "al orden de la familia" se configura cuando un tercero varón, extraño al núcleo familiar, accede sexualmente a una mujer, posesión que es de otro y que está legitimada por el matrimonio. Sólo los varones pueden ser agresores en este delito y sólo las mujeres pueden ser violadas. La violación presupone que el género masculino es el titular sobre el cuerpo de la mujer de ahí que sea necesario regular este acceso para que solo un varón, el dueño, ejerza dicha titularidad. ¿Cuándo abusan de este derecho? Cuando acceden sexualmente y a través de penetración vaginal (por ende con riesgo de embarazo) a una mujer que en tanto casada con otro, no es legítima propiedad del agresor. Las mujeres son víctimas de estos varones sólo en cuanto estos cometan dicho abuso, pues estando la violación radicada en el ámbito de un matrimonio la mujer no es víctima y cumple con un deber, el de la sumisión frente a su dueño.

La norma penal opera bajo el supuesto que la violación ocurre siempre en el ámbito público y por terceros desconocidos para la víctima. En efecto, la estructuración que hace el código de los delitos relacionados con la sexualidad, contraponen la violación al incesto, siendo este último un delito que ocurre en el ámbito privado, de la familia, y que conlleva una pena menor por su menor desvalor⁹⁸⁶. La violación entre cónyuges no se tipifica en tanto es atributo de posesión del varón cónyuge acceder sexualmente a su mujer, complementado con la norma del Código Civil que obligaba a la mujer a la obediencia y que suponía la cohabitación, en tanto uno de los fines del matrimonio era/es la procreación. Es la familia patriarcal y su proyección pública la que debe protegerse.

⁹⁸⁵Brownmuller, Susan. *Contra nuestra Voluntad*.

⁹⁸⁶El argumento que se esgrime para la penalización del incesto no es sin embargo el de la exclusividad del varón incluso dentro de la familia sino que el de la posible degeneración de la estirpe lo que cae en contradicción con la propia norma que sanciona como incesto la relación entre personas unidas por parentesco por afinidad.

El delito de violación supone la negativa y resistencia por parte de la mujer adulta al agresor. De allí que éste aplique fuerza o intimidación, primera hipótesis que considera la ley. Sin embargo también comprende aquellas situaciones en las que no hay consentimiento, o bien que lo haya pero que no sea válido, por que está distorsionado, por que no hay ninguna manifestación de éste o porque se trata de una menor de 12 años a la que se la presume sin posibilidad de consentir. En los primeros dos casos, estamos ante un caso hipotético de violación a mujeres adultas por parte de un tercero que no es su cónyuge y que es un extraño ajeno al núcleo familiar. En la última sin embargo, se protege que la hija llegue "limpia" y sin mácula a su objetivo, ser de otro a través del matrimonio. De ahí que el sujeto contra el que se atenta sea también el Jefe de Familia y por ende la familia.

En el delito de violación (Artículo 361⁹⁸⁷, Código Penal) el sujeto activo es siempre un varón mientras que el pasivo siempre una mujer. En este sentido, la formulación del tipo penal no es neutra lo que confirma que el bien jurídico protegido no es la libertad sexual sino que el control del cuerpo de la mujer en el seno de la familia legítima y, a lo más, la libertad sexual del varón, compatible con el dominio sobre el cuerpo de la mujer.

De acuerdo a la legislación chilena, la violación requiere del sometimiento de la víctima, sea por el uso de la fuerza o por intimidación. La primera alude a la violencia material para someter a la víctima. Sin embargo, no considera que hay fuerza cuando los actos del varón no se encaminan unívocamente al logro de la cópula, sino solo a la excitación (figura de abusos deshonestos). La intimidación, por su parte, es la violencia moral que actúa significativamente sobre la víctima para que esta acceda a la violación. Obviamente se trata de un consentimiento viciado en tanto no nace libre y espontáneamente sino que es forzado por el agresor. Para algunos autores, la excitación que la mujer pueda provocar al varón, aun sin la intención de acceso carnal completo, constituiría una atenuante. En la ley chilena, el Artículo 11 N°5 del Código Penal establece una atenuante, descrita como "obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación" invocada en algunos casos para dar cuenta de que el agresor habría obrado movido por algún grado de reacción a la excitación de la víctima.

La "fuerza o intimidación" como uno de los requisitos de este delito, tiene dos caras. Es la fuerza que emplea el autor, pero también tiene que ver con la mayor resistencia de la víctima, evaluada a partir de las lesiones visibles. De esta manera las lesiones forman parte del delito e inciden en la evaluación del juez, para quien es diferente la mujer que opone resistencia y se defiende, de aquella que no lo hace y que por ende no resulta creíble. En efecto, en una investigación realizada por la Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada, algunos de los jueces varones entrevistados señalan lo siguiente: "La víctima incita al violador, es el amigo y aceptaron tener relaciones sexuales y después le explican a los padres que fue violación. A veces la mujer es provocadora." La mujer es víctima, aunque no tanto porque "ahora es difícil establecer si la mujer incitó, las niñas ahora son más provocativas, resulta fácil abordar al hombre".

Otro juez ejemplifica el delito de violación señalando:

⁹⁸⁷Art.361: "La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1. Cuando se usa de fuerza o intimidación
2. Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa

3. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores."

Voy a contar una historia, se trata de una reina a la que le llevaron a una violada y a un violador para que dirimiera el caso. La reina tomó una espada, se quedó con la vaina en la mano y se la pasó a la violada y le dijo que intentara poner la vaina en la espada, se quedó ella con la vaina en la mano y se la pasó a la violada y le dijo que intentara ponerla en la vaina. Cuando la mujer intentaba hacerlo, la reina se movía y así lo hizo varias veces, de modo que no pudo ponerla en la vaina. La reina entonces dijo: si tu no hubieses querido no habría espada que hubiera entrado en tu vaina.

El juez prosigue:

Es cierto que así se da, yo tuve a un hombre cuatro o cinco días preso y luego la mujer confesó que no la había violado, que lo que le pasó es que le había prometido matrimonio y luego no cumplió, pero que ella se acostó con él con consentimiento. No se puede afirmar así no más que la violación no existe, eso no. Cuando los hombres dicen que las mujeres son las que los provocaron, eso no más es una excusa. A mi manera de ver el violador es un anormal que debe ser sancionado.

Parecen ser dos las opciones más generalizadas para los jueces: o la mujer miente al afirmar que es violada para vengarse del hombre, o alimenta el mito de que los autores de este delito son hombres que presentan trastornos síquicos. Uno de los jueces manifiesta: "son débiles mentales o de limitada inteligencia porque si no no lo harían". Sin embargo estudios realizados por el Centro de Atención a las Víctimas de Abuso Sexual (CAVAS) demuestran que en un alto porcentaje, los agresores no sufren de ningún tipo de trastorno de la personalidad. Mas aún aquellos respecto de los cuales podría esgrimirse algún tipo de patología corresponderían al 50% de los agresores que no tienen relación alguna con la víctima que constituyen alrededor de un 20% del total de los agresores por abuso sexual.

La tendencia a patologizar al autor hace que los jueces opten mayoritariamente por pedir un perfil psiquiátrico de éste y no uno de la víctima, el que podría arrojar mayor certeza psicológica sobre la comisión del delito dado los avances en materia de constatación de síntomas post-traumáticos. Estos sin embargo, se constituyen en recurso para los jueces sólo cuando se trata de víctimas menores de 12 años⁹⁸⁸, restándole toda credibilidad a las mujeres adultas víctimas de violación. El conjunto de prejuicios que operan en la aplicación que de la ley hacen los jueces puede resultar determinante en el acercamiento que tienen frente a las partes involucradas en el delito y en el requerimiento de diligencias probatorias.

En la violación, de acuerdo a algunos jueces:

son claves los elementos de prueba, tiene que haber una certeza, porque hay casos en que se inventan los hechos que posteriormente se reconocen, después de salir en primera plana, se demuestra la inocencia del sujeto. Lo que pasa es que lo que no se demuestra es su culpabilidad. También hay invento para proteger a los posibles acusados.

⁹⁸⁸Area Ciudadanía y Derechos Humanos, Corporación de Desarrollo de la Mujer. Intervención crítica desde una perspectiva de género y de derechos humanos en el sistema jurídico penal. La MORADA, Santiago, 1998.

El prejuicio sexista introduce una sospecha respecto de la mujer violada, que ella debe encargarse de aclarar, a través de la comprobación de las huellas y marcas que demuestran la resistencia que opuso. Así uno de los jueces entrevistados dice:

Es fácil acreditarlo, las lesiones son comprobables. En la violación tiene que haber fuerza, si no la golpearon, amarraron de manos, pegaron y eso deja señales, marcas. En el proceso la víctima revive todo lo que le ocurrió.

Esta interpretación restrictiva del delito de violación deja a un lado dos de las hipótesis que la norma admite: la violación con pérdida de razón o inconsciencia de la mujer, y aquella en que la fuerza se ejerce con intimidación. La inadmisibilidad en la práctica de este tipo de violación garantiza la impunidad de los varones violadores que se enfrentan a un proceso judicial por estas razones. En efecto, si la violación debe dejar huellas y marcas, si presupone la oposición y resistencia de la víctima, ¿qué pasa con aquella mujer desmayada por alcohol, o aquella que es intimidada a través de la amenaza a un familiar cercano?

Los medios de prueba más frecuentemente considerados por los jueces en la violación son los informes médico legales, los que acreditan sobre la existencia de desfloración⁹⁸⁹, la existencia de líquido seminal en el cuerpo o las ropas de la mujer violada y de otro tipo de lesiones que si bien no acreditan el delito sí otorgan mayor credibilidad a la víctima frente al juez. El informe médico gineco-obstétrico sitúa como parámetro de existencia de la violación la ruptura reciente del himen. Sin embargo, a menos que se acompañen lesiones que den cuenta de la resistencia que opuso la víctima frente a su agresor, no podrá concluirse que la violación existió, aun cuando existan restos de semen en la vagina de la víctima. Si no hay señal de lesiones, y si la víctima ha tenido una vida sexual activa anterior al delito queda virtualmente descalificada como sujeto pasivo idóneo. Así con relación a la prueba de la "pureza" de la mujer, el juez puede o no considerarla dependiendo del nivel de lesiones que se puedan constatar. No obstante, una vez perdido el himen aumentan los grados de impunidad del varón frente a los hechos que le sean imputados. Un 90% de los casos que se someten al conocimiento de los tribunales son sobreseídos o absueltos producto de esta situación.

En una sentencia de violación del año 1990, consta:

Se interrogó al reo, quien confesó haber pretendido tener relaciones sexuales con..., a quien tendió en el suelo, y le rompió los calzones con una tijera que manejaba, pero aún así ella no quiso y forcejeó hasta que apareció un testigo e hizo cesar el asedio. Pasado un momento se hizo presente un segundo testigo que dijo pertenecer al cuerpo de Carabineros y llevó al cuartel al reo y a la niña.

El reo fue acusado de violación frustrada y condenado por sentencia de primera instancia, a tres años y un día de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias como autor de violación frustrada. En la Corte de Apelaciones se condena al reo como autor de tentativa de violación, a la pena de sesenta y un días concluyendo que debe aplicarse el Artículo 362 del Código Penal que castiga la tentativa de violación como delito consumado por haber principio de ejecución. Se interpone recurso de casación en el fondo por la pena aplicada, autor de violación consumada, que señala que se incurrió en error al confundir tentativa con principio de ejecución, agregando más adelante:

⁹⁸⁹Idem.

el acto de tender a la niña en el suelo, levantarle los vestidos, sacarle los calzones y cubrirla mientras ella forcejeaba para zafarse de la agresión y pedía auxilio, son hechos directos, destinados, sin duda, a consumir el coito forzado; pero no constituyen todavía un principio de ejecución del delito si no se comprueba un comienzo de introducción del pene del varón en la vagina de la mujer.

La Corte resuelve finalmente:

Que los hechos establecidos en la sentencia recurrida no se refieren a un comienzo de introducción del miembro viril en la vagina de la mujer ofendida, y por consiguiente no constituyen un principio de ejecución del acto sexual forzado, que el reo pretendió ejecutar con ella..., los hechos estuvieron dirigidos a una finalidad sexual no admitida por la ofendida, aunque faltaron otros para la iniciación del acto sexual; y en consecuencia el delito sólo fue intentado, y se condena... a la pena de un año de presidio menor en su grado mínimo.... como autor de violación en el grado de tentativa.

En este caso, una vez más, se exige para calificar la acción de violación frustrada probar la introducción del pene en la vagina, para lo que obviamente deben existir huellas o marcas susceptibles de acreditarse a través del Instituto Medico Legal.

Otra de las pruebas que permiten al juez ir afirmando una convicción respecto al caso es el careo. Este consiste en el enfrentamiento de las declaraciones tanto del inculpado como de la víctima, en una misma audiencia y frente a un funcionario del tribunal. Aún así varios jueces varones señalan que cuando la víctima no quiere enfrentar la situación hay algo sospechoso. "El careo con el autor es positivo para el juez, es una prueba fundamental. Las víctimas, en general no aceptan ser careadas. La mujer es más afectada en el careo, sin embargo es útil. En algunos casos no quieren por temor, por haber consentido".

En estos delitos en los que sólo las mujeres son víctimas ésta resulta claramente desprotegida por el sistema penal que la desacredita y utiliza arbitrariamente las pruebas legales favoreciendo la impunidad del varón. Quizás se busque componer con esta impunidad la existencia de una regulación que en materia sexual afecta directamente a la titularidad que el género masculino tiene sobre los cuerpos de las mujeres.

IV. El aborto y el control de los cuerpos de las mujeres

El aborto es una práctica tan antigua como la diferencia sexual entre hombres y mujeres. Es el resultado de la aceptación de ciertas prácticas anticonceptivas que en un tiempo no presentaban un problema moral. Los griegos, romanos, hebreos, celtas y germánicos valoraron a la mujer en su capacidad reproductora y permitieron ciertos medios de control sobre su propia fertilidad. Así, entre las mujeres campesinas de Europa el uso con fines abortivos de irrigaciones y purgaciones con sal, miel, aceite, brea era conocido⁹⁹⁰.

Es a partir del siglo VI de la era cristiana que el aborto se configura como delito, convirtiéndose en homicidio con la dictación del Código de Justiniano. No obstante en la discusión de los teólogos no siempre estuvo claro que éste fuera tal. La pregunta por la

⁹⁹⁰Anderson y Zonsser. Historia de las Mujeres. Editorial Crítica, Barcelona, 1991.

hominización del feto marcó la discusión teológica, se buscaba determinar el momento en que un embrión se convierte en ser humano, el momento que adquiere animación o infusión del alma, tanto así que en un tiempo se aceptó que la hominización del feto ocurría cuarenta días después de la concepción en el caso de los varones y ochenta en el caso de las mujeres. Así, la respuesta fue distinta en el tiempo, hasta encontrar una única y definitiva, que coincide con la consolidación del poderío del Papado, su unificación y centralización de la autoridad y el proceso de codificación de la ley Canónica. Durante el período anterior a la codificación, el aborto es razón de penitencia porque tras el hay un pecado sexual. El aborto tiene la gravedad de las relaciones sexuales ilícitas, y es considerado más leve que el hurto y el soborno. Para la Iglesia, la sexualidad constituye una potencial fuente de pecado y sólo puede tener lugar en el matrimonio. El propósito legítimo es el embarazo de la mujer. Los sentimientos de excitación y placer sexual se convierten en concupiscencia, y aquella que no tiene el propósito de procrear, se convierte en el sujeto del pecado de fornicación.

Las razones de la Iglesia para oponerse al aborto y la anticoncepción radican en que ambas atentan contra el valor del matrimonio, porque como señala San Agustín, destruyen la conexión necesaria entre el acto conyugal y la procreación. Más claro aún se trata de controlar en las mujeres su sexualidad y capacidad reproductiva. Así consta en los textos de las Epístolas de San Jerónimo, que escribe:

Toman pócimas para asegurar la esterilidad y son culpables del asesinato de un ser humano todavía no concebido. Algunas, cuando se enteran que están embarazadas por un pecado, abortan usando drogas. Con frecuencia mueren y se presentan ante las autoridades del mundo inferior culpables de tres crímenes: suicidio, adulterio contra Cristo y el asesinato de una criatura todavía no nacida.⁹⁹¹

El Código Penal chileno ubica el delito de aborto entre los delitos contra el "orden de las familias y la moralidad pública" y no como delito contra las personas (Artículo 342). Algunos autores manifiestan que tiene esta ubicación en tanto se trata de un sujeto pasivo que no es en rigor aún persona y por lo tanto no tiene existencia individual. La mayoría sin embargo sostiene que se trata de un delito que protege el bien jurídico vida a pesar de su ubicación "errónea". Sin embargo, su ubicación en el Código no es inocua, tanto desde el punto de vista del rol que cumple este delito en el tramado normativo penal como del modelo de sexualidad y familia que se quiere imponer y que hace que tenga esta ubicación y no otra. Lo que se sanciona es la desviación de la mujer del rol maternal que se inscribe en la familia. De allí que el bien jurídico que se protege sea éste.

Por una parte, y aunque parezca obvio, cabe señalar que el aborto es un delito en el que la mujer es determinante, tanto como posible sujeto pasivo o como posible sujeto activo de la muerte provocada del feto. Se reconoce implícitamente la diferencia sexual para efectos de configurar este delito. Así la formulación normativa no puede ser neutra en tanto la persona sobre la cual se realiza el aborto necesariamente es una mujer. Sin embargo esta diferencia sólo está vista desde el punto de vista del cuerpo de la mujer como continente del feto o bien cuando la mujer se constituye en sujeto activo, momento en que es considerada en su totalidad de persona.

⁹⁹¹Hurst, Jane. La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica, una relación desconocida. Serie publicada por Católicos por el derecho a escoger.

Para los efectos jurídico penales en Chile la calidad de persona comienza en el instante de la concepción y termina con su muerte o con la autonomía de la vida, después del parto. "El feto comienza cuando el óvulo femenino es fecundado por el semen masculino en el vientre materno, o sea, cuando se encuentra en un cuerpo femenino un óvulo fecundado, y termina en el momento en que el feto se convierte en un hombre"⁹⁹².

El Código Penal plantea varias hipótesis para la comisión del delito de aborto que conjugan, por una parte la existencia o no de violencia en el cuerpo de la mujer, y por otra el consentimiento de ella para la realización del aborto, sea por ella misma o por terceros. Resaltaremos solo aquellas situaciones en las que la mujer enfrenta su soberanía de decisión sobre su cuerpo versus la criminalización que de ella hace la ley. Es allí donde se expresa más violentamente el aparato de control institucional sobre los cuerpos de las mujeres. En los casos en que hay violencia contra la mujer está claro que se trata de un atentado contra su voluntad y su persona.

El aborto con consentimiento (Artículo 342 N°3, Código Penal) es el menos grave de todos y consiste en que la mujer ha prestado consentimiento libre y válido para la realización del aborto. Es esta manifestación de voluntad la que le resta gravedad. Dentro de este tipo de abortos se distinguen las siguientes situaciones:

a) Aborto causado por la mujer embarazada (Artículos 342 N°3 y 344, Código Penal). Se trata de la penalización tanto del tercero que realiza el aborto y el de la mujer que consiente o realiza su propio aborto. De no existir el Artículo 344, la mujer debería ser sancionada como coautora. En esta figura es más reprobable la conducta de la mujer que la del tercero, en tanto la primera recibe una pena más alta. Ello aun cuando el que realiza la maniobra abortiva es un tercero que no es un facultativo (existe otra disposición para este caso). Es la disposición y soberanía que marca la mujer sobre su cuerpo la que no acepta el legislador dándole una pena levemente mayor.

b) La ley contempla en el Artículo 344 N°2 del Código Penal una figura privilegiada. Califica con menor pena a aquella mujer que comete aborto para ocultar su deshonor. ¿Cuál? La de estar embarazada fuera del matrimonio. Esta figura sólo tiene sentido en el contexto del tramado normativo que se teje y recae sobre la mujer, en materia penal. En efecto, el tema de la honra es el sustrato de la concepción de sexualidad y capacidad reproductiva de la mujer, desde una perspectiva en que ésta "es para o de otro, para un varón". Tal como en el origen histórico del infanticidio, la honra de la mujer se configura con relación a la del varón al que ella pertenecerá o pertenece. Sin duda, que en la lógica de la familia legal como único lugar legítimo para el ejercicio de la sexualidad reproductiva, la posibilidad del embarazo *ad later* del matrimonio o con anterioridad a éste, afecta la honra de la mujer. Sin embargo, que situaciones tales como, las condiciones económicas, el embarazo producto de una violación, o incluso aquel que realiza el facultativo para salvar la vida de la madre, no son aceptadas por la ley, da cuenta que la mujer debe ser controlada reproductivamente. Su capacidad de reproducir es manejada desde el espacio familiar constituido por el matrimonio y a través del Jefe de Familia.

La honra alude a "costumbres en materia sexual" y la deshonor a "hacer públicas las relaciones sexuales socialmente reprochables". La razón es el menosprecio respecto de las relaciones sexuales extra-matrimoniales de la mujer. Las variaciones a esta concepción, se entienden, son admitidas pues no se trata de la inmoralidad intrínseca de la relación sexual que da lugar al embarazo, sino de la reacción social. Se podría creer que los cambios en materia de

⁹⁹²Idem.

costumbres sexuales o la creciente autonomía sexual que las mujeres han ido ganando dejan en desuso este artículo del Código Penal, sin embargo se mantiene. Con ello se refuerza el peso simbólico de la ley, que por el solo hecho de estar escrita y vigente comunica mas allá del caso concreto al que se podría aplicar.

c) El aborto causado por el profesional (Artículo 345, Código Penal). Es una figura calificada que aumenta las penas por tratarse de un profesional que realiza la maniobra. El sujeto activo es el facultativo y la conducta punible tiene dos elementos: causar y cooperar. Este último puede ser coautoría o complicidad, así la propia norma eleva la calidad de la autoría y de la pena que le corresponde. El facultativo debe obrar "abusando de su oficio", es decir en su calidad de tal y su conducta no debe tener justificación. El consentimiento de la mujer no es suficiente para legitimar la intervención del facultativo. El aborto terapéutico estuvo regulado en el Código Sanitario hasta 1989, fecha en que se derogó. Durante su existencia este se ajustaba a las siguientes reglas: a) debería obedecer sólo a fines terapéuticos o curativos exclusivamente, es decir no cabe la eugenesia, ni por razones económicas, sociales, demográficas; b) debería cumplir fines terapéuticos curativos, la finalidad debe ser defender la vida o integridad corporal o salud de la madre; y c) el mal debería ser mayor que el causado para evitarlo. La vida del feto es más importante que la salud de la madre; más bien se plantea la vida del feto y de la madre. Por eso la ley ha estipulado penas distintas para el homicidio y el aborto; el aborto terapéutico es lícita para salvar la vida de la madre a costa de la vida del feto. En consecuencia deben concurrir la realidad o peligro inminente del mal que se teme y la inexistencia de otro medio menos perjudicial para evitarlo. Aunque restringido y entregado a terceros el aborto terapéutico presuponía la existencia de dos bienes jurídicos en conflicto, la vida de la madre y la del embrión o feto.

Se relaciona con esta figura la del infanticidio que presupone el nacimiento de un hijo/a o descendiente vivo para darle posterior muerte dentro de un plazo de 48 horas. Antes del nacimiento es aborto y después de las 48 horas es parricidio. Lo interesante es que el delito de parricidio está ubicado dentro del Código Penal entre aquellos delitos que atentan contra el bien jurídico vida o la integridad física de las personas, junto con el homicidio, las lesiones y el parricidio. Su ubicación reafirma la coherencia ideológica del aborto como atentado contra el orden de la familia. Más aún el infanticidio tiene en su origen histórico el móvil de ocultar el deshonor por parte de la mujer que ha parido, así también existe esta situación en el aborto. En un caso, sin embargo, estamos ante un delito que atenta contra la vida -el infanticidio- y, en el otro, ante un delito que atenta contra el orden de la familia, en particular contra aquel que impone a la mujer un rol único de madre.

