



5. Debates feministas

El feminismo frente al Derecho

Begoña Zabala

No hay buenas relaciones entre el feminismo y el Derecho, así, escrito con mayúsculas, en referencia al cuerpo legislativo de un Estado o de una comunidad concreta. Las actitudes se combinan desde una profunda desconfianza hacia las normas, pasando por una crítica implacable por lo que supone de normativa sexista o masculina, hasta llegar a considerar al sistema jurídico como un mal padre que pretende proteger a las mujeres, lo que conduce a un paternalismo que, como todos, resulta autoritario, cuando no extremadamente represivo.

Sin embargo, las apelaciones al Derecho y a los derechos, no son sólo infrecuentes, sino cada vez más constantes en muchos ambientes feministas. Incluso el llamado al sistema penal, y por tanto a la punición más pura y dura. Miles de mujeres agredidas, desatendidas, en precario, que sufren injusticias, invisibilizadas, ninguneadas,... acuden esperanzadas al mundo del derecho para solucionar sus problemas. La transformación de los temas o problemas sociales en asuntos legales es casi inmediata. Pareciera que el derecho tiene solución para todo. Cualquier reivindicación, queja, o demanda aspira a convertirse en una normativa concreta que especifique y regule cómo se materializa el ejercicio de tal derecho. Es lógico pensar esta ansiedad en el feminismo llamado oficial o institucional, pues casi es una justificación de sus flamantes puestos y profesiones. Más difícil es aceptarlo en movimientos feministas reivindicativos y radicales, que desconfían, y con argumentos certeros, de todo lo que sea el sistema de poder y su entramado jurídico-institucional.

Realiza Carol Smart (1994) una interesante llamada de atención sobre este fenómeno o estrategia que supone dar al derecho un lugar especial en la resolución de problema sociales, lo que contribuye, además de al otorgamiento de más poder, a extender el “*alcance imperialista del derecho*”, utilizando el término como “*proceso de legalización de la vida cotidiana que en los países occidentales desarrollados se ha hecho cada vez más visible... la idea de que todo problema social tiene una solución legal se ha convertido en una cuestión aceptada, y*

cuando el derecho fracasa en la solución se propone más derecho para encubrir las deficiencias del derecho existente”.

A mi entender estamos asistiendo en estos momentos –y muy especialmente desde el arribo del PSOE al Gobierno de Madrid– a este proceso creciente de legalización máxima de la vida de las mujeres. La producción legislativa “de género” o que afecta a derechos importantes de las mujeres va en aumento. Así lo demuestran las sucesivas leyes: Ley 1/2004, de protección integral contra la violencia de género, Ley 12/2005 que modifica el Código Civil para extender el concepto de matrimonio a personas del mismo sexo, Ley 39/2006, de la dependencia, Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, Ley 3/2007, de identidad sexual... además de las legislaciones autonómicas y legislación de desarrollo.

Ya hay, a pesar de ello, muchas voces en contra de esta legislación de género. No se trata para éstas de un tema de derechos, ni del Derecho, ni de la justicia. Se trata de un tema de sujetos, de libertades, de emancipaciones, de autodeterminaciones. Y se trataría sobre todo de discutir los grandes principios o paradigmas jurídicos y plasmar los más importantes de forma específica, más allá de utilizar el único referente de género hipertrófico de la igualdad.