En el caso del aborto los jueces asumen una actitud compasiva frente a las mujeres autoras del delito. De acuerdo al estudio de La Morada, factores de pobreza o de "deshonor" frente a la familia son comprendidos por los jueces quienes solicitan medidas que contribuyan a acreditar algún tipo de privación de conciencia o razón, como atenuantes que modifican la pena. En el caso del infanticidio es más evidente que los jueces, *a priori*, buscan atenuar la pena a través de circunstancias que aluden a trastornos síquicos post-parto, propios de la naturaleza femenina y de la tradición médica sexista. Aquí se trata en última instancia o de comprender la situación biológica de inferioridad de la mujer o de sublimar el rol materno hasta entender que una mujer pueda dar muerte a su hijo por la angustia de la sobrevivencia.

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del año 1984, señala:

debe estimarse que la reo con el propósito de ocultar su deshonor se provocó el aborto de que se trata si vivía en la casa de sus padres, era soltera, y aquellos

ignoraban la naturaleza de las relaciones que mantenía con su amante y en manera alguna aceptarían la maternidad que se avecinaba, procede en consecuencia sancionarla de acuerdo a la calificación que da el Código Penal.

Al mismo punto se refiere la sentencia del año 1989, al señalar que:

la enjuiciada M vive de allegada en la casa de su madre y padrastro, tiene un hijo de un poco más de un año y carece de medios para su sustento para ella y su hijo puesto que el padre de la criatura la abandonó, circunstancias todas que permitirán al tribunal favorecerla en la forma que prevé el inciso final del Artículo 344, al considerar que su actuar doloso iba destinado fundamentalmente a ocultar su deshonra.

La trama del derecho va mas allá de los delitos analizados para configurar el lugar de la subordinación en el cuerpo de la mujer. Esta es para el derecho penal chileno objeto de la sexualidad del varón y no sujeto de la propia en tanto no tiene cuerpo propio. Es susceptible permanentemente del control físico de éste para acceder a su cuerpo. Este control es legitimado a través del matrimonio, de ahí que deba ser regulado y castigado el acceso sexual a una mujer que no es la propia (violación y aborto). Complementariamente se asegura el dominio físico del varón jefe de familia sobre su mujer a través de la omisión jurídica de la violencia física y sexual al interior de la familia, combinada con una menor criminalización en el caso del incesto por tratarse de lazos familiares y de situaciones en el ámbito privado. Ante la eventual transgresión al mandato patriarcal por parte de las mujeres, se penalizan aquellas conductas que dan cuenta del ejercicio de autonomía reproductiva y de ruptura con el rol materno, es el caso del aborto y el infanticidio, si bien en ambos casos se vuelve a reponer la norma cuando el motivo es ocultar la deshonra.

Complementando lo anterior que opera sobre los ámbitos del dominio del varón sobre el cuerpo de la mujer, se penalizan conductas que atentan contra el poder del amo (parricidio) que luego se extiende a otros familiares trasladando, en el discurso, la relevancia a la familia pero que hasta iniciado el siglo eximía al marido de responsabilidad penal cuando mataba a su cónyuge ante el delito flagrante de adulterio. Familia y poder del varón sobre el cuerpo de las mujeres, finalmente, se fundan en un solo bien jurídico con una doble entrada, la protección de la familia para asegurar el poder del varón sobre la sexualidad y capacidad reproductiva de las mujeres (fusionados en uno sólo), y asegurar el poder del varón sobre los cuerpos de las mujeres a través de la familia.

V. ¿El Gatopardo o por la radicalidad en los cambios?

A partir de esta matriz se impuso en América Latina un orden social y familiar similar que durante buena parte del siglo XX coexistió contradictoriamente con el derecho a voto de las mujeres. Las fronteras entre lo público y lo privado no fueron traspasadas por las primeras reformas. Así podía darse la paradoja de que las mujeres votaran y a la vez que tuvieran que ser representadas judicialmente por sus maridos. Aquellas reformas que apuntaron a consagrar un espacio de autonomía económica para las mujeres dentro de la familia como lo fue/es el patrimonio reservado de la mujer casada o la derogación de la necesidad de autorización del marido para que trabajara en forma independiente fueron adecuaciones que no surgieron necesariamente de la lucha de las mujeres y si bien mejoraron sus condiciones de vida, no apuntaron a desmontar la trama jurídica del patriarcado.

Es con reformas como las de penalización de la violencia doméstica o la violación conyugal y en general los abusos sexuales a los que se ven sometidas diariamente las mujeres en todo el mundo, que empiezan a vislumbrarse nuevas posibilidades para el ejercicio y vigencia de sus derechos. La violencia de género ha sido la forma concreta en que los varones han controlado y subordinado a las mujeres y constituye un atentado tanto a la autodeterminación corporal y a la libertad sexual como a la integridad física y síquica de las mujeres. Además se violan otros de igual relevancia. "Entre otras cosas la violencia contra las mujeres afecta el derecho a la vida, a la libertad de la persona y su seguridad (Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); del derecho a no ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 5); de la igualdad ante la ley e igual protección de la ley (Artículo 7);del derecho a circular libremente (Artículo 13) y de la libertad de reunión y asociación (Artículo 20)"⁹⁹³.

En nuestros países las reformas y los actores sociales, en este caso mujeres, que las invocan suelen centrar su actividad reivindicativa en la ampliación o respeto de los derechos. Sin embargo, tan importante como la propuesta legal es, como hemos visto, asumir otras aristas del fenómeno jurídico, como analizar las leyes procesales y las prácticas jurídicas de los operadores del derecho frente a este tipo de situaciones. Así frente a un avance legislativo será necesario revisar todo su itinerario para evitar que en otros tramos o niveles, dicha ley o propuesta tenga, a pesar de las buenas intenciones y la justicia de las reivindicaciones, un resultado discriminatorio para las mujeres. En el campo de los bienes jurídicos por ejemplo, está claro que situar los delitos de violación, incesto, abusos deshonestos y aborto bajo la protección del bien jurídico de la familia y la moralidad pública es un anacronismo. En la actualidad se los suele reconocer como delitos que atentan contra la libertad sexual, así lo hace el actual proyecto de reforma sobre delitos sexuales que se impulsa en Chile. Cabe hacer al respecto algunas precisiones para que los cambios no sean los del Gatopardo, sino que logren desmontar los dispositivos del dominio masculino.

La primera de ellas, por ejemplo, es que dentro de las opciones posibles para el cambio del bien jurídico estaban tanto el de la libertad sexual como el de la integridad física y síquica. Optar por la libertad sexual sitúa los atentados dicha libertad en el campo del consentimiento, es decir los delitos se configuran por sobretodo al ir contra o en ausencia de la voluntad de una persona. Por ende, en el campo de la prueba debiera esperarse algún correlato con el bien jurídico protegido que finalmente se basa en el ejercicio voluntario, en la aptitud o voluntad para el ejercicio de la sexualidad más que en la merma física o síquica que un abuso sexual produce. No cabe que en los procesos penales por este tipo de delitos la prueba fáctica de la lesión en el cuerpo de la mujer sea la única junto con el resto de semen (en el caso de violación) que determina la existencia del delito. Si el bien jurídico protegido fuera la integridad física y síquica y este tipo de delitos se ubicara junto con los de lesiones, homicidio, etc. es en ese deterioro físico o síquico que se configura el delito y por ende se entiende que apunta más al resultado de la acción delictiva que al ejercicio mismo de la acción. En este sentido, y a pesar de que se ha dicho que la asignación del bien jurídico no afecta el ejercicio jurisdiccional, nos atrevemos a plantear el tema al revés. La preferencia por un bien jurídico no sólo marca las opciones ideológicas de una sociedad sino que obliga a analizar el impacto que tiene en el ámbito del quehacer judicial. ¿El que una mujer se desnude delante de un varón y no consienta

⁹⁹³Rico, Nieves. Violencia de género: un problema de Derechos Humanos. Serie Mujer y Desarrollo N°16, CEPAL.

en sostener algún tipo de intercambio sexual, bastará para que el juez confirme el derecho que ésta tiene a disponer de su autonomía sexual?

¿Y entonces de que libertad sexual se habla? Hasta ahora la libertad sexual resulta compatible con la violencia sexual que se ha ejercido contra las mujeres. En efecto, si la mujer se encuentra subordinada al varón en tanto su sexualidad y reproducción, si se verifica en el matrimonio espacio en el que este es Jefe, si ésto legitima el uso de violencia física de parte del cónyuge varón sobre sus subordinados, si la violación dentro del matrimonio no se considera delito, ¿quien ha sido el titular de la libertad sexual? Más aún, ¿cómo se legisla para que esta libertad sea ahora un campo legítimo de acción para las mujeres?

En el campo normativo el cese de la violencia de género al interior del hogar junto con reformas que apunten a devolverle a las mujeres su autonomía en materia económica, social y jurídica son pasos relevantes que permiten configurar las relaciones entre hombres y mujeres de forma distinta. La despenalización de la homosexualidad y la posibilidad de que de acuerdo a la ley civil puedan constituirse en familia amplía el rango de diversidad entre los integrantes de la familia no haciendo de la heterosexualidad el pre-requisito de la dominación de género sino una opción voluntaria. Finalmente y para reponer la titularidad sobre sus cuerpos en las mujeres, la despenalización del aborto es otro de los pilares de la vindicación feminista. En efecto, es así como en este campo se da lugar a la relación entre pares diferentes que parten de sus autonomías y soberanías corporales para el ejercicio de sus libertades. En el campo normativo procedimental hacen falta adecuaciones que den cuenta de la naturaleza de las relaciones de género y del impacto que la ley tiene sobre las mujeres cuando no las considera.

Un punto relevante además de los avances en materia de inversión de la carga probatoria, es la consagración de un principio de no discriminación de género como parámetro de interpretación de los jueces. Este principio existente en el ámbito internacional y por tanto, en aquellos países en los que los tratados y convenciones son parte de la legislación, debe ser aplicado. Un paso mas allá es la incorporación de este principio en el ámbito específicamente procesal, asimilable en su operacionalidad al principio *pro reo*. Ello impediría que los jueces aplicaran, en casos en los que está en juego la autonomía sexual y reproductiva, los prejuicios de género y el sexismo que, como parte de la cultura, reflejan en sus expresiones y resoluciones judiciales. A ello hay que sumar una buena dosis de formación y capacitación en análisis de género, derechos de las humanas, etc. En definitiva el tramado normativo sólo se desarticula apuntando a los nudos ideológicos en todos los niveles de operacionalidad del fenómeno jurídico y desde un análisis de género y de derechos humanos que ubique en el centro las relaciones de respeto y cuidado mutuo.

CULMINACION DE LA VIOLENCIA DOMESTICA: MUJERES QUE ASESINAN A SUS PAREJAS - DEFENSAS PENALES POSIBLES

Luz Rioseco Ortega

Introducción

La violencia doméstica constituye una de las manifestaciones más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros y se basa en el abuso del poder socialmente asignado a los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones íntimas⁹⁹⁴. Es un problema cultural complejo, multidimensional y de gran magnitud que viven las mujeres de todas las culturas, incluida la latinoamericana⁹⁹⁵. Cualquier esfuerzo encaminado hacia la erradicación, prevención y tratamiento de la violencia doméstica debe asumir un enfoque integral del fenómeno, es decir, contemplar las aristas legales, psicológicas, antropológicas, sociales y políticos para que sea eficaz.

Desde el punto de vista jurídico, la violencia doméstica también exige un enfoque distinto que vaya más allá del tratamiento aislado dentro del derecho y en particular de una rama del mismo. La violencia doméstica es un problema que rompe las clasificaciones tradicionales de las ramas del derecho en tanto centra su enfoque en un sujeto específico, las mujeres violentadas, y las consecuencias que dicha violencia acarrea en todos los ámbitos de sus vidas.

Al igual que otras situaciones que afectan a las mujeres, la víctima de la violencia doméstica ve transgredidos diversos derechos en relación a: su integridad física y psicológica y su libertad (derecho penal), su patrimonio y su estado civil (derecho civil), sus relaciones familiares (derecho de familia y menores), sus relaciones laborales (derecho laboral), el derecho a no ser discriminada y vivir una vida sin violencia (derecho internacional de los derechos humanos), etc. Así, la violencia doméstica no es una materia que pertenezca a un ámbito del derecho y por el contrario es parte de todos los ámbitos del mismo.

Por otra parte, el derecho no puede continuar operando desde el aislamiento ante fenómenos que afectan tan directa y delicadamente la vida de los seres humanos, en este caso de las mujeres. Necesariamente debe vincularse a otras disciplinas del saber que le proporcionarán herramientas para entenderlos y, por tanto, para abordarlos más eficientemente. En este caso, desde la psicología por ejemplo, y con la teoría del Síndrome de la Mujer Agredida, el derecho penal se nutre de una serie de elementos para entender el comportamiento de las mujeres que sufren violencia doméstica prolongada y severa, producto de la cual terminan asesinando a su pareja agresora.

En América Latina la visibilización del fenómeno de la violencia doméstica es uno de los grandes logros de los movimientos feministas y de mujeres. A ello se suma un conjunto de iniciativas que van desde reformas legislativas, procesos de sensibilización y de capacitación, que se han hecho eco que la violencia es un problema social, un problema de poder, un

⁹⁹⁴Todos los estudios indican que el 95% de las víctimas de violencia doméstica son mujeres. Cáceres, Ana; Rioseco, Luz y otros. *Violencia Intrafamiliar: Perspectiva Psicosocial y Jurídica*. Instituto de la Mujer y Sernam, Chile, 1996. Para nuestra aproximación y conceptualización de la violencia doméstica, ver *Mediación en casos de Violencia Doméstica*, en este mismo texto en el Capítulo de Derecho de Familia

⁹⁹⁵Para cifras en la materia en América Latina y el Caribe, ver Duque, Isabel. *Datos sobre Violencia en contra de las Mujeres y las Niñas en América Latina y el Caribe*. Isis Internacional, Santiago, Chile, junio 1998.

problema de desarrollo y un problema de derechos humanos que debe ser abordado con eficacia si lo que se busca es la plena incorporación de la mujer en todos los ámbitos de la vida.

En la actualidad, en la mayoría de los países de América Latina se cuenta con leyes especiales o reformas en los códigos que regulan y sancionan la violencia doméstica. Sin embargo, estos avances no son suficientes para permear profundamente el derecho y a su aparato judicial. En efecto, se trata de cambios que se sitúan en el plano normativo del derecho y que descuidan otros componentes del fenómeno jurídico que inciden en el resultado final del abordaje de la violencia. Así por ejemplo, la explicitación penal del delito de violencia doméstica, si no es acompañada por cambios en el campo procesal y por criterios que ayuden a interpretar las nuevas normas, tenderá a reproducir una cultura discriminatoria contra las mujeres, cultura que a su vez es parte del fenómeno jurídico en tanto sistema de regulación de las relaciones entre los sexos.

Los jueces, y en general los operadores jurídicos, siguen aplicando una serie de prejuicios y supuestos que tienen como base la justificación de dicha violencia por parte de los varones. Estos argumentos justificatorios ponen el acento principalmente en el carácter patológico de las mujeres y en su responsabilidad en el inicio de un ciclo de violencia. También se apela a la inferioridad de las mujeres para entender porque no huyen del agresor. Así por ejemplo, muchas de nosotras/os hemos escuchado decir que “Las mujeres que actúan violentamente, en especial contra personas cercanas, son monstruos o enfermas mentales” o bien que “Las mujeres provocan la violencia doméstica o la piden”. También se escucha que “Las mujeres no son racionales sino que sólo emocionales” o que “Las mujeres que soportan ser maltratadas por sus parejas son enfermas, si no se separarían”.

Desde una perspectiva jurídica de género las historias de violencia sufridas por mujeres, sus frustradas peticiones de ayuda a la policía o a los tribunales, el daño que dicha violencia les ha provocado a nivel emocional y el deterioro de su calidad de vida configuran un panorama que da cuenta de un conjunto de mujeres que matan a sus agresores arrastradas a una situación límite de defensa de sus vidas.

En efecto, una mujer maltratada ha visto denegado sistemáticamente un conjunto de derechos evidenciando así una falla en el sistema de protección de los mismos. Cuando una mujer maltratada llega a asesinar a su pareja agresora es, en parte importante, porque la respuesta institucional ha sido precaria, es decir, ha sido insuficiente o incapaz de prestar el apoyo requerido tanto para su contención como para la restitución del ejercicio y vigencia de sus derechos. En este sentido, los Estados tienen un importante rol que cumplir en tanto, de acuerdo con la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra las Mujeres⁹⁹⁶ corresponde a éstos construir un engranaje institucional eficaz en los diferentes ámbitos que compromete el problema (incluido el jurídico).

Las cifras nos muestran que el asesinato de las parejas agresoras cometido por las mujeres que han sufrido violencia no es un problema aislado. En los Estados Unidos y Canadá existen una serie de estudios que nos señalan que la gran mayoría de las mujeres encarceladas por asesinato lo están por matar a sus parejas. Por ejemplo, una investigación realizada en una prisión en Alabama, Illinois muestra que de un total de 4.432 mujeres

⁹⁹⁶En relación a obligaciones de los Estados en materia de violencia doméstica, ver artículos 7 y 8 de la Convención (conocida como la Convención de Belem do Pará). Para doctrina, ver Cook, Rebecca. Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales. Profamilia, Bogotá, 1997.

condenadas por homicidio, entre 1980 y 1984, el 73,5% lo fueron por asesinar a sus parejas⁹⁹⁷. Un estudio realizado en Canadá muestra que de un total de 948 mujeres condenadas por asesinato, entre 1961 y 1983, el 64% lo fue por matar a sus parejas⁹⁹⁸.

En los Estados Unidos hay aproximadamente 40.000 mujeres encarceladas y un 5% es por asesinar a sus maridos, ex maridos, novios o convivientes. Y de éstas a lo menos el 45% era abusada por la persona que mataron⁹⁹⁹.

Las mujeres víctimas de violencia que asesinan a sus parejas, se enfrentan a problemas de discriminación de género acentuados por el desvalor social de haber asesinado a su pareja. En efecto, a la falta de respeto por la privacidad y discreción de sus declaraciones, la carencia de una defensa que asuma integralmente y desde una perspectiva más amplia el hecho por el que se la enjuicia, la minimización de la violencia como antecedente, se suma el desconocimiento de un marco social y cultural que determina relaciones de subordinación de las mujeres hacia los hombres, más aún que condiciona la existencia de las mujeres a una relación jerárquica y dependiente de los hombres en la que la violencia es el punto más algido de dicho tipo de relación. Más aún, toda una gama de prejuicios por parte de los(as) jueces(as) y otros(as) funcionarios(as) judiciales como de los(as) abogados(as) defensores(as) y gendarmes frente al problema de la violencia y sus consecuencias para la vida de las víctimas no hacen sino empeorar la situación y contribuir a mantener el estado de las cosas.

Con el presente documento pretendo aportar a la reflexión sobre la expansión de las opciones de defensa de aquellas mujeres que matan a sus agresores bajo los efectos del Síndrome de la Mujer Agredida, y así contribuir a igualar el derecho de estas mujeres a un juicio justo y brindarles igualdad de oportunidades para presentar una efectiva defensa.

En el capítulo primero se plantea el problema y se desarrolla la teoría del Síndrome de la Mujer Agredida (SMA), con los elementos necesarios para comprender por qué una mujer puede llegar a matar a su agresor, los que servirán posteriormente para construir una defensa jurídica. Se explicitan también las críticas y posturas alternativas a ésta teoría a fin de que no se entienda que el SMA es la panacea, sino sólo una posibilidad dentro de otras y que la postulamos preferentemente por las razones que se exponen en la parte pertinente.

El segundo capítulo muestra primeramente como se ha utilizado en los Estados Unidos la teoría del SMA como fundamento de defensas legales de mujeres que han asesinado a sus parejas agresoras. Luego, se desarrollan algunas de las diversas posibilidades que nos brinda el derecho penal en América Latina para esta defensa, a la luz de los conceptos de la teoría del SMA. Se trata la legítima defensa, la no exigibilidad de otra conducta, el delito permanente, la privación de razón y la fuerza irresistible o miedo insuperable, en forma amplia y general, de manera que no sea necesario distinguir de acuerdo a las diferencias legales de cada país.

Finalmente, se plantean algunas estrategias complementarias, que nos parecen útiles para obtener un buen resultado en la defensa de las mujeres que matan a sus parejas agresoras bajo los efectos del síndrome.

⁹⁹⁷Hazlett y Tomlinson, 1988, citado en Comarae Richey Mann. *When Women Kill*. State University of New York Press, 1996.

⁹⁹⁸Silverman y Kennedy, 1987, citado en Comarae Richey Mann, op. cit.

⁹⁹⁹Estadísticas entregadas por la *National Clearinghouse for the Defense of Battered Women*. Philadelphia, en American Bar Association. *Defending Battered Women in Criminal Cases*. Section of Criminal Justice and the Division for Professional Education. Estados Unidos, 1992.

I. Síndrome de la Mujer Agredida (SMA)

1. Presentación del problema que enfrentan las mujeres que matan a sus agresores

¿Qué puede llevar a una mujer a asesinar a la persona que amaba y con la cual compartía su vida, en la mayoría de los casos padre de sus hijos(as)? Las razones tienen que ser muy poderosas, si consideramos que el asesinar a otro ser humano es una acción (u omisión) muy extrema, excepcional, fuera del repertorio conductual de la mayoría de las personas y con consecuencias muy graves de diversa índole (psicológicas, jurídicas, familiares, laborales, sociales, económicas, etc.).

Una de las respuestas posibles a este tipo de comportamientos se encuentra en el hecho de que estas mujeres en un alto porcentaje han sido víctimas de violencia severa por un tiempo prolongado por parte de su parejas. Habrá quienes sostengan que ésta no es una respuesta válida ante alternativas como irse del hogar común, poner fin a la relación, denunciar al agresor, solicitar protección policial, etc. Otros sostendrán que estas mujeres podrían haber tenido un comportamiento activo y no pasivo durante la agresión, esto es, enfrentarse al agresor o defenderse de la violencia, que supuestamente causó la "reacción homicida". Pero ambas habrán desconocido que este tipo de relaciones se da en un contexto específico que opera con lógicas distintas según se trate de hombres o de mujeres, esto es, la realidad de género impide analizar este tipo de situaciones con un mismo parámetro. Por ejemplo, se estará desconociendo la desproporción de fuerzas entre hombres y mujeres o la dinámica de la violencia doméstica y sus efectos.

Sin embargo, han emergido otras voces que sostienen que matar al agresor hombre después de un largo período de violencia puede y es una respuesta válida. Se basan para ello en la comprensión del problema de la violencia doméstica y su carácter cíclico¹⁰⁰⁰ y en particular, en los efectos físicos y psicológicos que puede llegar a causar el Síndrome de la Mujer Agredida. Reconocen también la falta de respuestas institucionales a las víctimas y entienden que hay muchas y complejíssimas razones para que una mujer que es maltratada por su pareja no salga de esa relación, no obstante ser brutalmente agredida. Comprenden, en definitiva, que ella puede llegar a matar a su agresor convencida de que ésta es la "única" forma de poner fin a dicha violencia y no ser ella la asesinada.

En Estados Unidos, por ejemplo, la magnitud del problema ha llevado a la creación de un movimiento por la clemencia de las mujeres recluidas por el asesinato de sus parejas/agresores. Para dicha organización el sistema ha fallado en la protección de los derechos de las mujeres agredidas y por esta falencia reclaman un trato especial y reparatorio¹⁰⁰¹.

Son múltiples y complejas las razones que llevan a las mujeres a permanecer en una relación abusiva, desde motivaciones personales hasta sociales e institucionales.