El debate es extenso y a veces complejo. Se juntan voces de especialistas del derecho y de feministas, lógicamente de diferentes tendencias y concepciones ideológicas. Si ya el feminismo de por sí, como teoría política, concita diversidad en sus planteamientos, ¿qué podemos decir del Derecho y de sus múltiples escuelas?. Abordaremos algunas cuestiones, que considero importantes, dejando bien claro que no es un debate “técnico” o sobre técnicas jurídicas, sino, sobre todo y por encima de todo, un posicionamiento político fundamental: nada menos que situar el lugar que queremos que ocupe el Derecho –su aplicación y sus litigios– en nuestras vidas. Como el derecho es vehiculado por el aparato del Estado, también analizaremos la tolerancia que consideramos viable a la intromisión de aquél en nuestras relaciones, sobre todo en nuestras relaciones más queridas y más íntimas. Y como paradigma permanente y circulante estará el sujeto. Yo sigo pensando en que hay que construir un sujeto mujer con entidad propia, por lo menos, mientras la dominación masculina, de los hombres sobre las mujeres, sea tan feroz y mientras los hombres biológicos sigan acaparando los derechos privilegios de todas las legislaciones.

El sujeto... siempre está el sujeto

Dice Elizabeth Jelin en relación al sujeto: *“Uno de los grandes aportes del feminismo ha sido la profunda crítica y el desenmascaramiento de los supuestos del paradigma dominante, que toma a los hombres (occidentales) como punto de referencia universal y que transforma a las mujeres (y a los otros) en diferentes o invisibles.”*

Cuando hablamos del Derecho, de los derechos, siempre está implícito el sujeto para quien se está legislando, en definitiva, el señalamiento del sujeto del derecho que va ser el titular de los derechos.

Señala Carol Smart (1994) que el derecho, además de sexista y masculino, es de género, es una estrategia creadora de género, lo que se denomina “*el derecho como tecnología de género*”. Así, el derecho ha creado un concepto de “Mujer” y de “mujeres” que en absoluto recoge la realidad de las mujeres y ha esencializado la figura de la mujer madre y esposa. De este concepto no-sujeto del derecho también hablaremos, aunque el que prima en estos términos es el sujeto y la categoría “Hombre”.

Vamos a fijarnos en primer lugar en el sujeto del derecho de nuestro ordenamiento jurídico, refiriéndonos exclusivamente a nuestro ámbito normativo. No es difícil constatar que cuando la legislación atribuye derechos a las personas, subyace en su modelo un hombre, mayor de edad, con nacionalidad española, casado y con una familia que mantener y a la que dar apoyo. Este varón, además de realizar por excelencia el trabajo remunerado, ocupa los espacios públicos de la política, la religión, las finanzas y la economía. Aunque se hable en algunas modernas legislaciones, después de años de acusaciones de sexismo, de “persona”, e incluso se legisle para hombres y mujeres, el sujeto por definición, en origen, es el hombre. Posteriores modificaciones, en aplicación de la igualdad, lo pretenden convertir en hombre/mujer, en un sujeto neutro, con escasos resultados.

A mi modo de ver las dos formulaciones son inaceptables. Una, porque sólo atribuye derechos, todos los derechos, a los hombres varones y de forma más limitada a las mujeres. La otra, porque surgiendo de un sujeto parcial, el hombre, que se ha construido como privilegiado, a costa de los no-derechos de las mujeres, la extensión de su posición a las mujeres está suponiendo un parche que no cuestiona el sujeto anterior, sino que por imitación o extensión pretende incorporar a la mujer a este sujeto, sin éxito, pues ya no hay sitio para dos.

La idea de que en origen se ha constituido el sujeto varón como el sujeto de derechos está ampliamente constatada en diferentes figuras. Como ejemplo muy significativo podemos señalar la conceptualización jurídica del trabajo como un derecho que, además de las prestaciones laborales frente al patrón, concede todo un elenco de derechos sociales que acogen también en algunos supuestos a la familia, es decir a la esposa y a la descendencia, como son la asistencia sanitaria y las pensiones de orfandad y viudedad. La atribución histórica en nuestro Derecho Civil al marido de la representación de su esposa así como la necesidad de su venia para realizar negocios, es otra manifestación de que quien realmente tenía la capacidad jurídica para contratar era precisamente el cabeza de familia. La misma configuración del cabeza de familia, atribuida al esposo –de ahí su generización en masculino de la palabra femenina cabeza- es una institucionali-

zación jurídica del “*pater familias*”. Cientos de preceptos en el ámbito del Derecho Privado nos reflejaban esta conceptualización del sujeto, que se ha ido modificando a raíz de la aplicación del artículo 14 de la Constitución, así como de la normativa internacional de Derechos Humanos.

Hay que tener en cuenta que esta consideración del hombre varón como el sujeto y el ser capaz se complementaba perfectamente con multitud de prohibiciones y de exclusiones que afectaban a las mujeres, con lo que la complementariedad era total: por un lado hay un sujeto que es un sujeto para sí y por representación de su familia, sobre todo de su mujer; y por el otro existe una mujer (esencialmente mujer casada) que no tiene capacidad jurídica por sí sola, que debe obediencia y seguimiento al marido, que tiene prohibido acceder a unos espacios públicos o laborales o profesionales o religiosos. Ésta es la perfecta realidad de complementariedad contemplada desde el derecho, que teóricamente define la Iglesia Católica cuando habla de las mujeres.

El paradigma de la igualación, que no es igualdad

Visto que el derecho era efectivamente sexista, masculino y de género, modernos aires de igualdad han tratado de equilibrar el sujeto y reflejarlo en un concepto mixto hombre/mujer, vamos a llamarlo el sujeto igualitario. Se parte de la base de que los derechos los tiene reconocidos en su totalidad el hombre. Las mujeres tienen menos derechos que los hombres y por lo tanto hace falta igualarlas, se le concederán así los mismos derechos que a ellos. De esta desigualdad, al decir de estas teorías igualitaristas, se deducen todas las situaciones de opresión. Conseguida la igualdad, desaparecerá la opresión.

La referencia legal de toda la construcción jurídica del sujeto mujer y del reconocimiento de los derechos de las mujeres, se basa en nuestro ordenamiento jurídico en el limitado artículo 14 de la Constitución cuando dice que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

O sea, no existe ninguna declaración importante sobre la magnitud de ser mujer o sobre los derechos específicos de las mujeres. No se permite la discriminación, somos iguales ante la ley.

Esta declaración de igualdad tiene, por lo menos, dos marcos de referencia. La igualación que se va a hacer se va a realizar en relación con los derechos que tienen reconocidos los hombres, los hombres españoles, evidentemente, que son los más amplios. Y a la inversa: los hombres también tienen el derecho a la igualdad, en comparación con los derechos de las mujeres. Ha nacido así la interpretación perversa de la discriminación de género, que como su interpretación gramatical nos señala, puede ser masculina o femenina. Las dos referencias van a ser la tumba de las aspiraciones de las mujeres para conseguir sus derechos.

Vamos a señalar algún ejemplo de por qué no funcionan las igualaciones, en el

mismo ámbito que señalábamos del derecho al trabajo. Si se criticaba la existencia de pensiones de viudedad y de asistencia sanitaria para la mujeres-amas de casa sin trabajo asalariado, era porque suponía el reconocimiento de unas prestaciones derivadas y no originarias, que dependían además del vínculo matrimonial. Un *aggiornamento* de la legislación nos ha situado en que pueden tener derecho a pensiones y asistencia sanitaria derivada de las Seguridad Social de la pareja también los hombres y que no hace falta estar casada, sino que la pareja de hecho puede hacer surtir efectos para estas prestaciones. Además, ni siquiera hace falta justificar la necesidad o la dependencia económica o el mantenimiento de la relación. O sea que, un empleado en activo al que se le muere la mujer de la que ya se ha separado, puede pasar a percibir una pensión, pequeña, pero pensión de viudedad.