Entre las personales se encuentran aquellas que evidencian el tipo de relación entre hombres y mujeres en culturas sexistas. Así, las mujeres aman a su pareja aún cuando las agrede y permanecen en la relación abusiva porque a cada episodio violento le sigue la fase de

¹⁰⁰⁰Para Teoría del Ciclo de la Violencia, ver Walker, Leonore. *The Battered Woman*. Harper Colophon Books, New York, 1979. Ver también Ferreira, Graciela. *La Mujer Maltratada: Un Estudio sobre las Mujeres Maltratadas*. Sudamericana, Bs. As., 1989.

¹⁰⁰¹Wilkerson, Isabel. "Clemency Granted to 25 Women Convicted for Assault or Murder", *N.Y. Times*, Dec. 22, 1990.

“luna de miel”¹⁰⁰². Asimismo, la dependencia económica y emocional impide que busquen alternativas fuera del hogar común y muchas mujeres carecen de un lugar al que acudir en la eventualidad de que se separen. Se trata de mujeres que carecen de redes personales¹⁰⁰³ e institucionales¹⁰⁰⁴ a las cuales acudir y generalmente son mujeres que tienen referentes de violencia en su infancia (padre golpeador de la madre e hijos/as). Se trata, como hoy sabemos, de mujeres que tienen una autoestima tan deteriorada que se sienten incapaces de tomar una decisión y de enfrentar sus consecuencias, por ejemplo, de la decisión de separarse. Saben que cualquier intento de separación fallida implica mayor violencia, y en definitiva sufren del Síndrome de la Mujer Agredida.

Dentro de las razones de tipo social que pesan en las mujeres para permanecer en este tipo de relaciones se encuentra fundamentalmente el que el lugar de las mujeres es el familiar, con su marido o conviviente. La sociedad se encarga de sancionar la separación y en especial a las mujeres que lo hacen porque va contra el estereotipo de género.

Hay también razones de índole institucional que impiden a las mujeres terminar con una relación violenta. Entre ellas, el hecho de que hayan solicitado ayuda policial, judicial etc. y la respuesta no haya llegado implicando más riesgo a sus vidas, o bien la falta de difusión y conocimiento de que existen posibilidades y alternativas institucionales para el tratamiento y prevención específica de este tipo de violencia, aún muy nuevos en América Latina.

En aquellos países de más difusión sobre este tipo de alternativas también existen factores inhibidores de comportamientos distintos en las mujeres. Estos factores incluyen: el hecho de que el número de agresores encarcelados sea muy bajo; el alto porcentaje de agresores que, luego de ser obligados a asistir a una terapia, vuelven a reincidir; la falta de asignación de los recursos financieros necesarios para la implementación de servicios que prevengan este problema, que protejan a las víctimas, que lleven adelante juicios expeditos y poco onerosos y que rehabiliten a los agresores; o la ausencia de mecanismos de indemnización a las víctimas.

Con este marco como referencia y con una violencia *in crescendo* en intensidad y frecuencia, podemos entender por qué la mujer llega, en una situación límite, a dar muerte o intentar asesinar a su pareja agresora. Este entendimiento no implica la aceptación pasiva de una muerte, sino que muy por el contrario, nos lleva con mayor urgencia a continuar en la búsqueda de caminos para la erradicación de la violencia doméstica, causante última de dicha muerte.

La experiencia sistematizada en diferentes organismos e instituciones de tratamiento de las mujeres violentadas indica que enfrentada a este tipo de situaciones extremas éstas inconscientemente oscilan entre los siguientes comportamientos:

< Ven como única forma de poner fin al abuso la muerte de su agresor, y la planean.

¹⁰⁰²Walker, op. cit.

¹⁰⁰³Las redes personales, como familiares y amigos, se van perdiendo por el proceso de la violencia ya que la víctima se aísla cada vez más como exigencia del agresor, como forma de ocultar lo que le pasa, o porque aquellos intentaron ayudarla algunas veces para que se separara de su agresor y como ella regresó con él, ellos se alejaron, desconociendo la dinámica y el ciclo de la violencia.

¹⁰⁰⁴Las redes institucionales, -esto es, aquellos organismos que prestan diversos tipos de servicios que pueden serle útil a una mujer víctima de violencia doméstica, por ejemplo, municipios, ONGs, consultorios de salud, etc.- a veces no existen o si existen no son especializadas y no brindan el apoyo que una mujer maltratada necesita, o ella no las conoce, o la mujer acudió en algunas oportunidades a algunas instituciones en busca de ayuda y protección pero no la recibió. Esto junto con las dificultades que el agresor puede ponerle para salir del hogar, hacen que ella no acceda o se vaya alejando de estas redes.

- < Actúan espontáneamente ante el terror y pánico que les produce una agresión anunciada, que saben será peor que la anterior. Antes del episodio de violencia o luego de éste, lo asesinan “por la espalda” o mientras duerme ya que han experimentado la diferencia de fuerzas con el hombre y saben que no tendrán posibilidad de “éxito” en un enfrentamiento.
- < Responden con agresividad durante el episodio de violencia, de acuerdo a sus posibilidades de fuerza, esto es en mucho casos, golpeando con un objeto o usando algún utensilio de cocina como arma o aprovechando que su abusador se encuentra bajo los efectos del alcohol y/o drogas.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰⁵No consideraremos los casos de alteración psiquiátrica, ya que se escapan a los objetivos de este trabajo.

2. Teoría del Síndrome de la Mujer Agredida

El “Síndrome de la Mujer Agredida o Maltratada” es un concepto acuñado por la profesora norteamericana Leonore Walker en 1984 en su libro *Battered Women Syndrome*¹⁰⁰⁶ y desarrollado con más detenimiento en 1992, en su obra *Battered Women Syndrome and Self Defense*¹⁰⁰⁷. Lo elaboró a partir de un estudio de 120 mujeres a las cuales les hizo detalladas entrevistas y de un análisis de fragmentos de historias de 300 mujeres víctimas de violencia por parte de sus parejas¹⁰⁰⁸.

Este síndrome es considerado una subcategoría del Trastorno por Stress Post Traumático que consiste en “un conjunto de pensamientos, sentimientos y acciones que lógicamente siguen una espantosa experiencia que uno espera que se pueda repetir”¹⁰⁰⁹.

El Trastorno por Stress Post Traumático, es un desorden en la ansiedad, universalmente reconocido por la comunidad psicológica. Las personas que lo padecen, y por tanto quienes viven el SMA, experimentan tres grupos de síntomas, cada uno de los cuales puede ir acompañado por cambios neuroquímicos y físicos. Estos grupos son¹⁰¹⁰:

- < Disturbios cognitivos, incluyendo recuerdos invasivos repetitivos y flashbacks, que causan que la mujer maltratada experimente nuevamente fragmentos de incidentes agresivos anteriores, incrementando y alterando con ésto su percepción de peligro y suinminencia.
- < Síntomas de alto nivel de excitación o ansiedad, que le provocan a la mujer maltratada alteración en su sistema nervioso, aprensividad e hipervigilancia, afectándole su estimación de las acciones necesarias para protegerse.
- < Síntomas de invalidación, incluyendo depresión, negación, minimización y represión, comunmente llevando a la mujer al aislamiento y a la no visualización de sus propias necesidades como persona.

Aplicando lo anterior al caso específico de las mujeres maltratadas por sus parejas, ellas vivirían una serie de importantes trastornos emocionales, de los cuales los que se evidencian más claramente son: “angustias, miedos y terrores, indefensión, apatía, pasividad, bloqueos mentales, resignación, ideas y tentativas suicidas, cambios bruscos de humor y depresión, acompañados de deterioro de la personalidad y minusvaloración”¹⁰¹¹.

Entre los “trastornos psicosomáticos más frecuentes encontramos: cefaleas, úlceras, alteraciones del sueño, anemia, inapetencia, hipertensión”¹⁰¹², bulimia, colon irritable y en general dolores en diversas partes del cuerpo. Además, las mujeres bajo el Síndrome “se sienten responsables por la conducta del agresor y niegan la rabia que sienten hacia él”¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁶Walker, Leonore. *Battered Women Syndrome*. Springer, New York, 1984.

¹⁰⁰⁷Walker, Leonore. *Battered Women Syndrome and Self Defense*. 6 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y (1992).

¹⁰⁰⁸Nuestra experiencia de trabajo interdisciplinario con víctimas de violencia doméstica, en el Centro de Atención Psicológica y Legal a la Mujer Maltratada de la Municipalidad de Conchalí (Santiago, Chile, 1991-1993) y en el Instituto de la Mujer (Santiago, Chile, 1991-1993 en forma continua, 1994-1997 esporádicamente), nos confirma que aquellas mujeres que habían vivido o estaban viviendo maltrato severo por muchos años, se encontraban afectadas en mayor o menor medida por el Síndrome de la Mujer Maltratada que describe Leonore Walker.

¹⁰⁰⁹Walker, *Battered Women Syndrome and Self Defense*, op. cit.

¹⁰¹⁰Walker, *Battered Women Syndrome*, op. cit.

¹⁰¹¹Cáceres, Ana y Baloian, Ignacio. Efectos de la violencia doméstica, en *Violencia Intrafamiliar: Perspectiva Psicosocial y Jurídica*. Instituto de la Mujer y Sernam, Chile, 1996.

¹⁰¹²Idem.

¹⁰¹³McClure, Sue E. *The Battered Woman Syndrome and the Kentucky Criminal Justice System: Abuse Excuse or Legitimate Mitigation?* 85 Ky. L. J. 169 (1997).

A lo anterior debemos sumar lo que algunas autoras han denominado la “cultura del maltrato”¹⁰¹⁴ dentro de la cual se encuentra envuelta la pareja. Esta cultura comprende varios elementos, pero para los efectos del presente trabajo, sólo consideraremos lo que dice en relación con la comunicación en la pareja. Así, en toda relación de pareja, con violencia o no, existe una cultura, es decir, “cierta información y conocimiento compartido codificado en sistemas de símbolos”¹⁰¹⁵. A través de la interacción cotidiana y de la historia compartida cada pareja desarrolla formas de comunicación muy particulares, como frases, gestos, palabras, bromas privadas, tonos de voz, tocaciones, etc., que son misteriosas o no detectables para otras personas pero con muy claros significados para la pareja.

Así, para una mujer que vive violencia, un guiño, una mirada, un gesto que le dirija su agresor constituyen avisos o advertencias que le permiten prever que la agresión está cerca. Por tanto, para una mujer que está viviendo el SMA son una amenaza muy fuerte ya que siente que no podrá hacer nada para evitarla.

Graciella Ferreira, por su parte, también plantea la existencia del SMA, señala: “Los abusos sobre el cuerpo, la vida, la integridad psicológica y la libertad, en el caso de las mujeres, generan el “Síndrome de la Mujer Maltratada”, esto es, un conjunto de síntomas que coinciden con los efectos tipo “campo de concentración”¹⁰¹⁶.

Además, “como las víctimas de maltrato son mantenidas en el aislamiento, su vida social se va reduciendo a su mínima expresión, sin amistades y sin vínculos familiares. Puede darse también abandono del trabajo. En el área de las habilidades interpersonales se van haciendo cada vez más hipoasertivas. Las degradaciones, castigos, amenazas, humillaciones y manipulaciones a las que son expuestas las conducen a la vulnerabilidad extrema y a la precariedad existencial”¹⁰¹⁷.

Leonore Walker basó su teoría del SMA en dos importantes conceptos¹⁰¹⁸: la Teoría del Desamparo Aprendido y la Teoría del Ciclo de la Violencia.

El “desamparo aprendido” es una suerte de parálisis psicológica que la mujer maltratada vive y que contribuye a que ella permanezca en la relación abusiva. Es una teoría psicológica del aprendizaje, que señala que la mujer luego de recibir repetidamente maltrato, empieza a percibir que ella no puede controlar la situación de abuso¹⁰¹⁹.

Producto de lo anterior, empieza a operar una sensación de desamparo en la mujer, la cual ha ido aprendiendo con la repetición de las agresiones físicas y/o psicológicas, y como efecto la percepción se transforma en realidad y ella empieza a actuar pasiva, sumisa y desamparadamente. De manera que disminuye en ella la motivación de respuesta y cambia su habilidad cognitiva para percibir los hechos en una relación. Ella no cree que su comportamiento pueda influir en la detención de la violencia en su contra; ella no puede pensar

¹⁰¹⁴Fischer, Karla; Vidmar, Neil; y Ellis, Rene. The Culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases, en Southern Methodist University Law Review. Verano, 1993. Traducido por la autora.

¹⁰¹⁵Ferreira, Graciella. La Mujer Maltratada: Un Estudio sobre las Mujeres Maltratadas. Sudamericana, Bs.As., 1989.

¹⁰¹⁶Idem.

¹⁰¹⁷Idem.

¹⁰¹⁸Walker, Leonore. The Battered Woman. Harper Colophon Books, New York, 1979.

¹⁰¹⁹Toffel, Hope. Crazy Woman, Unharmed Men, and Evil Children: Confronting the Myths about Battered People Who Kill their Abusers, and the Argument for Extending Battering Syndrome Self-Defenses to All Victims of Domestic Violence. 70 S. Cal. L. Rev. 337 (1996).

en alternativas y siente que es incapaz y demasiado estúpida para aprender cómo cambiar la situación¹⁰²⁰.

En cuanto al segundo concepto, es necesario precisar que la violencia no ocurre en forma permanente en la mayoría de las relaciones de pareja. Existe un ciclo predecible que a lo menos consta de tres fases:¹⁰²¹ acumulación de tensión, episodio violento y arrepentimiento o luna de miel forzada.

El carácter cíclico de la violencia doméstica y cada una de sus etapas, nos permite explicarnos por ejemplo, por qué la mujer permanece en la relación abusiva y nos deja ver que los agresores también se ven afectados por la violencia, que durante la fase de tensión el nivel de stress para la mujer es muchas veces tan insoportable que empieza a desear que la violencia venga de una vez para acabar con esta etapa, lo cual se confunde con los mitos de que a las mujeres les gusta que les peguen o que ellas provocan al agresor, etc.

Con el paso del tiempo, la fase de tensión se va agudizando y ocurriendo con menos intervalo de tiempo; y la fase de arrepentimiento se va acortando y con ello perdiendo su carácter reforzador de la permanencia en la relación abusiva. Muchas mujeres maltratadas terminan su relación con el agresor cuando se da este cambio en el ciclo.¹⁰²²

3. Relación del Síndrome de la Mujer Agredida con el asesinato a los agresores por parte de sus víctimas mujeres

Muchas mujeres que viven el SMA no llegan a matar a sus agresores, pero algunas en cierto momento experimentan un “momento crítico” cuando la violencia las hace sentir amenazadas en su ser físico o social o en ambos. El punto crítico puede llegar cuando hay una señal de aumento en la severidad del abuso, cuando el abuso se hace visible para terceras personas que cuestionan la negación, la racionalización o la minimización de la violencia por parte de la mujer, o cuando la tercera fase del ciclo -de arrepentimiento- empieza a acortarse cada vez más o a desaparecer del todo.¹⁰²³

Es en este momento que la mujer pasa del desamparo aprendido a un estado de “propia victimización”, en el cual concluye que las alternativas son o hacerse valer a sí misma o ser asesinada. Para algunas víctimas, ésto significa ser capaces finalmente de dejar a su agresor; para otras es permanecer en la relación y sufrir varias formas de “muerte psicológica”; y para algunas pocas ésto implica matar a sus agresores.¹⁰²⁴

De acuerdo a una serie de estudios comparativos entre mujeres maltratadas que asesinan a sus agresores y las que no, las primeras tendrían en común: haber sufrido abuso más frecuente, más severo y más prolongado, que otras mujeres maltratadas; tener menos habilidad para sustentarse a sí mismas y para escapar de su situación; tener hijos(as) que

¹⁰²⁰Walker, Battered Women Syndrome, op. cit.

¹⁰²¹Para Teoría del Ciclo de la Violencia, ver Walker, The Battered Woman, op cit.; Ferreira, op. cit.

¹⁰²²Walker, Leonore; Thyfault, Roberta; y Browne, Angela. Beyond the Jurors: Battered Women. Vermont Law Review, Estados Unidos, 1982, págs. 1-9.

¹⁰²³Johnson, John y Ferraro, Kathleen J. The Victimized Self: The Case of the Battered Woman, in The Existential Self in Society. J. Kotarba & A. Fontana, Eds. Estados Unidos, 1984.

¹⁰²⁴Idem.

también son abusados por sus agresores; y tener más probabilidades de vivir en un ambiente en que hay un arma presente y en que el agresor abusa del alcohol u otras drogas.¹⁰²⁵

La mujer que está viviendo el SMA llega a creer, en el momento crítico, muy honestamente que la muerte de su agresor es la única forma de detener la amenaza y el inminente daño o muerte de ella que implica el próximo episodio de violencia. La mujer está segura de que será asesinada por su pareja, pero no sabe exactamente cuándo. Ella vive en un estado de terror constante. De manera que, para ella, especialmente cuando el ciclo de la violencia va en escalada, el daño siempre es inminente¹⁰²⁶.

La experiencia de la violencia en forma prolongada afecta las percepciones del peligro, su inminencia y la decisión sobre qué acciones son necesarias para protegerse¹⁰²⁷, de manera que no puede aplicarse a estas mujeres el mismo standard de racionalidad ni el mismo concepto de inminencia que a una persona que no está bajo los efectos del SMA.

4. Críticas al SMA y otras teorías

a) Críticas a la teoría del SMA o a su utilización en las cortes

El amplio y vago marco en que se ha estado usando el concepto de SMA ha generado una serie de críticas en su contra. Las principales críticas que se le formulan son¹⁰²⁸:

- < En cuanto a su denominación, SMA, se señala que es inexacta y engañosa ya que tiene una connotación patológica que sugiere que la mujer maltratada sufre de una enfermedad. Un síndrome es definido como un número de síntomas que ocurren al mismo tiempo y caracterizan a una determinada enfermedad. Si bien no está presente la idea de enfermedad mental, la connotación de enfermedad está presente en la palabra síndrome. Esta palabra cambia el centro del problema desde la racionalidad hacia la capacidad mental de la mujer.
- < El SMA no refleja las diversas realidades de las mujeres maltratadas. No existe un solo síndrome que la mujer maltratada desarrolle. Las experiencias de las mujeres maltratadas, psicológica y/o físicamente por sus parejas, si bien tienen elementos comunes, son diversas y muy complejas. De manera que no podemos pretender aplicar a todos los casos el mismo modelo y, por tanto, se requiere una redefinición para incluir el amplio espectro cognitivo, emocional, conductual y de reacciones psicológicas hacia la violencia¹⁰²⁹.
- < El término mujer maltratada, que se maneja en el SMA, es rígido y estático e implica la existencia de un modelo o patrón o estereotipo que excluye la diversidad de mujeres y de experiencias. Y tiene, además, el riesgo de que un juez estime que una mujer no cabe dentro de esta definición, con las consecuencias negativas que esto implica para su defensa.

¹⁰²⁵Ewing, Charles Patrick. *Battered Women Who Kill: Psychological Self-Defense as Legal Justification*. Estados Unidos, 1987; Walker, Leonore. *Terrifying Love: Why Battered Women Kill and How Society Responds*. Estados Unidos, 1989.

¹⁰²⁶Wolloughby, M. J. *Rendering Each Woman Her Due: Can a Battered Woman Claim Self-Defense When She Kills her Sleeping Batterer?* 38 U. Kan. L. Rev. 169 (1989).

¹⁰²⁷Walker, *The Battered Woman*, op. cit.

¹⁰²⁸Glendon, Andrew J. *Battling Domestic Violence Through the Admission of Character Evidence*. 28 Pac. L. J. 789 (1997).

¹⁰²⁹Dutton, Mary Ann. *Understanding Women's Responses to Domestic Violence: A Redefinition of Battered Woman Syndrome*. 21 Hofstra L. Rev. 1191, pág. 1197 (1993).

- < El SMA crea una imagen de la mujer como víctima sufriente, más que como activa sobreviviente. Implica la victimización de la misma, no obstante que la mujer es sobreviviente, activa buscadora de ayuda, con extraordinarias habilidades para buscar estrategias de sobrevivencia para sí y sus familias. Presenta, por tanto, el riesgo de reforzar la visión de las mujeres como pasivas, enfermas, sin poder y víctimas, con las consecuencias negativas que ésto tiene, por ejemplo, la pérdida de la custodia de los(as) hijos(as).¹⁰³⁰
- < El desamparo aprendido no puede ser aplicable a mujeres que matan a sus agresores, puesto que con esta acción están demostrando que no son pasivas y de que sí intentan salidas a su problema. Las mujeres que matan son a la vez agentes y víctimas.¹⁰³¹
- < Introduce una implícita distinción entre “buenas” y “malas” mujeres maltratadas, siendo las buenas, aquellas que son pasivas, leales dueñas de casa y cariñosas compañeras de sus abusadores; y las malas, aquellas que llaman a la policía o solicitan protección continuamente. Esta distinción perjudica aún más a las mujeres de color, estereotipadas como de “armas a tomar”, activas y de mal carácter.¹⁰³²
- < El SMA centra más la atención en la mujer maltratada que en el comportamiento coercitivo y controlador del agresor¹⁰³³. En esta línea hay una autora que llega a sostener que los agresores son tiranos de carácter privado y, por tanto, su asesinato es un acto moralmente justificado y legalmente deben ser tratados como homicidio justificado bajo ciertas circunstancias¹⁰³⁴.
- < La presentación en juicios del testimonio de expertos(as) en el SMA no permite que éstos(as) vayan más allá de las reacciones psicológicas hacia la violencia, siendo importante para una mejor defensa un enfoque más integral.

Por su parte, los partidarios(as) del SMA sostienen que:

- < Sirve para rehabilitar la credibilidad de la mujer y disipar algunos mitos que rondan a las mujeres maltratadas.
- < Permite introducir testimonios de expertos(as), lo cual a su vez permitiría introducir una perspectiva integral del problema, ya que éstos(as) no tienen que limitarse al SMA, sino que pueden referirse a todos los aspectos del tema, ya sea en forma directa o como influyentes en el síndrome, por ejemplo, los efectos sociales, el carácter controlador del agresor, etc..
- < La exclusión del testimonio de expertos(as) en la materia violaría el derecho constitucional a presentar una defensa.
- < Permite que los jurados entiendan la problemática y que, por tanto, se dan los requisitos de la legítima defensa -honestidad y racionalidad.

¹⁰³⁰Coughlin, Anne. Excusing Women. 82 California Law Review 1 (1994).

¹⁰³¹Schneider, Elizabeth. Resistance to Equality. 57 University of Pittsburg Law Review 477, pág. 499 (1996).

¹⁰³²Allard, Sharon. Rethinking Battered Women Syndrome: A Black Feminist Perspective. 1 UCLA Women's Law Journal 191, pág. 197 (1991).

¹⁰³³Stark, Evan. Re-presenting Woman Battering: From Battered Woman Syndrome to Coercive Control. 58 Alb. Law Review 973 (1995).

¹⁰³⁴Cohen, Jane Maslow. Regimes of Private Tyranny: What Do They Mean to Morality and for Criminal Law? 57 University of Pittsburg Law Review 757 (1996).

- ⟨ El SMA no implica sostener que la experiencia de todas las mujeres maltratadas es idéntica, sino que hay efectos similares cuando la violencia es severa y prolongada, lo mismo que se sostiene respecto de los efectos de los campos de concentración y de la tortura.

En la actualidad existe algún consenso entre sus seguidores(as) respecto que "síndrome" tal vez no sea la mejor palabra, por la connotación de enfermedad que la mayoría de las personas le asigna. Señalan que podría usarse en su reemplazo "testimonio de expertos(as) sobre el maltrato y sus efectos" o "testimonio de expertos(as) sobre las experiencias de las mujeres maltratadas".

b) Otras teorías

La teoría de Leonore Walker sobre el SMA no es la única que se ha desarrollado sobre la materia. Así tenemos, por ejemplo, las siguientes¹⁰³⁵:

- ⟨ La teoría del Dr. Lee Bowker, que también ha sido presentada en cortes¹⁰³⁶. Bowker realizó una investigación en que estudió a 1.000 mujeres maltratadas. Sostiene que estas mujeres continúan durante todas sus vidas tratando de poner fin a la violencia y que no son meros "punching bag" que absorben la violencia, sino que por el contrario intentan miles de estrategias y recursos para tratar de poner fin a la violencia.
- ⟨ La teoría de Pat Cervelli, también presentada en casos ante las cortes. Sostiene que muchas mujeres maltratadas son dóciles, sumisas y humildes, pero también hay muchas que son agresivas. Opina que es un mito caracterizar a estas mujeres como pasivas. Lo único que las define en común es el hecho de que son víctimas de violencia por parte de sus parejas y que permanecen en la relación después de repetidos incidentes violentos.
- ⟨ Teoría del "Control Coercivo", que no se focaliza exclusivamente en la mujer sino que también en el agresor y en la relación.
- ⟨ Teoría del "Vínculo Traumático", que también explica por qué las mujeres permanecen en una relación violenta, pero no con perspectiva de género. Plantea que entre agresor(a) y agredida(o) se crea un vínculo o dependencia emocional muy fuerte en dos clases de relación abusiva: en las que existe desequilibrio de poder y en aquellas en que el buen y mal trato son intermitentes¹⁰³⁷.
- ⟨ "Síndrome de Stockholm", que se centra en la situación abusiva y no en la persona abusada, para explicar la permanencia en la relación de abuso, señalando que es debido a la creación de una estrategia de sobrevivencia, es decir, para evitar el daño, la persona decide actuar de una determinada manera, sumando a esto una cierta simpatía e identificación con el agresor cuando se reconoce el poder que éste tiene para darle muerte y sin embargo no lo hace. Tampoco tiene perspectiva de género¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵Scheff, Lisa S. *People v. Humphrey: Justice for Battered Women or a License to Kill?* 32 U.S.F. L. Rev. 225 (1997).

¹⁰³⁶Ver, por ejemplo, *People v. Humphrey*, 13 Cal.4th 1073, 921 P.2d 1, 56 Cal.Rptr.2d 142 (1996).

¹⁰³⁷Dutton, Donald G. y Painter, Susan. *Emotional Attachments in Abusive Relationships: A Test of Traumatic Bonding Theory*. 1993, pág. 105.

¹⁰³⁸Graham, Dee L.R.; Rawlings, Edna; y Rimini, Nelly. *Survivors of Terror: Battered Women, Hostages, and the Stockholm Syndrome*, en *Feminist Perspectives on Wife Abuse*. Kersti Yllo & Michele Bograd, Eds. 1988, págs. 217, 220-21.

Sin embargo, aún reconociendo validez a algunas de las críticas a la teoría del SMA y las nuevas tendencias en la materia, nos parece que, al menos por ahora y en un futuro próximo, dicho síndrome nos brinda una interesante y real posibilidad para hacer justicia a muchas mujeres en América Latina. Creemos que se ajusta a los requerimientos y nivel de desarrollo de nuestras judicaturas en América Latina, en cuanto a comprensión del problema de la violencia doméstica y porque procesalmente es posible introducirlo sin grandes inconvenientes.

II. Defensa penal y SMA

1. Uso del SMA como fundamento de defensas en los Estados Unidos

En los Estados Unidos desde hace algunos años se ha venido invocando el SMA como fundamento para alegar legítima defensa en favor de algunas mujeres que han asesinado a sus agresores. La modalidad utilizada es la presentación del testimonio de expertos(as) en materia de violencia doméstica y SMA, diligencia que requiere la aprobación del tribunal.

El testimonio de la experta o del experto tuvo en sus comienzos una finalidad clara, lo cual era fundamentar la racionalidad -en términos legales- del asesinato por parte de la mujer cuando se alegaba defensa propia.

La legítima defensa en USA, en términos generales -ya que hay pequeñas variaciones entre algunos estados-, exige a la persona que se defiende que demuestre que:

- < Honestamente creyó que tenía que defenderse, es decir, que el peligro era inminente y que su acto era necesario para prevenir el ataque y;
- < Una persona razonable en las mismas circunstancias habría creído también que esa defensa era necesaria.

Cuando la creencia de la persona en la necesidad de usar la fuerza para defenderse, es honesta, razonable y ella no es el agresor(a) inicial, estamos frente a una legítima defensa completa y causal de exculpación.

Cuando esta creencia es honesta pero irracional, algunas jurisdicciones reconocen una legítima defensa incompleta, permitiendo la rebaja de asesinato a homicidio no premeditado. De manera que la racionalidad es uno de los elementos esenciales de la legítima defensa y demostrar su presencia era el primer objetivo de la declaración de expertos en el SMA en las cortes.

Sin duda, no en todos los casos la defensa en estos términos ha sido exitosa. Leonore Walker estudió 28 casos, de los cuales 14, al momento de la investigación, habían sido juzgados. En 11 de estos 28 se aceptó el testimonio de expertos(as). En 7 de estos 11 casos las mujeres fueron absueltas y en 4 fueron condenadas, recibiendo sentencias de entre 10 años de libertad condicional hasta 25 años de presidio. De los restantes 14 casos, algunos estaban esperando el proceso, en otros los cargos en contra de la mujer fueron levantados y en 7 la estrategia de defensa fue declararse culpables para obtener una condena menor.¹⁰³⁹

En otro estudio, de 16 casos, 7 fueron absueltas por legítima defensa, en uno fue declarada no culpable por insanidad mental y en 8 fueron condenadas por asesinato u

¹⁰³⁹Walker, Thyfault, y Browne, op. cit

homicidio no premeditado¹⁰⁴⁰. Las mujeres que son condenadas por matar a su pareja agresora, generalmente reciben sentencias muy largas.

De manera que los resultados de la utilización de testimonios de expertos(as) en el SMA en las cortes, en muchos casos han significado la exención de responsabilidad de la mujer por haber actuado en legítima defensa, en otros sólo la exención parcial de responsabilidad y en otros no se ha considerado como suficiente y por lo tanto se las ha condenado.¹⁰⁴¹

En la actualidad el SMA se está utilizando en muchas cortes en los Estados Unidos de Norteamérica para describir una gran cantidad de aspectos no abarcados originalmente, creando una confusa situación sobre su significado y amplitud. Por ejemplo, se utiliza para demostrar la irracionalidad de la mujer en apoyo de las defensas basadas en la insanidad mental, como ya lo indicamos, para explicar la responsabilidad de la mujer en la violencia, para describir las dinámicas de la relación abusiva, como una subcategoría del desorden provocado por el stress post traumático, el carácter social del problema, etc..

Es así que se han usado otras defensas, que no apuntan hacia la legítima defensa, y que también se fundamentan en el testimonio de expertos(as) en el SMA, por ejemplo¹⁰⁴²:

- < Demencia o locura: debido a la condición mental al momento del acto, la mujer no es culpable porque no sabía lo que hacía o no sabía que era equivocado. Es una defensa completa. Sin embargo implica reconocer que la persona no actúa en legítima defensa.
- < Responsabilidad parcial o estado mental alterado: por ejemplo, arrebatos de pasión o intoxicación. Es una defensa incompleta, sólo para cambiar la figura penal. Probar el arrebatos de pasión implica probar que la mujer no mató o intentó matar con premeditación.

2. Posibilidades de utilización SMA como defensa en América Latina

En el presente acápite se analiza el SMA a la luz de la teoría del delito, antes de lo cual debemos señalar que en América Latina, en general, los sistemas procesales nos brindan a lo menos las siguientes oportunidades para introducir el SMA como fundamento de la defensa:

- < En la defensa misma, escrita o verbal
- < Durante los períodos probatorios
- < Antes de la sentencia, como una medida para mejor resolver

La modalidad más evidente para introducirlo será la presentación de una opinión experta, ya sea vía peritaje, testimonio calificado o a través de un instrumento público o privado. En cada país deberán apreciarse las ventajas y desventajas de cada posibilidad, atendiendo al mérito probatorio que la legislación le asigne a cada una y otras variables, como por ejemplo, costas e impacto.

Parece ser que es más convincente la presencia del experto o de la experta ante el juez(za), es decir, su declaración verbal. Sin embargo, si esto no es procesal o económicamente posible, un informe por escrito también puede ser determinante y en muchas

¹⁰⁴⁰Schneider, Elizabeth y Jordan, Susan. Representation of Women Who Defend Themselves in Response to Physical or Sexual Assault. 4 Women's Rights L. Rep. 149, pág. 149-150, nota 3 (1978).

¹⁰⁴¹Van Cleave, Rachel A. A Matter of Evidence or of Law? Battered Women Claiming Self-Defense in California. 5 UCLA Women's L. J. 217 (1994).

¹⁰⁴²Miller, Kym C. Abused Women Abused By the Law: The Plight of Battered Women in California and a Proposal for Revising the California Self-Defense Law. 3 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 303 (1994).

lugares puede ser conseguido gratuitamente, ya sea de una ONG, de un centro especializado en violencia doméstica o de otras entidades sensibilizadas con el problema.

a) Legítima Defensa: Teoría general y requisitos - SMA como causal de justificación

En la actualidad existe un amplio consenso respecto de la naturaleza de la legítima defensa. Se trata de una causal de justificación del hecho delictivo y su fundamento se encuentra en la impotencia del derecho para evitar todo atentado antijurídico. Que sea una causal de justificación, significa que se trata de una disposición permisiva que impide que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto, y que permite, por eso, la realización típica. Son también causales de justificación, entre otras, la autoayuda y el consentimiento del ofendido. Cuando entran a operar, la realización típica no es antijurídica, de manera que las causales de justificación no excluyen la tipicidad de una conducta, sino que solamente la antijuricidad de la misma¹⁰⁴³.

“De manera que quien mata en legítima defensa propia o el que hurta en estado de necesidad justificante, ejecuta conductas típicas pero conforme a derecho; su acción ha nacido justa y así ha de ser enjuiciada”¹⁰⁴⁴. Se trata de “una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o, mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos”¹⁰⁴⁵.

La legítima defensa clasifica dentro de la categoría de causales de justificación que se fundan en el principio del interés preponderante, y dentro de éstas, junto con el estado de necesidad, entre aquellas que tienden a la preservación de un derecho¹⁰⁴⁶.

Para definir la legítima defensa, podemos decir que “obra en legítima defensa quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o de los de un tercero”¹⁰⁴⁷.

Los requisitos de la legítima defensa, generalmente aceptados en América Latina, son:¹⁰⁴⁸

- ⟨ Existencia de una agresión ilegítima, es decir, de una acción antijurídica que tiende a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido. Puede ser una acción o una omisión, pero necesariamente debe haber una conducta, tanto para la agresión como para la defensa. Respecto de qué bienes son defendibles existen diversas tendencias; sin embargo, no es del caso entrar en esta discusión ya que en la materia que nos interesa, bien jurídico vida e integridad personal, es donde históricamente surgió la legítima defensa, para irse ampliando a lo largo del tiempo, para algunos incluso hasta bienes jurídicos no

¹⁰⁴³Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12° Edición castellana, traducida por Juan Bustos y Sergio Yañez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, págs. 116-117.

¹⁰⁴⁴Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 1° Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pág. 315.

¹⁰⁴⁵Zaffaroni, Eugenio R. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar, Argentina, 1986, pág. 489.

¹⁰⁴⁶Cury, Enrique, op. cit., pág. 320.

¹⁰⁴⁷Idem, pág. 323.

¹⁰⁴⁸Cury, op. cit., pág. 324.

tutelados penalmente¹⁰⁴⁹. La agresión ilegítima “no significa violación delictiva de un derecho, puesto que la legítima defensa tiene lugar para evitar un mal injusto; hay agresión antes de que el bien atacado sea violado y antes de que el ataque constituya un delito; ilegítima no quiere decir delictiva, sino acción emprendida sin derecho”¹⁰⁵⁰. “Es suficiente toda amenaza de lesión de un bien jurídico mediante una conducta humana; no se requiere una acción de lesión final (dolosa)”¹⁰⁵¹.

- ⟨ La agresión debe ser actual o inminente, es decir debe existir como tal. Por ésto no se admite la legítima defensa contra amenazas remotas, ya que en esta situación existe la posibilidad de evitar el daño solicitando el ejercicio de las facultades policiales preventivas. Soler¹⁰⁵² señala que lo que debe ser actual es la situación de peligro en el momento de la reacción; sostiene que “la agresión ilegítima puede consistir o no en un acto súbito e instantáneo y crear, en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste el peligro”¹⁰⁵³.
- ⟨ “Para que exista la agresión no es necesario que llegue a consumarse materialmente, pues basta que aparezca evidente e inminente el propósito de emplear violencias. Establecer, en consecuencia, límites tajantes y rígidos en problemas tan arduos como es el de cuándo se inicia o agota la agresión, y, por lo tanto, nace y muere el derecho de defensa, no puede conducir a otra cosa que a desvirtuar la propia esencia de la eximente cuya finalidad radica en la protección de bienes jurídicos”¹⁰⁵⁴.
- ⟨ No debe haber provocación suficiente por parte de quien se defiende, esto es, que no exista una conducta anterior proporcional a la entidad de la agresión o de cierta gravedad. Esta conducta debe ser desvalorada por el derecho de forma tal que hace cesar el principio fundamentador de la legítima defensa, cual es, que nadie está obligado a soportar lo injusto. “Sólo alcanzará la categoría de provocación, aquella que sea causa eficiente de que la agresión se realice y no el simple dar motivo u ocasión”¹⁰⁵⁵.
- ⟨ Debe existir una necesidad racional del medio empleado, esto es, que la reacción de quien se defiende debe ser el medio o la forma en que el peligro puede efectivamente evitarse, o ser la reacción que el sujeto podía razonablemente suponer que a tal efecto servía. Esta circunstancia debe ser juzgada caso a caso y teniendo en consideración una serie de circunstancias concretas. “El juez debe colocarse en la situación del que razonablemente considera amenazada su vida; el peligro que justifica la legitimidad de la defensa no es el que el que aparece a los ojos del juzgador, sino el que se presenta a los ojos del atacado. No puede exigirse al agredido una apreciación exacta y precisa del peligro que corre, sino lo que, con justa razón, puede temer del agresor en virtud de antecedentes que hagan justa la defensa”¹⁰⁵⁶. Al decir de Zaffaroni, “la necesidad de la defensa debe valorarse siempre *ex-hante* y no *ex-post*, es decir, desde el punto de vista del sujeto en el momento que se

¹⁰⁴⁹Zaffaroni, op. cit., pág. 491.

¹⁰⁵⁰Soler, op. cit., pág. 348.

¹⁰⁵¹Welzel, op. cit., pág. 122.

¹⁰⁵²Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Tipográfica Editora, Bs. As., 1973, pág. 349.

¹⁰⁵³Idem.

¹⁰⁵⁴Magaldi, María José. La legítima defensa en la jurisprudencia española. Bosch, Barcelona, 1976.

¹⁰⁵⁵Idem.

¹⁰⁵⁶Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal. Introducción y Parte General. Décima Edición Actualizada por el Dr. Guillermo Ledezma. Abeledo-Perrot Editores, Bs. As., 1985, pág. 292.

defiende¹⁰⁵⁷. No existe una medida legal cuantitativa que permita apreciar objetivamente la necesidad racional del medio empleado, puesto que estamos en presencia de una agresión ilegítima la cual no permite serenidad de juicio; de manera que la racionalidad exigida permite apreciar la justeza de la adecuación entre los medios de ataque y de defensa, en cada caso¹⁰⁵⁸. Importa que la reacción sea necesaria, es decir, que dadas las circunstancias, el sujeto no disponga de otra forma menos enérgica de defenderse con éxito.

- (La legítima defensa no es subsidiaria, como lo es el estado de necesidad, es decir, el agredido(a) no está obligado(a) a esperar que ya no quede otra salida para reaccionar¹⁰⁵⁹.

Para poder alegar legítima defensa de una mujer que mata a su pareja, deben concurrir todos los requisitos mencionados y los argumentos variarán más o menos de acuerdo a la forma en que lo mató (durmiendo, en un enfrentamiento, con un arma de fuego, etc.), pero los fundamentos respecto al SMA serán esencialmente los mismos.

De manera que para realizar la defensa de esta mujer, debemos combinar los elementos del SMA desarrollados en el capítulo anterior y los requisitos del derecho penal respecto de la legítima defensa. Así tenemos:

1) La existencia de la agresión ilegítima: En las parejas que están viviendo por años la dinámica cíclica de la violencia doméstica, sabemos que cada cierto tiempo, se volverán a dar las fases de acumulación de tensión y de explosión de la violencia. Durante la primera la mujer recibe constantemente amenazas que ponen en peligro o lesionan diversos bienes jurídicos, como su vida, la de sus hijos, su libertad, su integridad física y psicológica. Y durante la segunda estas amenazas, o algunas de ellas, se concretan.

Si a lo anterior sumamos las alteraciones que la mujer sufre por el SMA y los aspectos comunicacionales de la cultura del maltrato, tenemos que una simple levantada de mano o un giño de parte del agresor ya constituyen una amenaza para la integridad física y/o psicológica de la mujer.

Si consideramos que la violencia psicológica es el paso previo de una totalidad que culmina en violencia física, en los casos que estamos tratando, la agresión ilegítima estaría dada básicamente por la violencia psicológica que precede a la violencia física. Como la legítima defensa no es subsidiaria¹⁰⁶⁰, la mujer no está obligada a esperar que ya no quede otra salida para reaccionar, es decir, no debe esperar ser herida de muerte o golpeada brutalmente para reaccionar en su defensa, puesto que aquí ya no estaríamos propiamente en una legítima defensa sino en una acción de justicia por su propia mano.

2) La inminencia o actualidad de la agresión, de acuerdo a la tesis de Soler y otros, más bien se refiere a la inminencia del peligro al momento de la defensa, lo que puede ser un estado durable, es decir, el acto agresivo inicial puede haber pasado pero ello no implica que la agresión no sea presente y que subsista mientras dure el peligro¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁷Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ediar, Bs. As., 1981, pág. 614.

¹⁰⁵⁸Magaldi, op. cit, pág 215.

¹⁰⁵⁹Cury, op. cit., pág. 326.

¹⁰⁶⁰Idem.

¹⁰⁶¹Soler, op. cit.

La mujer que ha vivido por muchos años la violencia, está permanentemente amenazada en el bien jurídico vida e integridad física, tanto antes como durante y después de la agresión misma.

La mujer no tiene que esperar ser golpeada, que sería la comisión del delito o agresión consumada en su contra, ella puede y debe prevenir la agresión en su contra. Y sabemos que bajo los efectos del SMA ella no puede ver otra forma de prevención y término de la violencia en su contra, que no sea, primero, encarcelando a su agresor o que alguien lo mantenga alejado de ella y, segundo, cuando esto falla, que sabemos es así por las falencias del sistema, sólo le queda matar a su agresor.

Claramente en estos casos el peligro es un estado durable, puede que la amenaza, el empujón, los gritos y otras manifestaciones de la fase de acumulación de tensión del ciclo de la violencia hayan pasado, pero el peligro subsiste y aumenta de acuerdo se va acercando la fase del estallido de la violencia y de acuerdo a la espiral de la violencia. Además, la mujer afectada por el SMA está más sensible y alerta para rotular muchos hechos, que para otras personas no significarían nada especial, como peligro; por ejemplo, un ademán de parte del agresor de abrazarla, que para el común de las personas no es más que ese gesto de cariño, para ella puede ser un intento de ahorcarla, porque así ha ocurrido en otras ocasiones o porque cualquier gesto de "cariño" de parte de él es el inicio de una agresión en su contra o porque la fase de acumulación de tensión está llegando a su climax.

Cury señala que no se admite la legítima defensa contra amenazas remotas, ya que en esta situación existe la posibilidad de evitar el daño solicitando el ejercicio de las facultades policiales preventivas. En la dinámica de la violencia sabemos que las amenazas no son remotas, porque se convierten tarde o temprano en realidad o porque en sí ya constituyen una grave agresión psicológica. Y que aunque aceptáramos que una amenaza puede ser remota, igualmente el daño no es evitable por el solo y simple hecho de acudir a la policía, puesto que las respuestas de estas entidades no siempre son positivas por el desconocimiento y prejuicios respecto de la violencia doméstica y porque carecen de recursos suficientes para otorgar la protección que las mujeres en esta situación requieren.

Como ya lo señalamos al describir este elemento, Fontan Balestra sostiene que el análisis de la inminencia del peligro la debe hacer el o la juez(a) teniendo en consideración la apreciación que la persona amenazada realizó de acuerdo a sus circunstancias en el momento en que se defendió. De manera, que el juez(a) debe sopesar los factores con los cuales la mujer apreció el peligro, es decir, debe considerar el SMA.

3) El tercer requisito se refiere a que no debe haber provocación suficiente por parte de quien se defiende. Si conocemos el problema de la violencia hacia las mujeres, debemos tener claro que no son éstas quienes la provocan sino que sus causas son culturales y sociales. Y que sea cual fuere la actitud que adopte la mujer, la violencia no cesa, es decir, no depende de ella.

Además el requisito exige la suficiencia de la provocación, es decir que "la conducta, sin llegar a constituir una agresión que legitime la agresión del provocado, represente un motivo suficiente para causarla"¹⁰⁶². Por nuestra parte sostenemos, dentro de la concepción de los derechos humanos, que nada justifica que la mujer o cualquier ser sea agredido, que no existe provocación suficiente para esta violencia. Para aquellos que sostienen que el que ella no se

¹⁰⁶²Núñez, Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Parte General. Lerner Ediciones, Córdoba-Bs. AS., Argentina, 1972, pág. 191.

vaya de la casa podría ser una suerte de provocación, les señalamos que si alguien tiene que irse del hogar, ese es quien está transgrediendo los derechos de la otra persona con sus agresiones y que si alguien está provocando ese es el agresor con su violencia.

4) El cuarto requisito dice relación con la existencia de una necesidad racional del medio empleado, esto es, que la reacción de quien se defiende debe ser el medio o la forma en que el peligro puede efectivamente evitarse, o ser la reacción que el sujeto podía razonablemente suponer que a tal efecto servía¹⁰⁶³.

Habrá quienes sostengan que el hecho de que la mujer se vaya de la casa podría ser el medio para evitar el peligro en forma efectiva. Sin embargo, sabemos que ésta no es siempre una alternativa viable para las mujeres maltratadas por las razones que ya hemos mencionado. Y, por lo demás, no se le podría exigir, ya que es su casa también.

Para una mujer afectada por el SMA, en un momento crítico, darle muerte a su agresor puede ser la única forma para evitar efectivamente el peligro para su propia vida.

Esta circunstancia debe ser juzgada caso a caso y teniendo en consideración una serie de circunstancias concretas. Importa que la reacción sea necesaria, es decir, que dadas las circunstancias, el sujeto no disponga de otra forma menos enérgica de defenderse con éxito¹⁰⁶⁴. Nos parece muy acertado que Cury proponga que este requisito sea analizado en su cumplimiento caso a caso, considerando las circunstancias de cada uno, ya que justamente las circunstancias de esta mujer que experimenta el SMA son muy diferentes a las de cualquier otra persona. Y ella realmente cree que no dispone de una modalidad distinta o menos grave que darle muerte a su agresor para defenderse con éxito, por los mismos efectos del síndrome y porque ninguna otra tentativa le ha resultado exitosa.

b) Inexigibilidad de otra conducta

Hay autores que sostienen la existencia de una causal de inculpabilidad de carácter supralegal. Se trata de situaciones en que una persona realiza acciones contrarias a derecho, en que es exigible la comprensión de la antijuricidad pero, no obstante, no hay exigibilidad de una conducta diferente y adecuada al derecho. "Ejercita un derecho no sólo quien puede fundarlo en preceptos positivos, sino también el que puede deducirlo dele contexto del ordenamiento jurídico"¹⁰⁶⁵.

El fundamento podemos encontrarlo en la moral, en el derecho natural, en los principios del derecho, de acuerdo a la tendencia de quien lo sostenga.

Se trata de una situación muy debatida y compleja, respecto de la cual no tenemos material suficiente para desarrollarla ampliamente. Sin embargo, creemos que podría llegar a constituir una positiva defensa de las mujeres que matan a sus agresores, puesto que dadas las condiciones emocionales en que se encuentra la víctima de violencia doméstica prolongada y severa, y dada la violencia objetiva que ha sufrido y está sufriendo, hay situaciones en que nadie podría exigirle una conducta diferente.

c) Delito permanente

¹⁰⁶³Soler, op.cit., pág. 350.

¹⁰⁶⁴Cury, op. cit., pág. 326.

¹⁰⁶⁵Ibid, pág. 320.

Otra posible defensa sería sostener que la violencia que está viviendo la mujer ejercida por su pareja, constituye un delito permanente, es decir, de aquellos en que la agresión o el ataque una vez realizado puede persistir o en que perdura la amenaza de una nueva agresión.

Contra estos delitos permanentes es posible oponer legítima defensa en cualquier momento de la acción, pues la defensa se opone contra los momentos futuros de la agresión que continúa invariablemente¹⁰⁶⁶.

Nos parece que el delito permanente, en un primer análisis, nos entrega una nueva, diferente y no explorada vía para la defensa de las mujeres que matan a sus maridos agresores, ya que justamente estamos en presencia de una agresión permanente, por acción y omisión, de carácter físico y o psicológico, que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro, tanto para su vida como para la de sus hijos/as, frente a la cual podría ejercer la legítima defensa en cualquier momento.

d) Privación transitoria de razón

Otra alternativa para la defensa de una mujer que ha asesinado a su pareja agresora, podría ser la exención de responsabilidad penal por hallarse la mujer privada totalmente de razón, por causas independientes de su voluntad, en forma transitoria.

Los efectos psicológicos y físicos del maltrato prolongado y severo, en un determinado momento pueden provocar un desorden mental transitorio en la víctima, que la lleve a asesinar a su agresor.

Sostenemos que la privación de razón debe ser transitoria, ya que si arguimos una permanente y ésta es acogida, la mujer será enviada a un hospital psiquiátrico, que incluso en muchos países puede ser peor que una cárcel.

Si bien esta defensa puede llevar a una estigmatización de la mujer como “loca”, a una contradicción con las defensas basadas en el SMA y a un reforzamiento de la idea culturalmente aceptada de que una mujer tiene que estar loca para matar a su marido, contrapesando esto con la privación de su libertad, creemos que es una alternativa a evaluar.

Otro peligro que tiene esta estrategia dice relación con el riesgo de perder la custodia de sus hijos(as). Sin embargo, si ella va a la cárcel, la perderá igualmente y además con el estigma de ser o haber sido presa.

e) Fuerza irresistible o miedo insuperable

Otra alternativa de defensa la encontramos en la causal de exención de responsabilidad penal para quienes obran violentados por una fuerza irresistible o impulsados por un miedo insuperable.

La mujer que vive en una relación violenta está continuamente en una situación de pánico y perfectamente éste puede ser el causante del asesinato de su pareja agresora.

¹⁰⁶⁶Fontán Balestra, op. cit, pág 290.

“El miedo es un estado de perturbación anímica más o menos profunda, provocada por la previsión de ser víctima o de que otro sea víctima de un daño. Para que sirva de base a la exculpante es preciso que tal perturbación alcance un nivel intolerable para un hombre medio. Sin embargo, no es preciso que el sujeto llegue a un estado de auténtica inimputabilidad”¹⁰⁶⁷.

Cury sostiene que esta exculpante tiene una naturaleza profundamente subjetiva, ya que “difícilmente puede esperarse de un sujeto aterrorizado que realice un análisis de la situación para verificar las distintas posibilidades con que cuenta a fin de escapar a lo que lo aterra”¹⁰⁶⁸.

De manera que, teniendo en consideración todas las características de la víctimas de violencia, perfectamente pueden llegar a matar presas del terror hacia su agresor y en resguardo de su integridad y vida o la de sus hijos/as.

f) Atenuación de la pena

Finalmente, para el caso que no se pueda configurar legítima defensa, ni alguna de las eximentes anteriores, por falta de algún requisito, queda la posibilidad de solicitar la atenuación de la pena, alegando que estamos en presencia de una circunstancia atenuante por faltar alguno de los requisitos en la causal de exención de responsabilidad invocada¹⁰⁶⁹.

3. Estrategias complementarias

Para asegurar el derecho a una buena defensa es muy importante que la experiencia de la violencia hacia la mujer sea expuesta en los tribunales clara y profundamente. El relato de la experiencia debe comprender el contexto, la responsabilidad social y los efectos en los(as) testigos de dicha violencia. Si es del caso, me parece interesante incorporar elementos de la historia de vida de la mujer, por ejemplo, si fue abusada cuando niña o si fue testigo de las agresiones de su padre hacia su madre.

Lo anterior, probablemente, encuentre resistencias: en los propios abogados y en los jueces que no quieren hacer el esfuerzo de mirar desde otra perspectiva (la de género) y prefieren seguir calificando a la mujer de mala o loca; y en los juristas (doctrina) que al tener que hacer la relación entre el contexto social, la acción individual y la responsabilidad social, tienen que entrar a cuestionarse sobre la establecida “voluntad libre” en el derecho penal.

La exposición del ciclo de la violencia y sus fases y el SMA, en forma clara, precisa y no excesivamente técnica, es muy importante para que se entienda el proceso de llegar a matar y la imposibilidad de pensar en alternativas como la de abandonar al agresor.

Los testimonios de los(as) hijos(as) también pueden ser muy importantes, si bien no por su valor probatorio, por su carácter sensibilizador respecto del proceso de violencia vivido en esa familia. Por supuesto, que ésto hay que evaluarlo muy bien en relación a la edad y el daño que esto les puede causar a los(as) niños(as) y a su relación con la madre.

Otro tipo de estrategias que pueden ayudar a obtener un buen resultado en la defensa, son las de carácter comunicacional, por ejemplo, campañas públicas y entrevistas en medios,

¹⁰⁶⁷Cury, op. cit., pág. 84.

¹⁰⁶⁸Idem., pág. 85.

¹⁰⁶⁹Ver letra d) Privación transitoria de razón.

para sensibilizar a la opinión pública, dentro de la cual también se encuentran los jueces(zas) y funcionarios(as) judiciales a cargo del caso. Sin embargo, estas acciones pueden ser muy dañinas, dependiendo de cómo sean llevadas y de la mentalidad del juez del proceso. De manera que habrá que evaluar muy bien cada acción.

En el caso que la mujer ya esté condenada, es imprescindible que la petición de indulto vaya acompañada de muchas acciones comunicacionales y de lobby, ya que la decisión del Presidente de la República en estos casos es política¹⁰⁷⁰.

La solidaridad internacional es una estrategia que no debemos olvidar. Nos referimos al involucramiento de organismos internacionales y de otros países apoyando a la mujer en cuestión. Por ejemplo, el movimiento internacional de mujeres ha recurrido en diversos casos de violaciones de derechos humanos de las mujeres a la realización de lobby ante organismos de reconocido prestigio internacional logrando el envío de cartas y faxes a los jueces, además de declaraciones a otros niveles. Esto en algunos casos ha tenido un peso inesperado en la comprensión del problema en general y del caso en particular.

Epilogo

Para realizar una buena defensa de una mujer que ha matado a su pareja agresora, si bien no todos los casos son iguales, me parece que es muy importante que existan legislaciones que reconozcan la especificidad de género del problema. Los códigos penales deben acoger las especiales características que puede tener una situación de legítima defensa por parte de una mujer que se defiende de agresiones provenientes de un hombre que es su pareja.

Sabemos que estos cambios no son fáciles ni rápidos ya que el derecho es una herramienta muy poderosa en la mantención de la situación de opresión de las mujeres y que aún responde a la ideología socialmente predominante, situación que se ve reforzada por la aplicación de la legislación que hacen los jueces(zas) imbuidos por la misma ideología patriarcal. Hemos sido testigos de como no sirven muy buenas leyes en materia de violencia doméstica en América Latina, en la medida que los (as) jueces(zas) no comprenden el problema y aplican estas normas con una mentalidad discriminatoria y sexista.

Sin embargo, creemos que mientras los cambios profundos que se necesitan no ocurran, caso a caso se pueden ir construyendo sensibilidades. Es así que es tan importante que los(as) jueces(zas) enfrentados a un caso de una mujer que asesinó a su pareja tras largos años de violencia, cuenten con elementos que le permitan entender la problemática de la violencia doméstica, en general y del caso, en particular.

Si un(a) juez(a) no conoce del ciclo de la violencia, del desamparo aprendido, del SMA, será muy difícil que entienda las “razones” de una mujer para asesinar a su pareja. Por ello, es imprescindible que estos conceptos se introduzcan en el juicio respectivo, ya sea en informes de expertos por escrito o en declaraciones verbales de éstos y que, a la vez, este material sea utilizado en las argumentaciones de la defensa.

¹⁰⁷⁰Ver caso de Juana Candía que fue indultada por el Presidente de la República tras una campaña de solidaridad y de la presentación de su caso en el Primer Tribunal de Derechos de las Mujeres, de carácter simbólico, en Chile 1998. Instituto de la Mujer. Actas del Primer Tribunal de Derechos de las Mujeres Chilenas. Santiago, 1998.

Es por ésto que mientras los o las jueces(zas), y jurados donde los hay, no comprendan el problema de la violencia doméstica, la labor del o la abogada defensora es vital, y por ello, que también es importante que todos(as) los(as) abogados(as) conozcan del tema y se hagan asesorar por expertos(as). Esperamos haber aportado con este trabajo algunos elementos para la reflexión y para el trabajo concreto de quienes deben asumir estas defensas.

REFLEXIONES SOBRE LOS PROCESOS DE CRIMINALIDAD Y CRIMINALIZACION DE LAS MUJERES DE AMERICA LATINA IMPLICADAS EN DELITOS RELACIONADOS CON DROGA

Profesora Carmen Anthony Garcia*

Tradicionalmente en América Latina los escasos trabajos sobre mujeres y su relación con las drogas, se han centrado en los efectos de su consumo, especialmente en las embarazadas, en las posibles consecuencias en el feto, o bien en relación con la droga y prostitución por lo que se consolida la creencia de que los problemas sociales que acarrearán las conductas delictivas solo serían propias de los hombres.

Sin embargo, el aumento del número de mujeres detenidas procesadas y condenadas por tráfico de estupefacientes en América Latina ha sido espectacular en los últimos años, fenómeno que ha sido ignorado hasta hace muy poco, pero que debe preocuparnos no solo por su incremento, sino por las consecuencias carcelarias, sociales y económicas que esto acarrea¹⁰⁷¹.

En Ecuador por ejemplo, la cifra de mujeres detenidas ha oscilado generalmente entre el 10 y el 12% del total del espectro delincriminal, pero en lo que se refiere a este tipo de delitos ha ascendido del 27,1% en 1984, al 90% en 1994¹⁰⁷². Así por ejemplo, en Bolivia el tráfico de drogas es el primer motivo de ingreso de las mujeres a las cárceles (59,9%) superando ampliamente el porcentaje de los hombres que ingresan por los mismos delitos¹⁰⁷³.

En el mismo informe se destaca el fenómeno de la victimización secundaria que sufren las mujeres bolivianas que participan en las tareas de producción de la coca, o que se encontraban cercanas a la producción conjuntamente con sus familias. En efecto, son comunes los casos de vulneración de sus derechos fundamentales, sufriendo muchas de ellas maltratos físicos y sexuales por la policía al ser detenidas, así como el tener dificultades y limitaciones a su defensa durante el proceso judicial.

Perú presenta una situación similar, pues el tráfico de drogas es la primera causa de criminalización con porcentajes que giran alrededor del 50%. La cifra mayor será en Venezuela donde ha alcanzado hasta el 73,4%¹⁰⁷⁴.

Cifras similares encontramos en Colombia, México, Ecuador, Venezuela, Chile. Esta situación ha desplazado los delitos tradicionales que usualmente eran cometidos por las mujeres, vg. delitos contra la propiedad y delitos contra la persona, colocándolos indistintamente en segundo y tercer lugar.

*Este trabajo es parte de un libro en preparación de su autora sobre "Mujer y Cárcel".

¹⁰⁷¹Cfr., sin embargo, en estos últimos 3 años diversas investigaciones de especialistas latinoamericanas que se pueden encontrar en la compilación hecha por Rosa Del Olmo y que se publicó bajo el nombre de Criminalidad y criminalización de la mujer en la Región Andina. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 1998.

¹⁰⁷²Zambrano, Alfonso. Aproximación al Sistema Penitenciario Ecuatoriano. Capítulo Criminológico Vol. 23, Número 2. Revista del Instituto de Criminología "Dra. Lolita Aniyar de Castro", Universidad de Zulia. Venezuela, 1995, pág. 243.

¹⁰⁷³Comisión Andina de Juristas. Taller: Mujer y Criminalización por delitos de drogas. Caracas, 1997, pág.13.

¹⁰⁷⁴Idem.

¿A qué se debe este alarmante aumento de la participación de la mujer en los delitos relacionados con el tráfico de drogas?

La mayoría de las mal llamadas "traficantes" llegan a serlo por su relación matrimonial o de convivencia con narcotraficantes reproduciendo las diferencias de sexo. La pequeña narcotraficante, comete este delito por amor y solidaridad hacia su marido o conviviente, o bien por relaciones afectivas familiares (hijos, sobrinos, ahijados) reproduciendo el rol doméstico pasivo obediente. El hombre traficante sacrifica a su compañera y a sus hijos en este comercio creyendo erróneamente que el aparato de justicia penal tendrá un trato más benevolente con su familia. Sánchez Galindo grafica esta situación con expresiones muy utilizadas por los hombres frente a la policía que detiene a sus mujeres. "Piense que tiene madre y las pagarán" o "Hagalo por su madre" ¹⁰⁷⁵.

Esta situación relacionada con su rol de dependencia y de división del trabajo, la encontramos en el negocio familiar de producción y venta de mercancía ilegales. La mujer suele involucrarse en estos trabajos (informales e ilegales) colaborando con el hombre en el hogar donde se produce y vende la droga, convirtiéndose o en cómplice o directamente en criminal, ya que por estar en casa dedicada a los oficios del hogar, resulta la única responsable aprehendida. ¹⁰⁷⁶

De acuerdo a lo expuesto, las mujeres criminalizadas por tráfico de drogas presentan dos modalidades delictivas: como venta al menudeo en las grandes ciudades, o como transportistas dentro del país, o hacia otros países con pequeños cargamentos.

Este tipo de mujeres traficantes (tal vez su gran mayoría), cae en el delito por situaciones económicas precarias de ella y su familia, lo que podemos definir como estado de necesidad.

Por ello no encontramos organizaciones de narcotraficantes dirigidas por mujeres, ni menos líderes entre estos grupos, aun cuando eventualmente puedan formar parte de ellas. Su actuación se encuentra al lado de sus hombres quienes, se supone, las protegerán.

En la vida miserable de las pequeñas transportistas de la droga comúnmente llamados "mulas o burreras" existen riesgos de deterioro gravísimo de su salud o de su vida. ¹⁰⁷⁷ Muchas de ellas portan la droga dentro del cuerpo (vagina o estomago). Lo irónico de esta situación es que si logran introducir la droga, las ganancias obtenidas sólo palearán parcialmente su situación económica, por lo que al poco tiempo reincidirán en esta conducta para obtener "fáciles ganancias".

Mención aparte es el trato atroz y discriminatorio que sufren estas burreras al ser utilizadas y posteriormente arrestadas por transportar droga en sus cuerpos. Al efecto existen diversos procedimientos para detectar estas drogas, todas relacionadas con brutalidad y violencia. Una de ellas es hacerle tragar cápsulas, rellenando condones o dedos de guantes quirúrgicos con cocaína. Algunas de estas mujeres se han visto forzadas a tragar hasta 100 capsulas que contienen droga comprometiéndolas a comer y beber lo mínimo durante el viaje en avión. Al ser detectadas en el aeropuerto se ven obligadas a pasar por rayos X, y a

¹⁰⁷⁵ Sánchez Galindo. Manual de Conocimientos básicos del personal penitenciario. Imprenta Nuevo Mexico. Editorial Rmres, Mexico, 1972, pág. 29.

¹⁰⁷⁶ Del Olmo, Rosa. Reclusión de Mujeres por delitos de droga, Reflexiones preliminares. Reunión de Consulta sobre el impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la familia. Himes OEA, Montevideo, Uruguay, 1996, pág.29.

¹⁰⁷⁷ Burrera o Mula: en inglés *Drug Courier*; persona que presta sus servicios en el tráfico de drogas.

permanecer detenidas y vigiladas estrictamente en todo momento, hasta que terminen de evacuar dichas cápsulas, previo laxante que se les ha suministrado. Permanecen esposadas de pies y manos, sin poder comer o bañarse hasta que terminen de evacuar las cápsulas ¹⁰⁷⁸.

En toda América Latina encontramos situaciones similares que reflejan el alto número de presas por narcotráfico. El negocio de la mercancía de la droga ha traspasado las fronteras nacionales y cada día se necesita más mano de obra utilizable para su elaboración y comercialización. De allí observa Del Olmo, que la mujer latinoamericana no escape de convertirse en actor del proceso, aunque le toque el papel más difícil por su condición dependiente y subordinada. ¹⁰⁷⁹

Esta criminalidad es merecedora de la estigmatización de la página roja (fotografías, datos de identidades en información detallada) y contrasta con la indiferencia frente a las poderosas organizaciones del crimen, reflejando una discriminación infamante de estas pequeñas narcotraficantes, constituyendo un tratamiento selectivo en la criminalidad de la droga.

Este sistema discriminatorio ha tenido un alto costo social que ha implicado la victimización de vastos sectores pobres de la población descargando el peso represivo sobre estos chivos expiatorios que como veremos, en el caso de las mujeres es aun más violento ¹⁰⁸⁰.

Las complejas condiciones sociopolíticas de la región agudizadas por la crisis fiscal y el ascendiente deterioro económico de los últimos años, han incrementado los niveles de pobreza crítica y el creciente desarrollo de la llamada "economía informal" controlada en gran parte por las mujeres. Debido a la ilegalidad del negocio de la droga se hace necesario buscar en el sector informal mayoritariamente controlado por las mujeres, su activa participación.

El alto número de mujeres jefas de hogar, que ha ido aumentando en América Latina, las ha obligado a recurrir a estos "negocios" ilegales pero más rentables. Si consideramos las menores oportunidades de empleo de las mujeres, la discriminación salarial en relación a los hombres, las limitaciones que acarrea la maternidad que las impide conseguir o conservar sus trabajos, se explica el por qué eligieron estas actividades. El permanecer en sus casas en las labores eufemísticamente llamadas "del hogar" es importante causa de su detención y eventual privación de libertad, ya que son ellas quienes enfrentan los allanamientos de la policía en busca de drogas, situación que significa mayor riesgo frente a estos funcionarios.

En la década del 90 se ha agudizado en América Latina el problema de la inequidad en la distribución del ingreso lo que ha agravado la fragmentación de la sociedad constituyendo fuente de tensión política y social. Esto se refleja más significativamente en las mujeres, fenómeno que se ha denominado la feminización de la pobreza. Su inserción es más injusta en el mercado laboral lo que agrava aun más su condición de jefa de hogar, que como lo señalaba, va en aumento. A pesar de los avances logrados en muchas esferas, se mantiene

¹⁰⁷⁸Dorado, Maria Cristina. Mujeres latinoAméricas detenidas en Europa, en Criminalidad y criminalización, op. cit., págs. 93 y sgts.

¹⁰⁷⁹Del Olmo, Rosa. Drogas y Criminalización de la Mujer, en Prohibir y Domesticar. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1992, pag. 47.

¹⁰⁸⁰Tocora, Fernando. La Droga: entre la narcocracia y la legislación. Forum, Pacis, Bogota, 1993, págs. 133 y sgts.

en nuestro continente el concepto de la responsabilidad primordial de las mujeres en el hogar y en el cuidado de los hijos, según lo denunciado en la plataforma de Beijing.

Sin duda alguna, la situación descrita suscitadamente, nos merece algunas reflexiones necesarias para entender el fenómeno de expansión y explosión de los detenidos/as, procesados y condenadas relacionadas con drogas.

El negocio ilícito de drogas significa actualmente una alternativa aparentemente ventajosa para aquellos sectores marginados de nuestra población que se encuentran fuera de los beneficios de la economía legal. Las mujeres involucradas en estos delitos tienen una percepción errónea de estas actividades ilícitas; no tienen conciencia de actos ilícitos calificados de suma gravedad, y por lo tanto son acreedoras de sanciones rigurosas. Para ellas se trata de una actividad más dentro del mercado informal, o bien la miran como una forma de contrabando, del cual, ignoran toda información como calidad de la mercancía, pureza, peso, valor en el mercado y naturalmente del diferente tipo de sanciones que les esperan.

Estas mujeres están absolutamente inconscientes de la atribución de este nuevo rol que la política anti-drogas les atribuye, "criminales peligrosas, y violentas, calificativos todos que abiertamente entran en contradicción con sus propias apreciaciones"¹⁰⁸¹.

Cualquiera que sean las circunstancias que llevan a las mujeres al tráfico de drogas, lo cierto es que una vez recluidas, su situación es más discriminatoria y penosa que el resto de las reclusas. Una investigación realizada por la cárcel de Sabanetas, Venezuela, confirma lo expuesto anteriormente. Su autora señala que un alto número de recluidas lo es por el tráfico de drogas y explica su relación con estos delitos debido a la difícil situación económica por la cual atraviesan, su bajo nivel educativo, la inestabilidad laboral y la falta de vivienda, todo lo que hacen de su condición una presa fácil para la organización del tráfico. Las mujeres detenidas por este delito están indefensas y enfrentan de 12 a 15 años de encierro, agudizando de este modo la pobreza de su familia a la que debe abandonar, a diferencia de los hombres detenidos por igual conducta, puesto que el narcotráfico sigue funcionando igualmente. La gravedad de la pena excede normalmente el límite previsto para acordar el sometimiento a juicio. La libertad bajo fianza está expresamente excluida de los beneficios. Las internas que están por problemas de droga, cumplen con todos los requisitos de la Ley de Regimen Penitenciario que les permitiría otras formas de cumplimiento de las penas como establecimientos abiertos, destacamentos de trabajo o libertad condicional. No obstante se les discrimina por este tipo de delitos agravando su condena.¹⁰⁸²

Otra postura discriminatoria la presentan las mujeres embarazadas respecto de las cuales no se aplica la protección especial contemplada en el Artículo 47 del Código Penal Venezolano, ésto es que "el castigo de la mujer encinta cuando es por causas de que puede peligrar la vida o su salud de la criatura que lleva en su seno, diferirá para después de 6 meses del nacimiento de ésta, siempre que viva la criatura"¹⁰⁸³.

Otra situación reveladora en relación con las mujeres detenidas por tráfico de drogas, es la condición en que se encuentran algunas mujeres detenidas por introducir droga en las cárceles donde se encuentran sus maridos o compañeros. Son estos hombres quienes las

¹⁰⁸¹Dorado, M. Cristina, op. cit., pág. 80.

¹⁰⁸²Tinedo, Gladys. Mujer, cárcel y Derechos Humanos, en Capítulo Criminológico. Instituto de Criminología "Dra. Lolita Aniyar de Castro". Universidad de Zulia, Venezuela, 1995, pág. 353.

¹⁰⁸³Del Olmo, Reclusión de Mujeres por delitos de drogas, op.cit., pag.27.

fuerzan a ello mediante amenazas o coacción psicológica en las habituales visitas. Esta servidumbre de las mujeres se explica como una exigencia para mantener los vínculos de conyugalidad o convivencia con los hombres.

Un fenómeno corriente en nuestras cárceles, tanto en las de hombres como en las de las mujeres, es el consumo de drogas interno. Es sabido que en gran parte de nuestros establecimientos penitenciarios, existe el negocio de venta de drogas, sea por tráfico interno de los propios reclusos, como el realizado por el propio personal de custodia.

Dada la relación bastante común entre drogadicción y comercialización de estas sustancias, es necesario abordar la situación específica de las mujeres que la sufren, por constituir una fuente más de discriminación.

En Costa Rica, por ejemplo, en el Centro del Buen Pastor existe un área de atención a la drogadicción para atender las necesidades de las privadas de libertad y minoridad en su problema de la drogodependencia en sus diferentes niveles de prevención, que coordina su acción con grupos minoritarios que se ocupan de esta problemática, como Alcoholicos Anónimos y Hogares Crea. La droga se ha convertido en una actividad productiva que compite con el trabajo lícito, no existiendo mecanismos eficaces para detectar la red de distribución desde cualquier rincón del centro¹⁰⁸⁴.

Lo anteriormente narrado revela el lado discriminatorio señalado anteriormente sufrido por las mujeres porque, al decir de las autoras de este informe, así como se cree que el crimen es un problema masculino por la cantidad de hombres que delinquen, también se cree que la adicción les afecta solamente a ellos, lo que significa que no hay servicios que cubran esta necesidad para las mujeres.

En un informe presentado por el Ministerio Público y la Cámara Latino Americana de juristas y expertos de ciencia penitenciaria, que proporciona un diagnóstico sobre la situación carcelaria en Paraguay, se afirma que el consumo y circulación de drogas al interior de la Correccional de Mujeres es irrestricto generando problemas de relacionamiento entre los internos, debido a que muchas veces se pretende obligar al consumo a las no adictas o a las que están en proceso de abandonar la adicción¹⁰⁸⁵.

Igualmente en Ecuador el problema del consumo del alcohol y drogas se ha hecho ingobernable provocando un colapso en el sistema¹⁰⁸⁶. Infortunadamente éste es un aspecto que las investigaciones criminológicas han ignorado y que, de seguro, se debe a que son hechos difíciles de investigar y peligrosos de denunciar y/o comprobar. Sin embargo, en el Informe del Grupo de Consulta de la OEA sobre impacto del abuso de drogas en la mujer, se considera a las mujeres procesadas de libertad como un grupo altamente afectado por el consumo, el tráfico y otros delitos relacionados con drogas, por lo que se recomienda la realización de prevención y tratamientos especiales para ellas¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ Martin y otras. Las Mujeres privadas de libertad y el respeto a sus derechos. Defensoría de la Mujer, San Jose, C.R., 1995, pags. 39-40.

¹⁰⁸⁵ Rolon Luna, Jorge y otros. Casas de violencia. Diagnostico de la situación carcelaria en el Paraguay. Ministerio de Justicia del Paraguay, 1996, pág. 128.

¹⁰⁸⁶ Narvaez, Grimaneza. Situación de la Mujer Reclusa Ecuatoriana, en Criminalidad y Criminalización de la Mujer en la Región Andina, op. cit., págs. 17 y sgts.

¹⁰⁸⁷ Impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la Familia. Reunión Grupo de Consulta Informe Final. 1996.

El negocio de comercialización de la droga en nuestras cárceles es más de lo que imaginamos, constituyendo fuente de conflictos y motines, pero permanece oculto por las autoridades las que hacen vista gorda del asunto limitandose a dar de baja a los custodios cuando el tráfico interno se ha hecho público.

Esta situación no es privativa de América Latina puesto que en la cárcel de Yserias de España existe la disponibilidad para obtener tabaco, alcohol y porros. También se señala que se podrán conseguir, aunque con mayores dificultades, tranquilizantes, cocaína, heroína, anfetaminas y alucinógenos, señalándose que las que tienen mayor experiencia delictiva son las que manifiestan tener más facilidades para conseguir las drogas¹⁰⁸⁸.

El problema existe y las autoridades lo conocen, pero se tiene un silencio cómplice sobre el asunto. Sabemos que hay zonas de consumo perfectamente localizadas en las cárceles latinoamericanas sin que exista un apoyo institucional que controle el problema. En algunas cárceles, como sucede en la cárcel de Veracruz, México, se les suministra a las mujeres artificios médicos psicológicos en los que figuran sustancias no dañinas, como inyecciones de agua destilada o pastillitas para la digestión (Metoclopridol) parecidos en su presentación a aquellos medicamentos que ellas tomaban en la calle (diazepam, valium, etc.)¹⁰⁸⁹.

Cabe señalar aquí la permisibilidad que los Estados manifiestan ante la venta de medicamentos tranquilizantes, respecto de los cuales es autorizada su venta indiscriminadamente, por estar catalogados como drogas lícitas, debido a las utilidades que acarrea a las empresas transnacionales farmacéuticas y a las entradas fiscales que estas reportan. No es extraño encontrar también la prescripción de "tranquilizantes" a las reclusas catalogadas como nerviosas "para mantenerlas tranquilas".

Un informe de Naciones Unidas sobre Mujer y Abuso de Drogas sintetiza algunos de estos aspectos discriminatorios específicos que perjudican a las mujeres recluidas por estos delitos, puntualizando que hay una carencia de tratamientos adecuados, particularmente para las embarazadas y las que tienen niños pequeños y que se necesitan estudios sistemáticos sobre las implicaciones sociales de ciertas políticas o decisiones judiciales sobre la mujer y su familia. Dicho informe recomienda asimismo alertar al sistema penal para que cumpla con los estándares mínimos de tratamiento a la mujer reclusa y que se considere la aplicación de las medidas alternativas a la prisión¹⁰⁹⁰.

Finalmente esperamos que estas reflexiones incentiven a nuevas y mayores investigaciones sobre un tema respecto del cual no es posible seguir ocultándolo, por las implicaciones que ello acarrea.

¹⁰⁸⁸Vega, H. y García, M. Cárcel y Mujeres. Aspectos educativos y psicológicos, en Cárcel de Mujeres. Compilación de Beristain y de la Cuesta. Instituto de Criminología, Bilbao, 1990.

¹⁰⁸⁹Azaola, Elena y Yacamán, María. Las Mujeres olvidadas. Comisión Nacional de DD.HH. Colegio de México, 1996, pág. 66.

¹⁰⁹⁰United Nations International Drug Control Program. Woman and Drug Abuse: A position paper by the United Nations. Viena, 1994.

CRIMINOLOGIA FEMINISTA: UN DISCURSO (IM)POSIBLE?

Carmen Campos¹⁰⁹¹

I. Introducción

En este artículo pretendo discutir la relación entre la Criminología Crítica y el Feminismo, es decir, la posibilidad de compatibilizar el discurso feminista con la criminología crítica intentando aproximarme a una "criminología feminista".

Una de las contribuciones más consistentes al pensamiento criminológico fue, sin duda, la aportada por el feminismo. Este denunció el androcentrismo del discurso jurídico y evidenció todo el sexismo de su lenguaje y de las decisiones judiciales.

Por otro lado, la Criminología Crítica mostró toda la crueldad del sistema penal y la perversión del discurso jurídico penal. Demostró que el sistema jurídico penal cumple promesas inversas a las que declara. La criminología crítica desestructura el derecho penal tradicional y el sistema penal en su conjunto. El feminismo por su parte, criticó el discurso criminológico por no considerar a las mujeres. Ante esto, ¿será posible compatibilizar los dos pensamientos considerando que las mujeres defienden el uso del derecho penal y consecuentemente del sistema penal? O sea, ¿será posible hablar de una "Criminología Feminista?".

Sin querer responder a esta pregunta, quiero plantear algunas preguntas que me parecen relevantes para contribuir al enriquecimiento de los debates feministas en este campo.

II. La Criminología Crítica

La criminología crítica, nueva o radical surge en la década de los sesenta en Estados Unidos y Europa como respuesta a una criminología tradicional que trataba el problema de la criminalidad como un problema de ciertos individuos. En efecto, el problema fundamental que coloca la criminología es el de la criminalidad o delincuencia. Para resolver este problema, la criminología tradicional se preguntaba quién era el delincuente y porqué llegaba a cometer un delito. Encontró las respuestas a estas preguntas en los individuos, más concretamente en determinaciones de tipo biológicas o sociales que los convertían en delincuentes. Este intento de explicar la criminalidad busca darle a la criminología un estatus científico, acorde con los postulados positivistas. Algunas de las obras clásicas representativas de la criminología tradicional son "El Hombre Delincuente" de Lombroso, publicada en 1876 y "Sociología Criminal" de Ferri, publicada en 1891. Así:

la primera y celebre respuesta sobre las causas del crimen fue dada por el médico italiano LOMBROSO quien sustenta, inicialmente, la tesis del criminal nato: La causa del crimen se identifica en el propio delincuente. Partiendo del determinismo biológico (anatomofisiológico) y psíquico del crimen y valiéndose de métodos de investigación y análisis propios de las ciencias naturales (observación y experimentación) procuró comprobar su hipótesis a través de la confrontación de grupos de criminales con delincuentes de hospitales

¹⁰⁹¹Este artículo es parte del Capítulo 1 de la Tesis de Maestría sobre el mismo tema.

siquiátricos y prisiones, sobretodo del sur de Italia. Pesquisa en la cual contó con el auxilio de FERRI, quien sugirió, inclusive, la denominación "criminal nato".¹⁰⁹²

Para Lombroso eran las características biológicas de ciertos individuos las que explicaban la criminalidad. Al realizar sus investigaciones en las prisiones y en los manicomios concluyó que esos individuos poseían ciertas características comunes, trazando un perfil del criminal (poca capacidad craneana, frente hundida, orejas grandes, agudeza visual, etc.). Ferri distingue tres causas ligadas a la etiología del crimen; individuales (orgánicas y psíquicas), física (ambiente telúrico) y sociales (ambiente social) desarrollando y ampliando las ideas antropológicas lombrosianas. Así, el crimen para Ferri pasa a ser una conjugación de esos tres factores.¹⁰⁹³

Por eso, afirma Baratta¹⁰⁹⁴ que "en la base del paradigma etiológico la criminología es la ciencia de las causas de la criminalidad. Este paradigma, con el cual nació la criminología positivista a fines del siglo pasado, permanece a la base de toda criminología 'tradicional'".

El paradigma etiológico presupone una noción ontológica de la criminalidad anterior a las definiciones y a la reacción social, institucional y no-institucional a las que esas definiciones dan causa. Por ello quedan fuera de su objeto "las normas sociales y jurídicas, la acción de las instancias oficiales y los mecanismos sociales a través de los cuales se realiza la definición de determinados comportamientos de determinados individuos como 'criminales' así como la reacción social respectiva."¹⁰⁹⁵

Es de esta manera que la criminología tradicional se funda en el paradigma etiológico, entendiendo la criminalidad como una calidad de ciertos individuos, es decir, la criminalidad como atributo ontológico. Las causas de la delincuencia se explicaban por los individuos, como un comportamiento natural común a algunos y distinto de los demás.¹⁰⁹⁶

En reacción a esta formulación causal de la delincuencia surge en Europa y en los Estados Unidos un movimiento teórico que intenta explicar que la criminalidad no puede ser entendida por las condiciones individuales, sino que a través de procesos de definición de la propia criminalidad. A esta reacción teórica se la denominó el "*labelling aproach*" o de la reacción social, o de definición.¹⁰⁹⁷ "La Nueva Criminología europea se organizó en Inglaterra en torno a la *National Deviance Conference* (N.D.C.), fundada en 1968 y encabezada por Taylor, Walton y Young, autores del clásico "The New Criminology: For a Social Theory of Deviance" (1973) y organizadores de la coetánea "Critical Criminology" (1975)¹⁰⁹⁸.

Igualmente señala Marteau que en Inglaterra, al final de los años sesenta, un grupo de académicos entre los cuales se encontraban Cohen, M. McIntosh, I. Taylor, L. Taylor y J. Young, pretenden revitalizar la sociología anglosajona proponiendo que ésta incorpore temas como la desviación criminal. "El libro de I. Taylor, J. Walton y P. Young, de 1973 y el de 1975

¹⁰⁹²Andrade, Vera Regina Pereira. Do paradigma etiológico ao paradigma da reacao social: mudanca e permanencia de paradigmas criminológicos na ciencia e no senso comum, en Revista Sequencia, Florianópolis. No. 30. 1995, pág. 25.

¹⁰⁹³Idem.

¹⁰⁹⁴Baratta, Alessandro. Sobre a criminología crítica e sua funcao na política criminal. Documentacao e Direito Comparado. Boletim de Ministério da Justica. Lisboa, nota 13, separata, 1983, pág. 145.

¹⁰⁹⁵Idem., pág. 145-46.

¹⁰⁹⁶Baratta, op. cit.; Andrade, op. cit.

¹⁰⁹⁷Andrade, op. cit.

¹⁰⁹⁸Andrade, Vera Regina Pereira. Ilusao de seguridad jurídica: do controle da violencia a violencia do controle penal. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pág. 187-88.

que ellos mismos organizan -y en el que incluyen textos de diversos autores radicales-, además de la obra contemporánea de B. Fine de 1979 y la posterior de A. Baratta en 1982, pueden ser consideradas como el *corpus* teórico básico de la perspectiva radical europea.¹⁰⁹⁹

"El *labelling approach* surge en los Estados Unidos de América a finales de la década de los cincuenta e inicios de los sesenta con los trabajos de autores como H. Garfunkel, E. Gofman, K. Ericson, A. Cicourel, H. Becker, E. Schurt, T. Scheff y Lemert, entre otros, pertenecientes a la llamada 'Nueva Escuela de Chicago' que comienzan a cuestionar el paradigma funcional dominante dentro de la sociología norteamericana".¹¹⁰⁰

Por eso mismo, dentro de la denominación criminología crítica encontramos un campo de referencias teóricas amplio. En este sentido dice Baratta¹¹⁰¹ que " la etiqueta criminología crítica se refiere a un dominio bastante vasto y no homogéneo de discursos que no cuadran dentro del pensamiento criminológico y sociológico-jurídico contemporáneo, y tienen en común una característica que los distingue de la criminología tradicional: una nueva manera de definir el objeto y los términos propios de la cuestión criminal." Es a ese nuevo saber gestado que denominaremos criminología crítica nueva o radical. Esta criminología, al afirmar que la criminalidad no tiene una naturaleza ontológica, critica el presupuesto fundamental de la criminología positivista. Dice que la naturaleza de la delincuencia o criminalidad se define socialmente, acentuando el papel del control social en su construcción. Al hacer dicha afirmación, cambia el eje de la investigación de la persona a la reacción social de la conducta desviada, en especial por el sistema penal.¹¹⁰²

Así, el nuevo paradigma cambia la investigación de las causas comportamentales de la criminalidad a las condiciones sociales y la etiqueta criminal y el estatuto criminal son atribuidos a como funciona la reacción social a ese etiquetamiento. Cuestiona cómo y a quién se distribuye la etiqueta de criminal y a quién define. A la base de este cuestionamiento está la sociedad y sus diversos intereses sociales, económicos y políticos, por tanto, las relaciones de poder de esa misma sociedad. El análisis de los procesos de definición no puede entonces desconocer las relaciones sociales y, por lo tanto, el poder del Estado en la definición de la criminalidad. El análisis crítico de Baratta tiene como base el marxismo.

Esta nueva criminología, entonces, marca un cambio de la recepción de las teorías norteamericanas a una elaboración marxista, con una fuerte aceptación y crítica al *labelling approach*. La criminología crítica consiste pues, en una crítica a las teorías criminológicas anteriores, desde la criminología etiológica hasta el etiquetamiento, que desconoce la dimensión del poder. La introducción de la concepción marxista en la nueva criminología marca el surgimiento de la criminología crítica¹¹⁰³.

La crítica elaborada al paradigma de la reacción social revela que tratar el crimen como una conducta definida legalmente, implicaba la imposibilidad de investigar la criminalidad como un fenómeno social sino en tanto definido normativamente. De esta forma, la criminología delimitaba su objeto de modo tal que quedaba subordinada al derecho penal y al definir a los criminales como sujetos de etiquetamiento, identificando a la población criminal con la clientela del sistema penal¹¹⁰⁴.

¹⁰⁹⁹Marteau, Juan Félix. A condicao estratégica das normas. Sao Paulo, IBCCrim, 1997, pág. 33.

¹¹⁰⁰Andrade, Ilusa de segurança jurídica, op. cit., pág. 186.

¹¹⁰¹Baratta, op. cit., pág. 145.

¹¹⁰²Andrade, Ilusao de segurança jurídica, op. cit.

¹¹⁰³Larrauri, Elena. La herencia de la criminología crítica. Siglo Veintiuno, Madrid, 1991, pág. 101.

¹¹⁰⁴Andrade, Do paradigma etiológico ao paradigma da reacao social, op. cit.

El nuevo abordaje implicó analizar los procesos de definición y de reacción social, asociados a la distribución del poder de definición y de reacción de una sociedad, la desigual distribución de ese poder y los conflictos de intereses que están en el origen de esos procesos. O sea, al lado de esa dimensión de definición hay una dimensión de poder.

Es a partir de esta nueva fase de la criminología crítica, que implicó un análisis de las relaciones sociales de producción y, por lo tanto, de la selectividad de clase de los procesos de definición, que pasaremos a trabajar en este artículo. En este sentido, "la perspectiva de reforma radical que recorre la criminología crítica parte del conocimiento de los mecanismos selectivos y las funciones reales del sistema ligados a la desigual distribución del bien negativo de la criminalidad; es parte de la consciencia de la desigualdad".¹¹⁰⁵

En este nuevo abordaje, el sistema penal pasa a ser entendido como un sistema estructurado para garantizar esa desigualdad, para reproducir las relaciones sociales desiguales y por eso mismo, poseedor de un carácter selectivo. Su función pasa a ser la construcción social de la criminalidad a través de la definición legal de las conductas criminales (criminalización primaria) por el poder legislativo, la selección de los criminales por la Policía y la Justicia (criminalización secundaria) y la estigmatización por la ejecución penal.¹¹⁰⁶ De esta forma, el sistema penal, al definir cuáles son los bienes jurídicos protegidos, así como quién es el criminal que debe ser perseguido, demuestra ser parte de la estructura de poder de la sociedad.

De allí que Andrade¹¹⁰⁷ afirma que:

si la conducta criminal es mayoritaria y ubicua, y la clientela del sistema penal está compuesta regularmente en todos los lugares del mundo por personas que pertenecen a bajos estratos sociales, ésto significa que hay un proceso de selección de personas a las que se califica como delincuentes y no, como se pretende, un mero proceso de selección de conductas calificadas como tales. El sistema penal se dirige casi siempre contra ciertas personas, más que contra ciertas acciones legalmente definidas como crímenes.

Así, el sistema penal de control del desvío social revela, entonces, una contradicción fundamental entre la igualdad formal de los sujetos de derecho y la desigualdad sustancial de los individuos que pueden ser seleccionados como delincuentes. Esas posibilidades son mayores en la población pobre (sub-proletariado y grupos marginales), que para la criminología crítica, tiene las características personales sobre las cuales el *status* de criminal es atribuido¹¹⁰⁸. El sistema penal tiene la función social de reproducir las relaciones sociales y mantener la estructura vertical de la sociedad, dando inicio a procesos de marginalización. Siendo la criminalidad una construcción social¹¹⁰⁹, es decir, productos de procesos de

¹¹⁰⁵Baratta, op. cit., pág. 159.

¹¹⁰⁶Andrade, Do paradigma etiológico ao paradigma da reacao social, op. cit.

¹¹⁰⁷Idem., pág. 267.

¹¹⁰⁸Baratta, Alessandro. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. Estudios Penales y criminológicos. Santiago da Compostela, 1989, pág. 15-68, nota 11; Andrade, Do paradigma etiológico ao paradigma da reacao social, op. cit.

¹¹⁰⁹La perspectiva de la criminalidad como construcción social ha sido desarrollada por John Kitsuse y Malcom Spector, denominada interaccionismo simbólico. Para los autores, la criminalidad, en cuanto problema social existente en la consciencia de los co-asociados y de los órganos oficiales, constituye el resultado de definiciones y juicios de valor al interior del proceso general de las comunicaciones y de las interacciones que se producen en una sociedad. Este proceso está basado en ideas y valores que tienen un alcance general y que caracterizan al conjunto de la sociedad. En este sentido, la criminalidad es una construcción social. O sea, la criminalidad está directamente vinculada a la esfera subjetiva de la cultura. Ver Baratta, Por una

definición institucionales o informales, podemos decir que el sistema penal tiene una función de reproducción material y una función de legitimación (reproducción ideológica) y la criminalidad es un mecanismo de reproducción de las relaciones de desigualdad y de marginalización social. El elemento ideológico es inherente a la estructura y al funcionamiento del sistema penal así como a la estructura y funcionamiento del derecho. En el capitalismo el modo de intervención jurídica en las relaciones de producción es ideológico, generando y manteniendo la desigualdad. Sin un elemento ideológico, la contradicción entre forma y contenido del derecho colocaría al sistema social en crisis y en permanente amenaza. La ideología tiene por función producir y mantener una imagen idealizada del sistema penal, asegurando un gran consenso entre los operadores y el público¹¹¹⁰. Así, el sistema penal se presenta como uno de los principales mecanismos de conservación y reproducción de la realidad social, de las relaciones desiguales, de la verticalización de la sociedad. En contradicción con sus principios declarados, igualdad y defensa del interés social, el funcionamiento del sistema penal se revela notoriamente selectivo, no solo en reclutamiento de su clientela sino también en la protección de ciertos intereses jurídicos¹¹¹¹.

De esta forma, se verifica que el sistema penal cumple funciones inversas a las que declara. Andrade destaca tres incapacidades e inversiones de las funciones declaradas del sistema penal: garantizadora, preventiva y resolutoria. Al observar la programación normativa del sistema penal, de acuerdo con los principios garantistas (legalidad, igualdad y humanidad) se verifica que está estructuralmente configurado para la violación de esos principios. En lo que se refiere al principio de igualdad, la función latente la cumple la desigualdad en virtud de la selectividad con que actúa. La incapacidad de la función preventiva revela que la pena no cumple la función de control y reducción de la criminalidad. Al contrario, la cárcel es un factor criminógeno, un factor multiplicador de la criminalidad. La incapacidad o inversión resolutoria habla de la resolución del conflicto en la perspectiva de la víctima. Se observa entonces que la víctima se encuentra excluida como sujeto del proceso al ser representada por un organismo institucional. Esta exclusión de la víctima impide la posibilidad de participar en la resolución del conflicto en el que se encuentra implicada directamente, más aun de interferir en él.¹¹¹²

De esta forma, afirma Baratta¹¹¹³, el derecho penal igualitario no pasa de ser un mito, porque se sostiene que:

- a) El derecho penal protege igualitariamente a todos los ciudadanos contra las ofensas a los bienes esenciales, en los que están todos los ciudadanos igualmente interesados (principio del interés social y del delito natural);
- b) La ley penal es igual para todos, es decir, todos los autores de comportamientos antisociales y violadores de normas penalmente sancionadas tienen iguales posibilidades de convertirse en sujetos, y con las mismas consecuencias, del proceso de criminalización (principio de igualdad).

La igualdad declarada no se observa en tanto:

teoría materialista de la criminalidad y del control social, op. cit., pág.19. Ver también Andrade, Ilusao de seguridad jurídica, op. cit.

¹¹¹⁰Baratta, Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social, op. cit.

¹¹¹¹Idem.; Zaffaroni, Eugenio Raúl. El sistema penal en los países de América Latina, en Araújo Jr., Joao Marcelo de. Sistema penal para o terceiro milenio. Revan, Rio de Janeiro, 1991, pág. 221-236; Andrade, Ilusao de seguridad jurídica, op. cit.

¹¹¹²Andrade, Ilusao de seguridad jurídica, op. cit., págs. 110-12.

¹¹¹³Baratta, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violencia estrutural e a violencia penal. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 1993, pág. 179-80.

- a) El derecho penal no defiende a todos los bienes sino solo los bienes esenciales, en los cuales están igualmente interesados todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales lo hace con una intensidad desigual y de modo fragmentario;
- b) La ley penal no es igual para todos, el status de criminal es distribuido de forma desigual entre los individuos;
- c) El grado efectivo de tutela y la distribución del status de criminal es independiente de la dañosidad de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que éstas no constituyen la variable principal de la reacción criminalizante y de su intensidad.

La crítica de Baratta demuestra que el derecho penal es tan desigual como cualquier otra rama del derecho, y que es, contrariamente a su apariencia, un derecho desigual por excelencia.

El análisis marxista realizado por Baratta revela la contradicción existente en el sistema penal de control a la desviación, así como en todo derecho burgues, entre la igualdad formal de los sujetos de derecho y la desigualdad sustancial de los individuos, que, en este caso, se manifiesta en relación a las posibilidades de ser definidos y controlados como desviados. Es decir, el sistema penal es un sistema de derecho desigual. De esta forma, el derecho penal privilegia los intereses de las clases dominantes y las hace inmunes al proceso de criminalización. Las mayores posibilidades de ser "seleccionado para ser parte de la población criminal" aparecen en las capas más bajas de la escala social. No solo las normas penales se forman o se aplican selectivamente reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el derecho penal también ejerce una función fáctica, la cual es la reproducción y la producción de estas desigualdades y de una gran violencia institucional.¹¹¹⁴

Baratta utiliza los conceptos de violencia estructural (injusticia social) entendida como la represión de las necesidades reales de donde derivan las demás violencias, y la violencia institucional entendida como aquella en la que el agente es alguno de los órganos del Estado. Así, la violencia del sistema penal es una violencia institucional que se opera a través del concepto del crimen y de la selectividad operacional del sistema.

En este sentido, afirma Zaffaroni:¹¹¹⁵

En la realidad, los sistemas penales actúan con un alto grado de violencia. Las omisiones con relación a la tutela de la vida, la incapacidad de contener la cantidad de abortos, etc., revelan un discurso jurídico penal innegablemente falso y aquellos que se colocan en posiciones progresistas y que se dan cuenta de la gravedad del fenómeno también reproducen el discurso jurídico penal falso una vez que no disponen de otra alternativa que no sea ese discurso en su versión de "Derecho penal de garantía" (o liberal) para intentar defender a los que caen en los engranajes del sistema penal como procesados, criminalizados o victimizados.

En la aplicación selectiva de las sanciones penales estigmatizantes la cárcel tiene una función esencial en la manutención de la jerarquía social que incide sobretudo en las capas

¹¹¹⁴Idem., pág. 182.

¹¹¹⁵Zaffaroni, Eugenio Raúl. La mujer y el poder punitivo. Vigiladas y Castigadas. Seminario Regional: Normatividad penal y mujer en América Latina y el Caribe. CLADEM, Lima, 1993, págs. 13-14.

más pobres. Aparece como una de las funciones simbólicas de la pena, justamente la punición de ciertos comportamientos ilegales para cubrir un número amplio de comportamientos ilegales, pero que quedan impunes al proceso de criminalización.

1.2.1 La pena de prisión y el sistema carcelario

La cárcel representa el momento culmine del proceso de selección estigmatizante, el momento más significativo del sistema penal¹¹¹⁶. La prisión, el principal instrumento caracterizador del sistema penal y contrariamente al principio de resocialización, se muestra como un instrumento institucional esencial de conservación, administración y producción de marginalización social.¹¹¹⁷

Para definir la realidad de la cárcel en la sociedad es necesario considerar la función que desempeña, así como los tipos de sociedades en que tuvo lugar. Las visiones son divergentes en relación a su función que puede ser retributiva, intimidatoria (prevención general) y re-educativa (prevención especial). Un análisis realista y radical de las funciones de la cárcel debe apuntar al fracaso histórico de esta institución con relación a los fines de control de la criminalidad y reinserción del desviado en una sociedad. Así, la estrategia final deberá apuntar a la abolición de la institución carcelaria.¹¹¹⁸

La pena de prisión, además de ser un castigo corporal de degradación de los cuerpos, de la privación del sol, de la luz, etc. es la "entrada a un universo artificial donde todo es negativo". La prisión es un mal social y produce sufrimiento estéril, sin sentido. La prisión despersonaliza y de-socializa a las personas¹¹¹⁹.

El proceso selectivo del derecho penal, al dejar fuera un número altísimo de casos no procesados, coloca el problema de las cifras ocultas¹¹²⁰ de la criminalidad y hace pensar en una supuesta normalidad del sistema. De esta forma, Hulsman cuestiona el hecho de considerar normal una institución que interviene en la vida de forma tan marginal y estadísticamente despreciable. Sustenta que la pena a ser abolida es la pena concebida por el sistema penal y en los campos aun no criminalizados más bien debe evitarse la criminalización, es decir, debe evitarse a cualquier precio la criminalización buscando la resolución de situaciones fuera del campo del sistema penal.

Lola Aniyar, analizando el sistema penitenciario dice que el mejor sistema penitenciario es el que no existe, porque la cárcel no sirve para resocializar. Ella argumenta que el único fin proclamado que cumple es el castigo y que se trata de un castigo inútil y para pocos, pues el sistema selectivo por el cual opera el sistema penal tiene límites en su capacidad operativa y filtra el tejido social. La cárcel entonces sirve para estigmatizar, para despersonalizar y para reproducir de la carrera criminal. La impunidad es la regla general en el sistema penal y la función de la cárcel es simbólica, porque el sistema penal no fue creado para combatir los delitos, sino que para organizar las transgresiones, para aglutinar consensos y para reproducir

¹¹¹⁶Slokar, 1993.

¹¹¹⁷Baratta, *Direitos Humanos*, op. cit.

¹¹¹⁸Baratta, *Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social*, op. cit.; Andrade, *Ilusao de seguranca jurídica*, op. cit.

¹¹¹⁹Hulsman, Loui y Celis, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questao*. 2a. ed. Traducao de Maria Lúcia Karam. Niteroi, Luam, 1998, pág.62.

¹¹²⁰Preferimos la designación de cifras ocultas a cifras negras para mencionar el número expresivo de crímenes que no son perseguidos por el sistema penal, principalmente los llamados delitos de cuello blanco. Estos datos se expresan a partir de innumerables investigaciones criminológicas que llevan a afirmar que el sistema penal funciona para un reducido número de casos.

la imagen de la fuerza del poder. Se argumenta sin embargo, que la impunidad no es una catástrofe puesto que si todo aquel que cometiese un delito fuera a prisión no habría ladrillos para construirla.

En este sentido, Zaffaroni afirma que "si todos los hurtos, todos los adulterios, todos los abortos, todos los fraudes, todos los sobornos, todas las lesiones, todas las amenazas, etc. fuesen concretamente criminalizadas, prácticamente no habría habitante que no fuese, por diversas razones, criminalizado."¹¹²¹ La pena solo se explica en su función simbólica de manifestación de poder y en su finalidad no explicitada de mantener y reproducir ese poder.¹¹²²

Baratta, a propósito de las funciones instrumentales y simbólicas de la pena, señala:

la función simbólica no se dirige ni a los infractores ni a los potenciales, pero sí y sobretudo a los ciudadanos fieles a la ley, los que supuestamente manifiestan una tendencia espontánea a respetarla. En relación a éstos la previsión o aplicación de las normas no tiene una función de prevenir el delito (prevención negativa) pero si la de reforzar la validez de las normas; ésto significa también reestablecer la 'confianza institucional' en el ordenamiento, quebrantada por la percepción de desviación..... La teoría de la prevención general positiva y, por lo tanto, una teoría de la función simbólica del derecho penal en el sentido de que las funciones indicadas se relacionan directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y con la afirmación de la validez de las normas, confirmación que es simbólica y no empírica, por ser independiente de la cantidad de infracciones y de su reducción.¹¹²³

La cárcel debe ser entonces, la última solución. Las medidas alternativas, como las sanciones civiles y administrativas, la utilización de las penas accesorias como principales, la multa o el perdón judicial, la diversión¹¹²⁴, el trabajo de utilidad social, la semidetención y la semilibertad, la limitación de encarcelación a los fines de semana, deben ser priorizadas. La resocialización es estrictamente penitenciaria. Si se considera el principio de intervención mínima, se debe buscar debilitar el sistema represivo sin abandonar la meta de encontrar sustitutivos a la pena de prisión.¹¹²⁵

En virtud de esto, se verifica una pérdida de legitimidad del sistema penal que hace cuestionar su eficacia para una respuesta adecuada a la criminalidad. Por eso Zaffaroni sustenta que el discurso jurídico penal es innegablemente falso, deslegitimado y perverso, en tanto se basa en una realidad que no existe y produce efectos contrarios a los que pregona. Los sistemas penales tienen como características estructurales la selectividad, la reproducción de la violencia, la creación de condiciones para mayores conductas lesivas, la corrupción institucionalizada, la concentración del poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias. Estas características niegan todo el discurso jurídico-penal y solo pueden ser eliminadas con la eliminación de los propios sistemas penales. "La

¹¹²¹Zaffaroni, El sistema penal en los países de América Latina, op. cit., pág. 26.

¹¹²²Karam, Maria Lúcia. 1997.

¹¹²³Baratta, Alessandro. No está en crisis la criminología crítica, en Qué pasa en la criminología moderna. Martínez, Mauricio, Ed. Temis, Bogotá, 1990, pág. 29.

¹¹²⁴No existe en el Brasil, pero sí en Bélgica, Francia, Japón, Inglaterra y Estados Unidos. Por este mecanismo el Ministerio Público puede suspender el proceso o reasumir ciertas obligaciones de carácter resocializador, de acuerdo con el principio de la oportunidad. El ejemplo más cercano que tenemos es la suspensión permitida por la Ley 9.099/95 en los delitos de menor potencial ofensivo.

¹¹²⁵Aniyar de Castro, Lola. Notas para un sistema penitenciario alternativo, en Oliveira, Edmundo (org.). Fórum Internacional de Criminología Crítica. Edicoes Cejup, 1990, pág. 108-121.

selectividad estructural del sistema penal hace que su poder represivo sea ejercido sobre un número insignificante de hipótesis de intervención planificadas, tanto en la legalidad penal como en la legalidad procesal."¹¹²⁶ La construcción de un nuevo discurso jurídico-penal debe aceptar la deslegitimación en el ejercicio del poder del sistema penal y limitarse a pautar las decisiones de las agencias judiciales con el único objetivo político de reducir la violencia, llevando una información criminológica adecuada sobre la operacionalidad real de los sistemas penales.¹¹²⁷

De esta forma se debe buscar la descriminalización, la mayor reducción posible del sistema penal. En este sentido, la propuesta del derecho penal mínimo debe ser apoyada de manera incuestionable por todos los que deslegitiman el sistema penal, no como meta insuperable sino como tránsito hacia el abolicionismo, por más inalcanzable que hoy parezca.¹¹²⁸

Así, la criminología crítica deconstruyó el discurso jurídico penal. Es justamente a esta encrucijada a la que se enfrenta la criminología feminista en su intento por forjar un nuevo camino.

3. La criminología feminista

De todas las corrientes que influenciaron la criminología crítica, la más importante fue la del movimiento feminista. La presencia de mujeres en el mundo de los hombres criminólogos contribuyó a ampliar el objeto de la criminología crítica.¹¹²⁹ La principal contribución de las criminólogas feministas fue identificar que la tesis de la selectividad no contemplaba, en su origen, la desigualdad de género en los diversos grupos sociales. Al excluir la especificidad del género mujer de su objeto, la criminología crítica excluía a la mitad de la población compuesta por mujeres. La ausencia de lo femenino en los análisis no permitía una comprensión de la conducta delictiva y del control social general.¹¹³⁰

La criminología crítica al concentrar su análisis en el surgimiento del capitalismo, desconsideró la génesis de la opresión de las mujeres, anterior al propio capitalismo. Las criminólogas críticas feministas buscaban demostrar que además de vivir en una sociedad capitalista, se vive en una sociedad patriarcal. Denunciando la visión androcéntrica¹¹³¹ de la criminología, introdujeron las categorías de patriarcalismo (al lado de la de capitalismo) y las formas de dominación sexista sobre la mujer (al lado de la dominación clasista).¹¹³² Las criminólogas feministas sustentan que la génesis de la opresión a la mujer no puede ser reducida a la opresión de clase, pues aquella es anterior y distinta, producto de una estructura patriarcal de la sociedad. Con este enfoque, fue posible cuestionar la ideología de la

¹¹²⁶Zaffaroni, El sistema penal en los países de América Latina, op. cit., pág. 15.

¹¹²⁷Pese a las diferencias existentes entre Baratta y Zaffaroni, hacemos referencia a estos autores en el marco de la Criminología, no con el propósito de analizar sus diferencias conceptuales, que desde luego son importantes. Nos preocupa más bien identificar sus críticas al sistema penal y al discurso jurídico penal y la proximidad teórica entre ellos, que privilegia respuestas no penales a los conflictos sociales.

¹¹²⁸Zaffaroni, El sistema penal en los países de América Latina, op. cit., pág.106; Baratta, Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social, op. cit., pág. 66.

¹¹²⁹Larrauri, La herencia de la criminología crítica, op. cit.

¹¹³⁰Facio, Alda y Camacho, Rosalía. En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología, en Seminario Regional: Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe. Vigiladas e Castigadas. CLADEM, Lima, 1993, pág. 27-48; Andrade, Ilusao de seguridad jurídica, op. cit.

¹¹³¹Androcéntrico es la visión del mundo desde el punto de vista masculino que consiste en tomar al macho de la especie como modelo de lo humano.

¹¹³²Andrade, Ilusao de seguridad jurídica, op. cit.

superioridad masculina y abordar en la investigación criminológica los sistemas de control social informal y su relación con el control formal (Derecho penal) cuando es aplicado a las mujeres.¹¹³³ La forma en que estos sistemas de control y sus agentes ven a las mujeres, crea y reproduce los estereotipos de cada género. O como dice Mackinnon "el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres". Así las feministas distinguirán el capitalismo del patriarcado, evidenciando que estas estructuras no operan simultáneamente, siendo que determinadas leyes pueden beneficiar a las clases dominantes, otras a los trabajadores, y otras a los hombres en detrimento de las mujeres.¹¹³⁴

De esta forma, conforme a Andrade, la incorporación de la categoría de género contribuyó científicamente porque permitió maximizar la comprensión hasta entonces obtenida del sistema penal, social y político, porque develó que la apariencia de neutralidad y tecnicismo con que se formulan los discursos jurídicos esconden una visión predominantemente masculina.

Las criminólogas feministas al mismo tiempo que criticaban el discurso criminológico no dejaban de admitir su análisis sobre el sistema penal. La cuestión estaba planteada: ¿De reconocer los argumentos de la criminología crítica, como son el derecho penal mínimo, la máxima contracción penal y el abolicionismo, cómo el feminismo podría sustentar la penalización de los delitos practicados en contra de las mujeres? ¿Cómo validar la permanencia de un Derecho penal machista necesario para la protección de los derechos de las mujeres? La solución de una compatibilización epistemológica de ambos saberes parecía absurda.¹¹³⁵

Larrauri fue, dentro del movimiento feminista, la que mejor elaboró la necesidad de utilizar el derecho de forma simbólica.¹¹³⁶ Las feministas consideraban un absurdo que se criticase su pretensión de utilizar el derecho penal de forma simbólica, toda vez que la ausencia del derecho penal también tenía efectos simbólicos. Argumentaban que la falta de legislación que regulara la esfera privada de la misma forma que la pública, producía el efecto de relegar a la mujer a una condición inferior y que lo que acontece en dicha esfera, como por ejemplo el incumplimiento de prestaciones económicas, el maltrato, la violación, aparecían como minucias para el poder legislativo, bastante ocupado ya en la regulación del ámbito público.¹¹³⁷ El Estado, al renunciar a su intervención, mantiene una relación de poder desigual que implica, en el ámbito de la familia, dejar a la mujer sometida al marido. La no intervención del Estado en la esfera privada legitima la naturalidad de una división público-privado, haciendo aparecer como natural lo que fue socialmente construido en un período histórico que corresponde al surgimiento del capitalismo. El Estado define como privados aquellos espacios de la vida en los cuales no interviene y, paradójicamente, usa la privacidad para justificar su no intervención. Así, si no existe el derecho penal prevalecerá el uso del sentido común que coloca a la mujer en una situación de subordinación. De esta forma, se hace necesario que el Estado intervenga en la simbología social inherente a la supremacía masculina. Desde este punto de vista no importa tanto el castigo propiamente tal sino la intervención simbólica del derecho penal. Esta utilización simbólica del derecho penal parte de la apreciación de que este derecho genera

¹¹³³Idem.; Larrauri, La herencia de la criminología crítica, op. cit.; Larrauri, Elena. El derecho penal de las mujeres, en Mujeres, Derecho penal y Criminología. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.

¹¹³⁴Larrauri, La herencia de la criminología crítica, op. cit.

¹¹³⁵Idem.

¹¹³⁶La utilización del derecho penal de forma simbólica significa, para la autora, la preocupación del Estado en regular situaciones que violen los derechos de las mujeres. No la preocupación como castigo, pero sí en el cambio de la percepción pública del problema. Larrauri sostiene que la utilización simbólica del derecho penal puede ser el último intento de legitimar un derecho penal cada vez más desacreditado.

¹¹³⁷Larrauri, La herencia de la criminología crítica, op. cit., pág. 219.

nuevos valores aceptados socialmente y traducidos en acciones directas, es decir, en comportamientos adecuados a esos valores. Más aun, la relación de comunicación del derecho penal con la sociedad se hace cada vez más compleja.

La posición de los movimientos feministas logró publicitar y visibilizar un problema que estaba oculto en la familia. Aparecen como intolerables la violencia, los malos tratos, el incumplimiento del pago de pensión alimenticia, etc. En definitiva, no habría un motivo relevante que justificase la no utilización, de parte de las mujeres, del derecho penal.

Smaus, analizando la polémica entre el feminismo y el abolicionismo, dice que la contradicción entre la estrategia feminista y el abolicionismo en el derecho penal hace aparecer al feminismo defendiendo el uso del derecho penal en contraposición a la tesis abolicionista. Para la autora, es imposible pertenecer a ambos bandos. El punto de contacto entre las dos posiciones es que en ambos casos se trata de movimientos de liberación.

Los abolicionistas se preocupan de evitar los problemas que el derecho penal crea para los inculpadados, mientras que las feministas se preocupan de la violencia a que se ven sometidas las mujeres por el sexo masculino. El derecho penal es visto como un medio para visibilizar y politizar esta situación. Los efectos secundarios del derecho penal no son tan importantes. Por otro lado, el objetivo de los abolicionistas es siempre el otro (generalmente hombres de clases subalternas), mientras que para las feministas son las propias mujeres las que, de una forma u otra son las afectadas por la violencia sexual, y cuya polémica es hacia los hombres, agentes del mandato patriarcal. Se trata por lo tanto de un conflicto intersexual. Los abolicionistas actúan en ese orden, limitador de la actividad pública de las mujeres y que las somete al mundo privado. Por eso, las mujeres, para ganar espacios, declaran públicos sus problemas, hasta entonces considerados privados. Se trata primero de que las mujeres alcancen la situación que los abolicionistas quieren suprimir, o sea, no se trata de prescindir del derecho penal porque el poder masculino es en gran parte asegurado por la violencia física. Así la aplicación selectiva del derecho penal a la que se refieren los abolicionistas como de no uso, corresponden a relaciones de poder y normas informales de tratamiento desigual. Si la criminalización de las clases subalternas asegura el poder de las clases altas, la no criminalización de la violencia asegura el dominio del patriarcado en el espacio privado.¹¹³⁸ Así, "las mujeres, como también otros grupos sociales deben recurrir con sus reivindicaciones al Estado, porque son sus instituciones las que deciden cómo debe hacerse justicia, dado que es a los Estados, en el momento de su fundación, al que les ha sido transferida la competencia para decidir y componer los conflictos sociales."¹¹³⁹

Para esta autora, siendo el feminismo, más que una concepción teórica, un movimiento político, la polémica entre abolicionismo y feminismo no puede ser resuelta en el campo científico pero sí en el campo político donde las mujeres deben usar todos los instrumentos disponibles. El derecho penal es uno de esos instrumentos, pudiendo ser usado en un determinado momento o rechazado en otro. El feminismo ha revelado que las cuestiones relativas a la naturaleza de los problemas sociales, su *status* ontológico y epistemológico y sus causas, el fundamento social del derecho y de sus definiciones y la legitimación de las estrategias de transformación y sus conexiones con el análisis de las causas son y siempre fueron cuestiones de naturaleza política.¹¹⁴⁰

¹¹³⁸Smaus, Gerlinda. Abolicionismo: el punto de vista feminista. Traducción de Mary Beloff., en No Hay derecho. V. 3, N. 7, Año III, No. 7. 1992, pág. 10-12.

¹¹³⁹Idem.

¹¹⁴⁰Idem.

Facio, analizando la relación entre feminismo y criminología crítica, dice que en América Latina ésta parece no haber superado la misoginia¹¹⁴¹, pues a pesar de haber combatido la criminología etiológica y los mitos que ésta desarrolló, su enfoque de la realidad continúa siendo androcéntrico y su definición de lo que constituye el control social más o menos ginope¹¹⁴². A pesar de la elaboración teórica producida por el feminismo sobre el conocimiento tradicional, se sigue negando esa producción pese a que se denomine crítica, revolucionaria o radical. Conceptos utilizados por las mujeres como feminismo, patriarcado, género, androcentrismo, etc. para explicar la realidad desde otra perspectiva, no son consideradas.¹¹⁴³

Entienden la violencia doméstica, entonces, más que como una manifestación individual de la violencia como parte de la violencia estructural, uno de los pilares del patriarcado, es decir, "sin la violencia intrafamiliar el patriarcado no se mantiene".¹¹⁴⁴ En este sentido, señala Facio¹¹⁴⁵:

los malos tratos hacia la esposa son una manifestación individual de la violencia, pero también es parte de la violencia estructural que tiene sus raíces en las actitudes históricas para con las mujeres de la institución matrimonial. La violencia contra la mujer se ejerce para que los hombres puedan controlar la conducta de las mujeres dentro de los parámetros de feminidad que ellos mismos han establecido. Es un producto del sistema patriarcal, esto es, el conjunto de dogmas religiosos, leyes, ciencias del comportamiento, etc. que hacen que la supremacía masculina sea considerada sagrada, justa y natural. Estas instituciones no solo han legitimado la autoridad del marido en el hogar, sino que también que pueda recurrir a la fuerza física para castigar a una esposa desobediente. Más aun, sistemáticamente han regulado las relaciones entre los sexos, para mantener el doble parámetro que tan eficazmente ha mantenido a las esposas, legal, social, emocional y económicamente dependientes de sus maridos. Cualquier solución a la violencia doméstica requiere de la comprensión de las fuerzas sociales que han generado la enfermedad y polarización de la raza humana en dos sexos diametralmente opuestos.

El control social es central tanto para la reflexión feminista como para la criminología crítica. Sin embargo, el abordaje feminista del control social amplía el abordaje de la criminología crítica en tanto incluye instituciones no consideradas por esta: la paternidad puramente económica, la maternidad forzada, la heterosexualidad obligatoria, el matrimonio, el lenguaje y la división sexual del trabajo, entre otras. Estas instituciones se presentan como naturales, ahistóricas, apolíticas, universales y neutras. El proceso de conversión de lo político en natural encubre las estructuras de género y no permite percibir los nexos entre la violencia ejercida en el mundo privado y en la esfera pública, y ver que toda violencia es política.¹¹⁴⁶

Es en el campo de la violencia doméstica que la contradicción entre el feminismo y la criminología crítica se evidencia. Si el análisis parte desde el punto de vista de las mujeres, veremos que el problema de la violencia en la intimidad no es de masoquismo y sí es producto

¹¹⁴¹Misoginia: desprecio o aversión a las mujeres; repulsa mórbida de los hombres al contacto sexual con una mujer. Hollanda, Aurelio Buarque. Diccionario de la Lengua Portuguesa. Folha/Aurelio. Nova Fronteira, Sao Paolo, 1995, pág. 36.

¹¹⁴²Ginopia es la imposibilidad de ver lo femenino o la imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino.

¹¹⁴³Facio, Alda. Violencia contra la mujer: reflexiones desde el derecho. Movimiento Manuela Ramos, Lima, 1996, pág. 9-29.

¹¹⁴⁴Idem.

¹¹⁴⁵Idem., págs. 20-21.

¹¹⁴⁶Idem.

de un orden social que no protege a las mujeres de la violencia ejercida en esa intimidad. De la misma forma, diagnósticos médicos graves como el caso de esquizofrenia, paranoia, o depresión profunda en las mujeres, no consideran la jerarquía familiar y la necesidad de la violencia para mantener la familia autoritaria. Los factores socio-económicos y de clase, no pueden ser excluidos si bien no son los únicos responsables por la violencia doméstica. Esta es fundamentalmente un problema causado por la desigualdad de poder entre hombres y mujeres y mantenido por las estructuras de género.¹¹⁴⁷

La tipificación de la violencia contra las mujeres en la familia, hasta ahora considerado como un problema de las mujeres, transformaría la violencia en un problema de los hombres y en virtud de ésto, en un problema social. El hecho de que la violencia doméstica no encontrará protección legal demuestra que el derecho a vivir libre de violencia no existe como un principio democrático y, por lo tanto, no son ciudadanas. La radicalidad democrática, argumenta Facio, necesita de protección contra todo o cualquier tipo de violencia. Entiende que la simple tipificación de la violencia no es la solución, pero también que las propuestas minimizantes, las penas alternativas a la prisión o las medidas de conciliación propuestas por los criminólogos críticos no han surtido los efectos deseados. Por otro lado, la concepción criminalizante tradicional, que castiga un hurto y no penaliza la violencia contra las mujeres, valora positivamente el patrimonio y negativamente la integridad física y emocional de las mujeres, manteniendo intacto el poder masculino basado en la fuerza.

A pesar de la crítica que hace a los criminólogos críticos, Facio también ve puntos de aproximación entre el feminismo y la criminología crítica, principalmente en lo que se refiere a minimizar el poder del Estado y al ejercicio de ese poder que es discriminatorio, sexista, clasista, etc. Así también, para las feministas es necesario proteger a las mujeres de la violencia ejercida por los hombres de carne y hueso, es decir, es necesaria la intervención del Estado con lo que estaría justificada la utilización del derecho penal.

Por otra parte, la crítica a la utilización simbólica del derecho penal argumenta que éste puede ofrecer poca protección real o simbólica a las mujeres, puesto que el sistema penal está dominado por hombres socializados en esta misma cultura e impregnados por tanto de valores machistas. "La estructura de la ley, su organización jerárquica, su forma adversarial, combativa y su consecuente predisposición a favor de la racionalidad por encima de cualquier otro valor, la convierte en una institución fundamentalmente patriarcal."¹¹⁴⁸

El recurrir al derecho penal desvía esfuerzos en el sentido de buscar otras alternativas más eficaces, y más bien relegitima al derecho penal como forma de solucionar conflictos sociales.¹¹⁴⁹ La utilización del derecho penal tiene también otra implicancia: la victimización de la mujer que ve como sus demandas son consideradas con desconfianza y toda su moralidad es sometida a examen para determinar si es o no una víctima apropiada.¹¹⁵⁰ Por otro lado, el efecto simbólico parece no ser aplicado al ofensor cuando se trata del marido ya que resulta más fácil su aplicación a un extraño.

¹¹⁴⁷Idem., pág. 23.

¹¹⁴⁸Polan, 1982, pág. 301.

¹¹⁴⁹Karam, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher, en Revista Brasileira de Ciencias Criminais. V. 3, No. 9. Sao Paulo, 1995, pág. 147-163.; Andrade, Ilusao de seguridad jurídica, op. cit.

¹¹⁵⁰Andrade, Vera Regina Pereira. Violencia sexual e sistema penal: protecao ou duplicacao da vitimacao feminina?, en Revista Sequencia, Florianópolis, N. 33. 1996, pág. 87-114; Larrauri, La herencia de la criminología crítica, op. cit.

Andrade¹¹⁵¹ señala que el sistema penal expresa y reproduce la violencia estructural de las relaciones sociales capitalistas y patriarcales creando y recreando estereotipos, principalmente en el campo de la moral sexual. El sistema penal cumple funciones inversas a las que declara, incumpliendo los principios de legalidad, de culpabilidad, de humanidad y de igualdad jurídica, violando derechos más que protegiéndolos. Su acción es ineficaz para proteger a las mujeres porque no previene la violencia, no escucha los distintos intereses de las víctimas, no contribuye a la comprensión de la violencia sexual, a la solución del conflicto y a la transformación de las relaciones de género que la generan. El sistema penal duplica la victimización femenina porque, además de víctima sexual, las mujeres son víctimas de la violencia institucional que reproduce la violencia estructural de las relaciones sociales patriarcales y de la opresión sexista, siendo sometidas a juicios de valor y clasificadas de acuerdo a si son honestas o deshonestas. Así, "el Derecho penal es un campo negativo que utiliza la violencia institucional de la pena en respuesta a la violencia de las conductas como crimen y que ha (re)colocado a las mujeres en la condición de víctimas".¹¹⁵² Es un campo negativo porque trabaja con la supresión de los derechos de alguien (multa o prisión), en nombre de la supresión de los derechos de otro, utilizando la violencia institucional de la pena como respuesta a la violencia individual.¹¹⁵³ El derecho penal operacionalizado a través del sistema penal, coloca a las mujeres en la condición de víctima al contrario de lo que sucede en otras ramas del derecho, como por ejemplo en el derecho civil, donde las mujeres pueden actuar como sujetos a pesar de las sanciones de carácter indemnizatorio, financiero y moral. Los derechos de las mujeres no pueden encontrar en el derecho penal protección adecuada en tanto éste pone énfasis en la autoría y no en la víctima.

Es difícil la alianza entre las mujeres y el derecho penal. No solo porque las mujeres han tenido que recorrer la totalidad de este derecho por su deficiente regulación en relación a aquellos delitos de los cuales la mujer ha sido víctima, sino que también por la insuficiencia de los tipos penales que protegen a las mujeres y por la forma irregular en que se aplica la legislación. Esta deficiencia se evidencia en la regulación de los delitos contra la libertad sexual pues parece imposible compatibilizar la lógica del derecho con la lógica de las mujeres.¹¹⁵⁴

Las reformas penales realizadas en diversos países han demostrado que la inclusión de nuevos tipos penales, como la violencia doméstica, no son sinónimo de una mayor aplicación o protección de la ley. La utilización del derecho penal en estos casos parece ser ineficiente, toda vez que las instituciones legales tienden por sobretodo a la preservación de la familia. Si las mujeres quieren ser parte de este derecho, ¿cómo debe ser este derecho? Larrauri señala que se puede abogar por un derecho penal de la diferencia¹¹⁵⁵, en contraposición al derecho penal de la igualdad que ha servido para una mayor criminalización de las mujeres, mostrándose como una igualdad revanchista o vengativa.¹¹⁵⁶ La aplicación del derecho penal de la igualdad, cuyo mito Baratta ya demostró, está profundamente estructurada sobre el paradigma masculino.

En la misma línea argumentativa Beijeres y Kool sustentan que la violencia contra las mujeres y los delitos sexuales han sido criminalizados como ofensas a la moralidad pública siendo objeto de numerosas críticas. La de estas autoras se extiende a la policía judicial que

¹¹⁵¹Andrade, Violencia sexual e sistema penal, op. cit., págs. 106-07.

¹¹⁵²Andrade, Sistema da justiça penal e violência sexual contra as mulheres: análise de julgamentos de crimes sexuais violentos em Florianópolis na década de oitenta. Relatório final. Florianópolis, 1998.

¹¹⁵³Andrade, Violencia sexual e sistema penal, op. cit.

¹¹⁵⁴Larrauri, El derecho penal de las mujeres, op. cit.

¹¹⁵⁵La autora no explicita cómo sería un derecho penal de la diferencia.

¹¹⁵⁶Lahey, 1990.

distingue entre las buenas y malas violaciones, levantando sospechas sobre el comportamiento de la mujer. Cuando el agresor es el compañero o el marido, es un obstáculo para que la policía investigue y para que se presente la denuncia. En lo que se refiere al proceso penal, las autoras dicen que las mujeres maltratadas solo consiguen informar al sistema penal la infracción penal para luego tomar parte exclusivamente como ofendidas. La obtención de pruebas es difícil pues generalmente la mujer es la única testigo del delito. Como víctima está totalmente subordinada al proceso penal, a la policía, al Ministerio Público y al juez, pudiendo ser interrogada minuciosamente por cada uno de estos agentes. En definitiva, la víctima pasa a ser sospechosa. Por último, dicen, el sistema penal está estructurado para mantener las relaciones sociales existentes, incluidas las relaciones jerárquicas de género, no siendo por ello, el derecho penal, un instrumento adecuado para la lucha de las mujeres. El sistema penal tiene un carácter conservador y por lo tanto la codificación no puede ser una forma de educación moral sino, más probablemente, una forma de regulación y una posibilidad de control formal.

Refuerza esta posición el argumento de Miralles al afirmar que apenas un reducido ámbito de actuación de la mujer está sometido al control formal. La ley penal criminaliza las conductas que se refieren a lo masculino y no a lo femenino, las conductas del ámbito público en el que el hombre actúa cotidianamente. No obstante, en las conductas que se refieren al ámbito público y a la moral sexual, las mujeres son condenadas con mayor frecuencia. En relación a la prostitución, por ejemplo, la práctica penal y legislativa tiende a condenar a la mujer prostituta y no al hombre que la solicita. Es decir, el control formal es ejercido en la esfera de la sexualidad femenina buscando así mantener el papel sexual de sumisión de la mujer.

De acuerdo a Andrade, los crímenes sexuales no son cometidos por hombres anormales, sino por hombres normales presentes en el cotidiano de las mujeres. La violencia sexual es practicada como una demostración de fuerza para intimidar a la mujer y no para la satisfacción o búsqueda del placer. En los crímenes sexuales se juzga a las personas involucradas y no los hechos criminales. Si cualquier mujer puede ser víctima de un crimen sexual y en particular del crimen de estupro, la victimización al interior del sistema penal opera selectivamente y se distribuye de acuerdo con los estereotipos de las víctimas. Hay una lógica específica para la criminalización de esta conducta denominada "'lógica de la honestidad' que puede ser vista relacionadamente como una sublógica de la selectividad en la selección estereotipada de las víctimas. Esta, a su vez, se asienta centralmente en la reputación sexual"¹¹⁵⁷. Es esta lógica la que divide a las mujeres entre honestas y deshonestas, siendo solo las primeras merecedoras de recibir protección penal.

La presencia de la ideología patriarcal se extiende por todo el sistema penal colocando el discurso del movimiento feminista criminalizante en contradicción con las propuestas de un derecho penal mínimo y abolicionista. El feminismo debe buscar la descriminalización "visualizando la minimización del sistema penal hasta llegar a su abolición evitando la legitimación de un sistema penal selectivo y perverso".¹¹⁵⁸ Es en el campo de la moral sexual que la ley penal muestra toda su vinculación con la ideología patriarcal, a través del control de la sexualidad femenina, lo que se da en los tipos penales que tratan a las mujeres de forma pasiva y que defienden a la vez la función reproductiva que éstas deben cumplir: crímenes de seducción, raptos consensuales, atentado violento al pudor, el concepto de conjunción carnal en el delito de estupro, etc. La criminalización se debe atener a "conductas ofensivas a la libertad

¹¹⁵⁷Andrade, Violencia sexual e sistema penal, op. cit., pág. 103.

¹¹⁵⁸Idem.; Andrade, Ilusao de segurança jurídica, op. cit.; Andrade, Sistema da justiça penal e violência sexual contra as mulheres; Karam, Sistema penal e direitos da mulher, op. cit.

sexual que envuelvan violencia o grave amenaza y que pueden tener como resultado un daño significativo a la integridad de la persona y a la intimidad del ofendido"¹¹⁵⁹. El discurso criminalizante del feminismo, refuerza la utilización del sistema penal y la ideología patriarcal, y con ello, legitima la perversidad intrínseca del sistema penal. El derecho penal debe ser utilizado de forma subsidiaria y las propuestas de utilización del derecho deben elaborarse fuera del sistema penal para que tengan un carácter eficaz y menos lesivo para la sociedad.¹¹⁶⁰

Dicho esto, cabe señalar también que no existe un consenso entre las feministas en torno a la utilización del derecho penal. De un lado, están aquellas que considerando el derecho penal un instrumento para proteger a los más poderosos, insisten en invertirlo con el fin de brindar protección a los más frágiles y desprotegidos. Esta posición no desconoce que la introducción de nuevos delitos no hace desaparecer los antiguos, así como tampoco desconoce que la utilización del derecho penal lo relegitima, pero defienden su uso de forma simbólica. Una segunda postura que también parte de la concepción que el derecho penal protege a los poderosos, considera su uso ineficaz para resolver los problemas sociales, pues sirve para estigmatizar al sujeto, ofrecer falsas soluciones, dejar a la víctima insatisfecha, etc. Concluyen que no es un instrumento adecuado para resolver los conflictos de género, ni aun de forma simbólica.¹¹⁶¹

Reconociendo la crítica sobre el sistema penal, muchas feministas defienden su utilización. Si el derecho es una esfera de la organización del poder, las feministas no deben rechazarlo. El análisis que Smaus hace del abolicionismo parece apuntar en este sentido. Si el feminismo y el abolicionismo no se encuentran en el campo epistemológico pero sí en el campo político, las feministas deberían proponer una "pauta minimalista"¹¹⁶². Si no se puede ignorar la crítica contundente de la criminología crítica y el abolicionismo sobre el sistema penal, debemos buscar un camino capaz de compatibilizar la utilización del mismo y el discurso feminista. Me refiero a la "pauta penal feminista mínima" que criminaliza conductas violentas y con grave amenaza, en los términos propuestos por Karam. Esta pauta debería elaborarse teniendo como telón de fondo la mínima intervención penal y asumiendo como estrategia final el abolicionismo penal.

¹¹⁵⁹Karam, Sistema penal e direitos da mulher, op. cit.

¹¹⁶⁰Idem.; Andrade, Ilusao de seguranca jurídica, op. cit.

¹¹⁶¹Andrade, Violencia sexual e sistema penal, op. cit.; Andrade, Ilusao de seguranca jurídica, op. cit.; Larrauri, La herencia de la criminología crítica, op. cit.; Larrauri, El derecho penal de las mujeres, op. cit.; Karam, Sistema penal e direitos da mulher, op. cit.

¹¹⁶²Smaus, Abolicinismo, op. cit.

CAPITULO DE DERECHO PENAL -BIBLIOGRAFIA

Andrade, Vera Regina Pereira.

- 1997 Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- 1995 Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Revista Sequência, Florianópolis, No. 30.
- 1996 Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação de da vitimação feminina. Revista Sequência, Florianópolis, No. 33.
- 1997 Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. Revista Sequência, Florianópolis, No. 35.
- 1997 Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?, em DORA, Denise Dourado (Org.). Masculino e Feminino: igualdade e diferença na Justiça.
- 1998 Da domesticação da violência doméstica: politizando o espaço privado com a positividade constitucional.
- 1998 Sistema da justiça penal e violência sexual contra as mulheres: análise de julgamentos de crimes sexuais violentos em Florianópolis na década de oitenta. Florianópolis. Relatório final.
- 1994 Dogmática e Controle penal: em busca da segurança jurídica perometida, em Rocha, Leone Servero (Org.). Teoria do Direito e Estado.

Baratta, Alessandro.

- 1976 Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. Revista de Direito Penal, No. 23.
- 1982 Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal, en Mir Puig, Santiago et al. Política criminal y reforma del derecho penal.
- 1983 Las fuentes del derecho. Primeres Jornades Jurídiques de Lleida.
- 1982 Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. Nuevo Foro Penal. No.15.
- 1983 Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. Documentação e Direito Comparado. (Boletim do Ministério da Justiça). Lisboa, No. 13. Relatório apresentado no IX congresso internacional de criminologia.
- 1984 Problemas sociales y percepción de la criminalidad. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, No. 9.
- 1985 Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Doctrina Penal, No. 29.
- 1986 Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. Poder y Control, Barcelona, No. 0.
- 1987 Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. Doctrina Penal, No. 40.
- 198? Estado de derecho, derechos fundamentales y "derecho judicial". Revista de ciencia jurídica. No. 57.
- 1987 El Estado de derecho: historia del concepto y problemática actual, No. 17-8.
- 1988 Proceso penal y realidad en la imputación de la responsabilidad penal. La vida y el laboratorio del Derecho. Revista General de Derecho, No. 531.
- 1989 Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. Estudios Penales y criminológicos, No. 11.

- 1990 No está en crisis la criminología crítica, en Martínez, Mauricio (Ed). Que pasa en la criminología moderna.
- 1991 Criminología crítica y crítica del Derecho penal: introducción a la Sociología jurídico-penal. Tradução por Alvaro Bunster.
- 1991 Che cosa è la Criminologia Critica?. Entrevista à Sancha Mata Victor. Dei Delitti e Delle Pene. Torino, No. 1.
- 1991 Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica. Tradução por Maurício Martines. Revista Hispanoamericana, No.1.
- 1993 Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais, No.2.
- 1996 O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. Texto inédito. Tradução de Ana Paula Zomer, en Seminário Criminologia e Feminismo.

Bermúdez, Violeta.

- 1998 La regulación del aborto en América Latina y el Caribe. Estudio Comparativo. CLADEM.

Bustos, Juan.

- 1984 Manual de Derecho Penal Español. Parte General.
- 1986 Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial.

Campos, Carmen Hein de

- 1995 A violência contra a mulher e a estratégia feminista da neocriminalização: a insuficiência do sistema penal. Florianópolis. Trabalho produzido para a cadeira de Dogmática Penal do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
- 1996 As mulheres e a reforma do Código Penal: a necessidade de uma análise criminológico-feminista. Boletim FÊMEA.

Cury Urzúa, Enrique

- 1982 Derecho Penal. Parte General. Tomo I, 1º Edición.

Del Olmo, Rosa.

- 1998 Criminalidad y Criminalización de la Mujer en la Región Andina. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela.
- 1996 Reclusión de Mujeres por delitos de droga. Reflexiones Preliminares. Reunión de Consulta sobre el Impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la Familia. Himes OEA, Montevideo, Uruguay.
- 1992 Drogas y Criminalización de la Mujer, en Prohibir y Domesticar. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela.

Diez Ripolles, José Luis.

- 1985 La Protección de la Libertad Sexual. Insuficiencias actuales y Propuestas de Reforma. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España.

Facio, Alda.

- 1991 Maltrato hacia la mujer en la pareja, en Congreso Internacional de Criminología Crítica.
- 1992 Violência contra la mujer: reflexiones desde el derecho. Movimiento Manuela Ramos.

1996 Cuando el género suena cambios trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD.
_____ y Camacho, Rosalía.

1993 En busca de las mujeres perdidas ou una aproximacion critica a la criminologia, en Seminario Regional: Normatividad Penal y Mujer en América Latina y El Caribe.

1993 Vigiladas e Castigadas. CLADEM.

Ferreira, Graciela.

1989 La Mujer Maltratada: Un Estudio sobre las Mujeres Maltratadas, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina.

Fontan Balestra, Carlos.

1985 Derecho Penal Introducción y Parte General, Décima Edición. Actualizada por el Dr. Guillermo Ledezma. Abeledo-Perrot Editores, Buenos Aires, Argentina.

Foucault, Michel.

1985 La verdad y las formas jurídicas. Editorial Gedisa, México, D.F.

Grossi, Miriam Pillar.

1994 Novas/Velhas violências contra as mulher no Brasil. Revista Estudos Feministas. No. 2.

1994 Lutas feministas, violência conjugal e novas violências contra as mulheres no Brasil. Conselho Estadual da Condição Feminina. Texto preparatório para a IV Conferência Mundial sobre Mulher.

1998 Gênero, violência e sofrimento". Florianópolis, UFSC, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Coletânea, No. 6, 2a. edição.

1998 Direitos humanos, feminismo e lutas contra a impunidade. Florianópolis, UFSC, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, No. 26.

1998 Feministas históricas e novas feministas no Brasil. Florianópolis, UFSC, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, No. 28.

1998 Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal, en Grossi, Pedro (Org.) Masculino, feminino, plural. Florianópolis: Mulheres.

Harding, Sandra.

1993 A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. Tradução de Vera Pereira. Revista Estudos Feministas, Vol. 1, No. 1.

Hurtado Pozo, José.

1982 Manual de Derecho Penal. Parte Especial I. Homicidio y Aborto.

Karam, Maria Lúcia.

1995 Sistema penal e direitos da mulher. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 3, No. 9.

1996 A esquerda punitiva, en Discursos sediciosos - Crime, direito e sociedade, Vol. 1, No. 1.

Larrauri, Elena.

1991 La herencia de la criminología crítica. Siglo Veintiuno, Madrid.

1994 El derecho penal de las mujeres, en Mujeres, Derecho Penal y criminología. Siglo Veintiuno, Madrid.

1993 É neutro do Direito Penal? O mau-trato às mulheres no sistema penal. Fascículos de Ciências Penais. Ano 6, v., No.1.

Luzón Peña, Diego-Manuel.

1978 Aspectos esenciales de la legítima defensa. Bosch, Barcelona.

Mera, Jorge.

1998 Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago.

Millet, Kate.

1975 Política Sexual. Tesis de doctorado en la Universidad de Columbia, EEUU. Traducida por Aguilar.

Miralles, Teresa.

1983 La mujer: el control formal, en El pensamiento criminológico. Estado, Control. Bergalli y Bustos Ramirez, Ed. Vol. 2.

Nuñez, Ricardo C.

1972 Manual de Derecho Penal, Parte General. Lerner Ediciones, Córdoba, Bs. As.

Plata, María Isabel.

1995 Los Nuevos Derechos: el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Seminario sobre Derechos Humanos con Perspectiva de Género. Universidad Nacional de Colombia, Programa de Estudios de Género, Mujer y Desarrollo y el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Siles Vallejos, Abraham.

1995 Con el dicho de la agraviada. ¿Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres? Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS).

Smaus, Gerlinda.

1992 Abolicinismo: el punto de vista feminista. Tradução de Mary Beloff, en No hay derecho, Vol. 3, No.7, Año III.

Soler, Sebastián.

1973 Derecho Penal Argentino. Tomo I.

Tinedo, Gladys.

1995 Mujer, Cárcel y Derechos Humanos, en Capítulo Criminológico N°23-2, Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, Universidad de Zulia, Venezuela.

Walker, Leonore.

1979 The Battered Women. Harper Colophon Books, New York.

_____; Thyfault, Roberta; y Browne, Angela.

1982 Beyond the Juror's: Battered Women. 7 Vermont Law Review 1-9.

1984 Battered Women Syndrome. Springer, New York.

1989 Terrifying Love: Why Battered Women Kill and How Society Responds.

1992 Battered Women Syndrome and Self Defense. 6 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y.

Welzel, Hans.

1987 Derecho Penal Alemán. Parte General. 12º Edición castellana. Traducida por Bustos, Juan y Yañez, Sergio.

Zaffaroni Eugenio Raúl.

1982 Política criminal latinoamericana.

1986 Manual de Derecho Penal. Parte General.

1990 En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Editorial Themis, Bogotá, Colombia.

1991 El sistema penal en los países de América Latina, en Araujo Jr., João Marcelo de.(Org.) Sistema penal para o terceiro milênio. Revan, Rio de Janeiro.

1993 La mujer y el poder punitivo. Vigiladas y Castigadas. Seminário Regional: Normatividad penal y mujer en America Latina y el Caribe. CLADEM.

Zambrano, Alfonso.

1995 Aproximación al Sistema Penitenciario Ecuatoriano, en Capítulo Criminológico, Vol. 23 No. 2, Revista del Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, Universidad de Zulia, Venezuela.