La crítica que se hacía de estos pseudo-derechos no era por incumplimiento del principio de la igualdad, sino por suponer un atentado al principio de la dignidad de las prestaciones sociales. Cualquier Estado que se considere digno y democrático deberá tener a bien reconocer el derecho universal a la asistencia sanitaria y a las prestaciones de desempleo y de jubilación a todas las personas, con independencia absoluta de sus relaciones de pareja. Para más indignidad de este Estado, que no se considera del bienestar, resulta que puede conceder tantas pensiones de viudedad como vínculos de pareja tenga reconocida la persona que fallece. Eso sí, todo por el mismo precio: se reparten el exiguo 45% entre todas las sufrientes. (Señalemos que esta legislación se está modificando para evitar estas estupideces, pero no está afrontando el tema central de la reivindicación: derecho de jubilación como derecho universal).

No me muestro de acuerdo con el paradigma de la igualdad como único, exclusivo y omnipresente en las reivindicaciones del feminismo. Es un tema de debate con algunas corrientes del feminismo y quizá no lleguemos a un acuerdo en su tratamiento. Pero en todo caso, y aunque sea de forma parcial, hay que insistir en este tema en dos cuestiones fundamentales ya señaladas de antiguo (Zabala, B. 2008). No se puede plantear como única aspiración la igualdad con los derechos de los hombres, pues éstos disfrutaban de diferentes derechos-privilegios dependiendo de su situación en la sociedad también desde otros parámetros de desigualdad como pueden ser los de clase, nacionalidad, religión... Y habría que preguntarse a qué derechos de qué clase de hombres nos estamos refiriendo. Y claro, no queremos hacer extensivos los privilegios, que habría que eliminar, pues éstos no son derechos. Por otro lado, hay muchas situaciones que viven las mujeres que dan lugar a derechos exclusivamente para ellas, como es el campo de la salud sexual y reproductiva, en las que la reivindicación de la igualdad no aporta nada a este debate. Es más, en algunos casos, la igualdad y la consideración del sujeto neutro tratando de legislar de la misma forma para hombres y mujeres, ha llevado a situaciones de incongruencia jurídica máxima, como es el hecho de consi-

derar la violencia de género como violencia de un género contra el otro, con lo que las víctimas no tienen necesariamente que ser mujeres, pues se definen como personas con alto grado de dependencia, como si el ser mujer viniese exclusivamente definido por ser dependiente de un hombre. Así la victimización se hace por ser mujer o persona vulnerable o dependiente, cuando en realidad la víctima de la violencia sexista es en realidad una mujer situada dentro del sistema de dominación masculina.

Las penalidades del Código Penal

Para una síntesis rápida de la postura del feminismo frente al derecho penal señala Encarna Bodelón (2008) que

“el feminismo ha tratado el tema de la violencia de género como una vulneración de los derechos de las mujeres, pero una vulneración que no sería solucionada gracias al supuesto papel de prevención del derecho penal. Nada más lejos de cualquier análisis feminista que pensar que le derecho penal cambiará la estructura sexista de nuestras sociedades”.

Hay acusaciones más duras hacia la creciente penalización de las conductas sexistas y sobre todo las que tienen que ver la violencia sexista y la libertad sexual. Ya se ha señalado muchas veces que la libertad de las mujeres no se va a construir sobre los muros de las cárceles. Mucho menos sobre estos muros tan mal contruidos, que ni siquiera representan una solidez suficiente como para proteger a las víctimas de sus agresores concretos ya condenados. No es magnanimidad con el delincuente. Es simple conocimiento de la realidad del sistema penal y penitenciario que no conceden ninguna garantía para nadie, menos para las víctimas.

Hay que señalar que desde que en 1989 se recogiera en una reforma del Código Penal muchas de las reivindicaciones planteadas desde el movimiento feminista, sobre los delitos contra la libertad sexual, la política de los sucesivos gobiernos en esta materia y en lo que se denomina violencia de género ha sido errática, cuando menos, y en los tiempos más genuinos del PP claramente punitiva y unida a las políticas más generales vinculadas a la seguridad ciudadana.

Dice Patricia Lorenzo (2008), después de señalar el marcado signo punitivista de las reformas penales en materia de agresiones que *“la falta de criterios claros a la hora de elaborar la política criminal en materia de agresiones contra las mujeres ha propiciado que, con los años, y fruto de una sucesión irreflexiva de reformas, la legislación penal española contenga un conglomerado de normas en el que se yuxtaponen fundamentos diversos para justificar la intervención punitiva”*. Termina señalando que la *“intervención penal se caracteriza por dos pautas fundamentales: de un lado, por la creación de un intenso cerco punitivo a los agresores que se despliega incluso cuando el acto de violencia es de escasa gravedad, y de otro, por una marcada sobreprotección de las víctimas, a*

las que empuja en todo momento hacia el sistema penal en la idea de garantizar su seguridad frente al agresor aún en contra de su voluntad.”

Es obvio que se ha apostado desde el gobierno por la vía punitiva, por el paternalismo punitivo, en palabras de Lorenzo. La propia Ley 1/2004 de medidas integrales, entre muchas medidas y consideraciones, se anima a entrar en el Código Penal y dar una vuelta de tuerca más a la penalización, con tan poca fortuna que ha conseguido multiplicar las críticas por su torpe aterrizaje en la técnica jurídica penal. No todas las críticas se deben achacar a sectores retrógrados jurídicos y políticos que ven con malos ojos los avances del feminismo en la legislación anti-sexista. Hay muchas críticas desde las filas del feminismo más activo y radical, que son las que nos interesan.

Ya desde el proyecto de Reforma del Código Penal en el año 1990, en los tiempos del PSOE, que culminaría en el nuevo Código Penal de 1995, el feminismo entró de lleno al debate de la penalización creciente de las conductas caracterizadas de violencia sexista. Eran dos las exigencias fundamentales: se exigía una legislación sobre derechos de las mujeres y se ofrecía un análisis de las causas de la violencia sexista para que las soluciones fuesen acordes. Sobre todo, una violencia estructural, enraizada en los cimientos de la dominación patriarcal, debe erradicarse desmontando los mecanismos de dominación que la crean y la reproducen. Las medidas para luchar contra estos mecanismos pasan en muy pocos y contados casos por el sistema punitivo y las más de las veces tienen que ver con el fortalecimiento de los derechos de las mujeres y con el reforzamiento de su posición de autonomía y autodeterminación. Además, una correcta teorización y definición de la violencia sexista era y es el requisito previo para empezar a imaginar algo de éxito. Hubo y sigue habiendo una lucha encarnizada para que la violencia sexista no se confunda con la violencia doméstica o familiar. No es únicamente una pelea por las palabras, que también lo es, sino por las acertadas definiciones que crean los instrumentos eficaces.

Se echaba de menos y todavía se echa, el que con anterioridad a que exista una tipificación concreta de los delitos, no exista una ley declarativa de derechos, donde el derecho de las mujeres a no soportar la violencia sexista, en ningún ámbito de su vida, sea consagrado como tal. Muchos derechos de las mujeres no existen declarados y su única referencia es el Código Penal, cuando se legisla para sancionar. Así, los delitos contra la libertad sexual (violaciones y agresiones sexuales), los delitos de violencia de sexista (maltrato, amenazas, agresiones físicas y psíquicas), el derecho de las mujeres a controlar su cuerpo y en consecuencia el derecho a interrumpir el embarazo y decidir libremente sobre la maternidad (delito de aborto y casos exceptuados), secuestro y explotación de mujeres (tráfico y explotación sexual)... todos ellos son supuestos que aparecen en su referencia jurídica y en su definición, fundamentalmente, en el Código Penal, sin que aparezca en ningún sitio su conceptualización en positivo como derechos fundamentales de las mujeres. Esto es una dificultad, y es una insuficiencia de técnica

jurídica que trastoca la aplicación de la ley y no crea en los poderes públicos la obligación de fomentar el ejercicio de estos derechos, sino que simplemente debe perseguir mediante su política criminal la perpetración de estos delitos. De esta forma, los derechos de las mujeres –de no sufrir violencia, de autonomía, de independencia, de control de su cuerpo, de ostentar su nombre y su linaje, etc.– que tienen que tener un tratamiento positivo y proactivo en las políticas públicas, pasan a ser únicamente considerados como derechos en posible vulneración y tratado únicamente en el campo de la penalización. Se exceptúa de lo señalado, como es lógico, el derecho a la igualdad, que sí tiene una ley propia declarativa y amparo constitucional, pero ya se ha señalado que este paradigma no llena ni alcanza las mínimas ansias de liberación del movimiento feminista.

“Estamos asistiendo en estos momentos –y muy especialmente desde el arribo del PSOE al Gobierno de Madrid– a este proceso creciente de legalización máxima de la vida de las mujeres”

Una falta clara de definición de los derechos está llevando en estos momentos a malinterpretar los bienes jurídicos protegidos en los delitos de violencia sexista. Así la concepción *familista* que subyace en la legislación vigente, hace suponer que el bien jurídico que se trata de proteger es la armonía de la familia y el bienestar de todos sus miembros y no el derecho de las mujeres a no sufrir violencia. De la misma forma, en las argumentaciones del derecho al aborto, en lugar de poner en primer lugar y como derecho, el derecho de las mujeres a decidir libremente su maternidad y a controlar su propio cuerpo, se pone la salud de la mujer o la del feto en el lugar del bien jurídico protegido, lo que trastoca la configuración del derecho tal como el feminismo lo recoge.

No hace falta insistir más en esta extendida idea de que los derechos de las mujeres no se consagran en los Códigos Penales. En general las políticas públicas de los derechos de las mujeres pendulan entre una aplicación tímida y equívoca del principio de igualdad que, como un boomerang se vuelve a veces contra las mujeres, y una acuñación de los mismos a través de las medidas penales, lo que sitúa a la mujer como víctima y no como sujeto de derechos.

El igualitarismo galopante, el principio de igualdad entre hombres y mujeres, por un lado, nos está llevando a espacios insólitos en los que ni tan siquiera se puede aplicar ninguna discriminación positiva a favor de las mujeres sin que sea contestada por los hombres que también afirman tener derecho a la igualdad. El paternalismo punitivo y el populismo penal, por el otro lado, nos abocan a la consideración permanentizada de las mujeres como víctimas, con unas pautas de

conducta predeterminadas, que tendrán que cumplir si quieren acceder a los mínimos derechos que se les dedican, derechos, que por otro lado deben ser considerados como universales: la vivienda, el trabajo, la autonomía e independencia económica...

Y todo ello por no afrontar de forma descarada y atrevida la reivindicación de nuestras feministas de referencia ancestral: todos los derechos para todas.

Bibliografía

- Bodelón, E. (2008) "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo". En P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (coords.) *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Emakume Internazionalistak (2001) "Todos los derechos para todas". En *Jornadas feministas. Feminismo. es... y será*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Larrauri, E. (2008) *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Montevideo: B de F.
- Laurenzo, P. (2008) "La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo". En P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (coords.) *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Maqueda, M.L. (2008) "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un punto de vista feminista crítico". En P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (coords.) *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Pitch, T. (2008) "Libertad femenina y derechos". En R. Mestre i Mestre (coord.) *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Smart, C. (1994) "La mujer del discurso jurídico". En E. Larrauri (comp.) *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI.
- Zabala, B. (2009) "Derechos de las mujeres en femenino singular". *Pueblos*, 36, 43-45.
- Zabala, B. (2008) *Movimiento de mujeres, mujeres en movimiento*. Tafalla: Txalaparta.
- Zaffaroni, E.R. (2000) "El discurso feminista y el poder punitivo". En H. Birgin (comp.) *Las trampas de poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos.