

Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho

Gioconda Herrera, coordinadora

Alda Facio
Lorena Fries
Laura Pautassi
Anunziata Valdez
Alejandra Cantos
María Judith Salgado
Rocío Salgado
Ximena Avilés

Índice

Introducción	
Gioconda Herrera	7
PRIMERA PARTE:	
FEMINISMO Y DERECHO	13
Hacia otra teoría crítica del derecho	
Alda Facio	15
Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos	
Lorena Fries	45
Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades:	
ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina	
Laura Pautassi	65
SEGUNDA PARTE:	
LOS DERECHOS HUMANOS	
DE LAS MUJERES ECUATORIANAS:	
ESCENARIOS LEGALES DE APLICACIÓN	91
El Código de la Familia:	
Retos para la vigencia de los derechos de las mujeres	
Anunziata Valdez	93

Escenario de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: “Visión crítica al nuevo Código de Procedimiento Penal”	
Alejandra Cantos	99
Garantías constitucionales y derechos humanos de las mujeres	
María Judith Salgado	107
La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la administración de justicia	
Rocío Salgado	121
El concepto internacional de igualdad formal y la disputa en torno a la custodia de menores en el Ecuador	
Ximena Avilés	125

Presentación

La normativa que regula las relaciones sociales entre hombres y mujeres ha sido considerablemente modificada en el país en los últimos cinco años. Distintos actores sociales contribuyeron a que el Estado ecuatoriano emprenda un proceso de reconocimiento de los derechos de las mujeres en varios ámbitos legales y constitucionales. Los logros alcanzados han significado aportes muy importantes en la construcción de una ciudadanía inclusiva para las ecuatorianas; pero, también plantean el desafío de una reflexión y acción más atenta a los procesos de reestructuración y crisis actual del Estado desde una perspectiva de género. En ese marco, el Programa de Género de FLACSO organizó en febrero de 2000 el seminario “Género y Derecho: reflexiones desde la teoría y la práctica” que tenía como objetivos promover la discusión sobre los aportes del feminismo a la teoría y práctica del Derecho y evaluar distintos escenarios de construcción de una legislación o de aplicación de leyes destinadas a alcanzar la equidad de género en el Ecuador. El Seminario contó con el auspicio del CONAMU y de la Fundación Friedrich Ebert - ILDIS.

Este libro recoge las ponencias presentadas en este seminario que reunió a destacadas feministas latinoamericanas cuyo ámbito de acción y de reflexión ha sido los derechos humanos de las mujeres, y a abogadas ecuatorianas comprometidas con el movimiento de mujeres y con la defensa de los Derechos Humanos. Esta jornada fue la ocasión para debatir sobre los principales aportes del feminismo a la reconceptualización del Derecho y para hacer un balance de algunos cuerpos legales que se encuentran en proceso de reforma en el país y que afectan directamente al ejercicio de los derechos de las mujeres ecuatorianas. Esperamos con estas memorias contribuir a la discusión todavía insuficiente en el país sobre las potencialidades de la perspectiva de género en la construcción de formas de ciudadanía más democráticas.

Fernando Carrión
Director FLACSO-Ecuador

Lola Villaquirán
Directora Ejecutiva CONAMU

Introducción

Gioconda Herrera*

Durante la década de los 90, las mujeres ecuatorianas logramos importantes modificaciones en el andamio normativo con que el Estado ecuatoriano regula las relaciones sociales. Si bien el país suscribió en 1979 la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer -CEDAW-, y la ratificó en 1981, es a partir de 1995 que se avanza progresivamente en la depuración de las normas discriminatorias presentes tanto en el derecho público como en el privado, proceso que culminó con la Constitución de 1998 en la que “no sólo se eliminó la mayoría de rezagos legales discriminatorios de la mujer, sino que se possibilitó el respeto de los derechos de todas las personas y la primacía de las normas de la Carta Fundamental”¹.

En este proceso han intervenido varios actores. Por un lado, hay que señalar la presencia de mujeres profesionales que desde la década de los 80 emprendieron un ‘trabajo de hormiga’ desde sus distintos espacios de acción para posicionar institucionalmente los derechos de las mujeres. Este trabajo se fortaleció en los 90 y cobró mucha más visibilidad con la estructuración de un movimiento ecuatoriano de mujeres que ha demostrado una gran capacidad de negociación en la promoción de sus derechos. Dos fueron los espacios privilegiados de acción: el reconocimiento de la violencia doméstica como un delito público y la promoción de la participación política de las mujeres.

Estos esfuerzos dieron sus frutos con la promulgación de la ‘Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia’ en 1995², proceso que significó la puesta en marcha de un aparato institucional que comprende la creación, organización y funcionamiento de las Comisarías de la Mujer y la Familia en 21 provincias del país y so-

* Socióloga. Coordinadora Programa de Estudios de Género. FLACSO-ECUADOR

1 Fundación Mujer y Sociedad-Consejo Nacional de las Mujeres -CONAMU- *Boletín La Otra Mitad*. N° 8, p. 4. Quito, enero, 2000.

2 Registro Oficial 839 del 11 de diciembre de 1995.

bre todo, la legitimación en la esfera pública de un derecho fundamental de las mujeres y una reivindicación básica del feminismo: volver de dominio público delitos considerados anteriormente como privados y por tanto, no sujetos a sanción alguna por parte del Estado y la sociedad.

Por otro lado, las reformas a la 'Ley de Elecciones', de 'Régimen Municipal', 'Descentralización' y 'Amparo Laboral' del 2000, representan claros avances orientados a expandir el espacio de participación política de las mujeres ecuatorianas. Estas reformas amplían la cuota de participación femenina a un 30%, tanto para las listas de principales como de suplentes, en forma alternada y secuencial, con un incremento del 5% en cada nueva elección, hasta alcanzar la equidad.³ Se instituyen entonces la aplicación de una medida de discriminación inversa, además de mecanismos de control y sanción por parte del Tribunal Supremo Electoral para las listas que incumplan la cuota.

Otro factor determinante en los cambios constitucionales y legales de los últimos cinco años constituye el paraguas que conforman los diferentes instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos de las mujeres establecidos o ratificados en la década pasada por el Estado ecuatoriano.⁴ Éstos reflejan la presencia de un movimiento feminista internacional activo en los espacios globales y transnacionales que ha podido imprimir su huella en muchos de los acuerdos. Ha conseguido, por tanto, importantes avances que cobijan y sustentan las negociaciones internas.

Finalmente, el Consejo Nacional de las Mujeres -CONAMU- y la Comisión Permanente de La Mujer, el Niño y la Familia en el Congreso Nacional son instancias estatales que han jugado un papel importante en este proceso.

Los retos y desafíos consisten ahora en garantizar el ejercicio de estos derechos, vigilar la expedición de legislación secundaria acorde con los nuevos principios constitucionales y exigir al Estado el cumplimiento cabal de sus obligaciones con las mujeres en todos los ámbitos de las políticas públicas.

Sin embargo, las transformaciones de este andamiaje normativo se han producido en un contexto de crisis estructural del país que vuelve muy vulnerables los derechos conseguidos así como su ejercicio. El descalabro económico, la crisis de legitimidad del Estado, la impunidad y la corrupción son factores que ponen en riesgo muchos de los logros alcanzados por las mujeres ecuatorianas en el ámbito formal.

3 La Ley de Amparo Laboral (Registro Oficial 124 del 6 de febrero de 1997) establecía una cuota mínima del 20%, pero no preveía ningún tipo de sanción por incumplimiento.

4 La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer -CEDAW- fue ratificada en 1981. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer fue ratificada en 1995. El Ecuador ha suscrito además, la Plataforma de Acción de las Mujeres (Beijing, 1995). La Declaración y el Programa de Acción de Viena (1994) que reconoce los derechos humanos de las mujeres. El Programa de Acción de El Cairo, que promueve los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, entre otros.

En este contexto, se vuelve imprescindible impulsar espacios de reflexión sobre el camino recorrido, que nos permitan ubicar los nudos político-institucionales a los que se enfrentan la puesta en marcha de estos derechos, la dinámica económica, social y cultural que los condiciona y sobretodo, los retos que desde el feminismo como teoría crítica, plantea su ejercicio.

¿Qué nuevas preguntas nos planteamos frente a lo avanzado desde el feminismo? ¿Cómo entender estos logros en el marco de las políticas de ajuste y la reestructuración del Estado? ¿Qué está sucediendo con los derechos económicos y sociales? ¿Cómo resignificar nociones de justicia social desde el feminismo? ¿Cómo articular la defensa de los derechos de las mujeres con la igualdad de oportunidades de las políticas públicas? En otras palabras, se necesita tender puentes de reflexión que nos permitan articular los derechos humanos de las mujeres con los procesos de construcción de una ciudadanía más democrática.

Esto significa dismantelar la concepción ‘tutelar’ de las construcciones jurídicas y las prácticas sociales, a través de la cual los derechos de los ‘diferentes’, de las mujeres, los niños, los indígenas, los homosexuales, las lesbianas u otros grupos que no responden a la construcción hegemónica del sujeto de derechos, son vistos como concesiones generosas y discrecionalmente ejecutables por quienes detentan el poder.⁵ Demanda también empezar a reflexionar sobre modelos de justicia social que garanticen de mejor manera los derechos de los diferentes a través de la discusión de nociones de equidad, redistribución y reconocimiento de identidades particulares. Por último, es importante problematizar la vigencia efectiva de las leyes, discutir sobre los obstáculos que detienen la realización de los derechos, sobre los mecanismos necesarios para ejercer los derechos formalmente legislados.

Este seminario fue un primer paso en esta reflexión y tuvo como objetivos fundamentales: promover la discusión sobre los aportes del feminismo a la teoría y práctica del Derecho y evaluar los distintos escenarios de construcción de una legislación o de aplicación de leyes a favor de las mujeres en el Ecuador.

Contó con la participación de destacadas feministas latinoamericanas cuyo ámbito de acción y de reflexión han sido los derechos humanos de las mujeres, y con abogadas ecuatorianas pertenecientes al movimiento de mujeres, a ONG de derechos humanos y a la institucionalidad del Estado. Se reunieron en FLACSO representantes de estos tres actores fundamentales que han jugado un papel preponderante en el proceso de consecución formal de estos nuevos derechos.

Las memorias del seminario se dividen en dos partes:

La primera, recoge la discusión sobre género y Derecho desde tres perspectivas: los feminismos, los derechos de las humanas y la sociología política. Corresponden a Alda Facio, Lorena Fries y Laura Pautassi, respectivamente.

La segunda parte recoge las contribuciones de distintas especialistas ecuatorianas sobre coyunturas actuales de reforma legal en las que entran en juego los dere-

5 Esta idea la tomé de un manuscrito de Lola Valladares, preparado para este seminario.

chos de las mujeres: su incorporación en distintos cuerpos legales (el Código de Familia, el Código de Procedimiento Penal), el uso de las Garantías Constitucionales; un estado de la cuestión respecto a la aplicación de la Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, y una reflexión sobre los desafíos de la multiculturalidad en la aplicación de enfoques de igualdad formal y sustantiva en el caso ecuatoriano.

La ponencia de Alda Facio parte de la necesidad de reivindicar al feminismo como una teoría crítica orientada a esclarecer el rol del Derecho en el mantenimiento del sistema patriarcal. Para Facio, una teoría crítica del Derecho tiene como premisa fundamental explicitar desde dónde se miran y analizan los hechos y las ideas. En el sistema patriarcal, una teoría crítica busca cuestionar por qué el sujeto del Derecho es el hombre adulto, heterosexual y perteneciente a la cultura dominante. A partir de allí, la autora plantea nueve críticas que se dividen entre las que cuestionan las mismas bases del sistema patriarcal y aquellas que si bien representan avances, no alcanzan a deconstruir el modelo excluyente sobre el que se asienta el Derecho. En otras palabras, no constituyen teorías críticas.

En su exposición, presenta distintas posturas que podrían ser calificadas como avances para las mujeres y analiza el alcance que tienen en cuanto a su capacidad para dismantelar la concepción androcéntrica del Derecho. En ellas encontramos reflejadas muchas de las tensiones a las que nos vemos abocadas al momento de pensar en medidas para contrarrestar la discriminación: los dilemas entre igualdad formal, igualdad sustantiva y diferencia; las fronteras entre igualdad, equidad y justicia social; el cuestionamiento a la objetividad, racionalidad y universalidad de la concepción liberal del fenómeno jurídico; la relación entre necesidades y derechos; las transacciones y ‘minidramas’ legales de la práctica legal cotidiana.

Es decir, Facio aborda a través de estas nueve entradas, los principales debates contemporáneos sobre feminismo y Derecho. Desde los planteamientos de Zillah Eisenstein, pasando por la revalorización del ámbito familiar y la conexión planteada por Carol Gilligan; los postulados del universalismo concreto de Benhabib y Obando hasta la crítica feminista al Derecho que parte de los conceptos ‘foucaultianos’ de poder.

La ponencia de Lorena Fries analiza la relación entre el feminismo y la teoría y práctica de los Derechos Humanos. Para iniciar, sitúa dos contextos clave: el proceso de feminización de los Derechos Humanos, con la politización de la demanda privada en la lucha por la democracia en los 80, y la transición hacia una relación más institucional con el Estado en los 90. Para Fries, esta relación con el Estado plantea nuevas preguntas respecto a la forma en que la institucionalidad estatal acoge y rechaza las demandas de las mujeres y sobre el papel de las instancias internacionales como mediadoras y propulsoras de esta relación, que pone en tensión las dinámicas y contenidos de las políticas de género en el ámbito nacional.

Para esta autora, los aportes conceptuales del feminismo han sido principalmente la reformulación del sujeto de derechos con el reconocimiento de una “humanidad con rostros diversos”; la redefinición de la relación público-privado, y el

paso de lo jurídico a una cultura de los Derechos Humanos que compromete tanto al Estado como a la sociedad.

Este proceso implica varios nudos y desafíos: por un lado, la incorporación y legitimidad de los derechos de las mujeres en el Estado y no sólo de las mujeres.

En segundo lugar, un trabajo mucho más profundo en el campo de los derechos económicos y sociales, que implica repensar la organización del trabajo, la familia, el mercado laboral. Esto permitiría enfrentar de manera más directa el problema de la exclusión social de las mujeres.

En tercer lugar, pensar en políticas integrales y múltiples, no lineales, que garanticen la autonomía vital de las mujeres y eviten procesos segmentados de construcción ciudadana.

Por último, el fortalecimiento de procesos de “empoderamiento de las mujeres por las mujeres”. Para Fries, no se trata únicamente de lograr legitimidad en el mundo masculino sino de construir espacios democratizantes desde las mujeres, que contrapongan una lógica diferente a la lógica del Estado.

La tercera ponencia, de Laura Pautassi, analiza la relación entre feminismo, ciudadanía y derechos y plantea una pregunta fundamental: ¿cómo combinar las reivindicaciones específicas de género y de ciudadanía diferenciada en contextos de desigualdad y exclusión social? Los procesos de ajuste estructural y de reforma del Estado, con sus concomitantes impactos de precarización de la fuerza de trabajo y de carencia de protección social, vuelven urgente la reflexión desde el género sobre la relación entre derechos sociales y la esfera del trabajo, la incompatibilidad fundamental entre los títulos de derechos de la ciudadanía democrática y los requerimientos económicos de las sociedades modernas y sobre el tratamiento que han recibido los derechos sociales por parte de la mayoría de Estados latinoamericanos, como meras declaraciones de buena voluntad y no como obligaciones jurídicas.

Además, la autora llama la atención sobre la forma en que los Estados de Bienestar han tratado los derechos sociales y económicos de las mujeres, y han creado ciudadanas dependientes, en el mejor de los casos, y excluidas en muchos otros: mujeres casadas con maridos protegidos; mujeres casadas con maridos desprotegidos, y mujeres solas (empleadas domésticas; trabajadoras rurales sin remuneración; sector informal). También presenta una crítica a la forma en que las políticas anti-pobreza han vuelto más vulnerables los derechos de las mujeres pues sólo se han preocupado por perfeccionar métodos para detectar y clasificar las carencias de las mujeres y sus dificultades de inserción, sin partir de un cuestionamiento de las relaciones de poder ni de una redefinición política y cultural de sus roles productivos y reproductivos.

Finalmente, la autora aboga porque se conciba a la ciudadanía como “oportunidades de vida”; como un proceso dinámico, conflictivo, en permanente ajuste en tanto cambian las demandas sociales.

La segunda parte de esta memoria: ‘Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador’, contiene las presentaciones de la diputada

Anunziata Valdez, Presidenta de la Comisión Permanente de la Mujer, el Niño y la Familia del Congreso Nacional, sobre las reformas al nuevo Código de familia. En su exposición, la diputada Valdez subraya la importancia, desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres, de la inclusión de varios puntos en la propuesta del nuevo Código que se halla actualmente en proceso de negociación: protecciones especiales para mujeres jefas de hogar; corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos; comunidad de bienes con administración comunal, y protecciones para diversas uniones de hecho.

Alejandra Cantos, actual vicepresidenta de la Comisión Cívica Contra la Corrupción, presenta por su parte, una visión crítica del tipo de negociación efectuado por el movimiento de mujeres y la Comisión del Congreso Nacional para la aprobación del Nuevo Código de Procedimiento Penal y un recuento de los logros obtenidos en materia civil y penal por parte del movimiento de mujeres en los 90.

La tercera presentación corresponde a María Judith Salgado, especialista en Derechos Humanos, quien presenta una reflexión sobre la importancia de las Garantías Constitucionales como mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres, tanto cuando se los viola como cuando de reparar daños se trata, y sobre el rol de lo legal en la aplicación de los derechos humanos de las mujeres.

Rocío Salgado en cambio, hace un análisis del tratamiento de la Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia en las instancias penales, puntualizando algunos de los obstáculos y resistencias que han surgido sobre la marcha. Por ejemplo, que de las 1.187 instancias competentes solo las 21 Comisarías de la Mujer apliquen la Ley, el problema de la transacción, la falta de correspondencia entre denuncias y número de sancionados, entre otros.

Finalmente, Ximena Avilés presenta una reflexión sobre la necesidad de pensar lo jurídico desde lo multicultural. Trae a discusión lo que en doctrina jurídica se denomina la 'costumbre' y cómo ello puede definir situaciones particulares en que la Ley, inclusive las leyes supuestamente a favor de las mujeres como un todo homogéneo, termina perjudicándolas.

Esperamos dejar planteadas con estas Memorias, algunas preguntas nuevas que estimulen la realización de eventos similares en pos de un permanente diálogo entre la acción y la reflexión, tan necesario para la construcción de ciudadanías menos excluyentes y para la vigencia del feminismo como teoría crítica de la sociedad.

**Primera parte:
Feminismo y Derecho**

Hacia otra teoría crítica del Derecho*

Alda Facio**

Introducción

Las críticas del movimiento feminista¹ al Derecho pueden ser catalizadores de transformaciones democratizantes en su interior. Por eso sería beneficioso para los y las juristas y estudiantes de esta disciplina, conocerlas ampliamente y ponerles atención. Estas críticas no van sólo en el sentido de denunciar las discriminaciones que sufrimos las mujeres, cosa bastante necesaria, sino que son mucho más profundas y abarcadoras.² Es más, se podría utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la base fundamental del Derecho, que en la opinión de la mayoría de las corrientes feministas, está históricamente condicionada a la parcialidad. ¿Por qué? Por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al varón únicamente, y de éste, sólo al de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc.

En un trabajo que desarrollé en 1990, postulé que la gama de críticas feministas al Derecho era tan amplia como el feminismo mismo porque, aunque todas las corrientes insisten en que el Derecho conlleva una fuerte parcialidad 'androcéntrica'³, el contenido que le dan a esta acusación varía mucho. Ocho años después, todavía

* Tomado de Fries Lorena y Alda Facio (comp. y selección). *Género y Derecho*. Santiago: LOM Ediciones, La Morada, 1999.

** Jurista y escritora feminista, es la Directora del "Caucus" de mujeres por una justicia de género en la ICC y la ONU, con sede en Nueva York; Directora del Programa Mujer, Justicia y Género del ILANUD, con sede en Costa Rica. Presidenta de CIMA y corresponsal de FEMPRESS. En 1996 fue galardonada con el Premio Internacional de Derechos Humanos de las Mujeres.

1 Entiendo por 'movimiento feminista' el conjunto de los movimientos y grupos sociales que desde distintas corrientes del feminismo luchan por el fin del patriarcado.

2 Recordemos que la opresión de las mujeres está en el corazón del patriarcado y por esto, aunque ésta no sea la única preocupación 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 eliminación de esta opresión que, por cierto, conlleva la eliminación de otras formas de discriminación y opresión.

3 *N. de la E*: que gira en torno a lo masculino, sin tomar en cuenta otras posibilidades.

estoy de acuerdo con esta afirmación. No estoy conforme ahora con algo que también dije en ese entonces: “una forma conveniente de representar estas diferencias es la de una gama de opiniones similar a la gama política que caracteriza al feminismo en su totalidad, empezando por lo que podría llamarse la posición liberal feminista, avanzando hacia su radicalización en posturas izquierdistas” (Facio 1993: 25).

Hoy no estoy de acuerdo con esto último porque creo que esa forma de plantear la gama de feminismos contribuye a la idea patriarcal de que esta teoría/práctica es siempre un planteamiento específico de las mujeres ‘dentro’ de las corrientes izquierdistas o liberales más amplias. Hoy estoy convencida que el feminismo no tiene por qué asimilarse a planteamientos de la izquierda o del liberalismo para validarse como movimiento o como teoría autónoma. Aunque algunos feminismos son planteamientos que especifican para las mujeres las posturas liberales o izquierdistas, el Feminismo es una teoría y una práctica autónoma que desarrolla y critica las ideas que lo preceden como lo hacen todas las teorías, doctrinas o corrientes de pensamiento.

El conjunto de feminismos que yo llamo “Feminismo con ‘F’ mayúscula”, toma ideas y posturas del liberalismo, de la izquierda, de los movimientos antiesclavistas, anticolonialistas, ecologistas, de los Derechos Humanos 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 razón por la cual considero que estos últimos 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 algún grado de transformación del status 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.⁴ 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 “es un autoesclarecimiento de las luchas y deseos de una época” (Marx [1843]

4 Considero que eliminar la opresión de las mujeres incumbe tanto a mujeres como a hombres aunque desafortunadamente esto 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 ellos 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.

1975: 209). 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 aberración, por lo que pequeñas críticas que tienden a reformas parciales podrían no tener ningún efecto, o podrían hasta reforzar las estructuras patriarcales de género. Recordemos que muchas leyes que se han promulgado para el supuesto mejoramiento de la condición 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 lineamientos existentes del poder.

Por ejemplo, las reformas legales en el campo de las relaciones íntimas han tendido a desviarse, 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 'legalmente', por lo que quedan formalmente desprotegidas de la reciente 'igualdad' en los derechos y obligaciones dentro del matrimonio, como en las causales de divorcio.⁵ Las mujeres pobres no pueden darse siquiera el lujo de cuestionarse si deben o no trabajar fuera de la casa, pero el moderno Derecho de Familia también 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 mayoría) de alcanzar la independencia económica. Es más, en las leyes de divorcio, las presunciones tradicionales sobre el rol del padre en el sustento económico de la prole, son la base para el acceso obligado a, y control sobre ex esposa e hijas/os. El resultado de esto han sido reformas que más que aliviar las desigualdades de género, las refuerzan.

Por eso, algunas teorías feministas consideran que el sistema patriarcal sólo tolera o promueve la emancipación de las mujeres cuando ésta beneficie su mantenimiento. Consideran que el empoderamiento que hemos logrado las mujeres hasta ahora es mínimo en relación al poder relativo y privilegios que todavía tienen los hombres sobre nosotras y en relación al enorme poder de la cultura e ideología patriarcales. Nos advierten que no debemos 'dormirnos en nuestros laureles' porque todavía no se sabe cuánto esas reformas o avances se traducirán en beneficios para los hombres y, lo que es peor, en un refuerzo para el patriarcado.

Sin embargo, hasta ahora, la mayoría de los feminismos se ha concentrado en los aspectos menos amenazadores de la transformación 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 críticas más profundas han sido silenciadas, mal entendidas o ridiculizadas por razones que no son difíciles de comprender.

5 Las otras mujeres, aunque formalmente igualadas al marido, también siguen discriminadas en la realidad porque como ya se ha dicho, la declaración formal de igualdad no la produce.

Aunque ha sido arduo lograr que las mujeres sean aceptadas en el mundo masculino del Derecho como abogadas, juezas o juristas, más difícil aun es que se entienda cómo el sexismo está en la base misma de casi todas las instituciones jurídicas. Esto porque es más fácil permitir la entrada de mujeres a las instituciones patriarcales que transformarlas.

Por ejemplo, es más fácil permitir que algunas mujeres lleguen a ser juezas de las cortes supremas que cuestionar los principios jerárquicos que organizan el sistema de administración de justicia. Es menos complejo permitir que algunas mujeres practiquen el derecho de cuestionar el modelo de resolución de conflictos que constituye el sistema jurídico. Es más sencillo elevar a una mujer como jurista eminente que cuestionar el androcentrismo en la doctrina jurídica. La historia nos demuestra que es más fácil aplaudir a algunas 'grandes'⁶ mujeres, que cuestionar y confrontar la misoginia⁷ que penetra el Derecho; misoginia que siempre está al alcance de cualquier persona que se sienta amenazada por la presencia de más mujeres en el campo de lo jurídico.

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 podrían 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 muchas 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.

6 'Grandes' en el sentido que se usa para los 'grandes' hombres.

7 'Misoginia' es el odio, repudio o desprecio de lo femenino.

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 autoesclarecimiento de las luchas y deseos del movimiento feminista con respecto al Derecho, tendría que utilizar categorías y metodologías que revelen, en vez de ocultar, las relaciones de dominación masculina y subordinación femenina. Una de esas metodologías que tendría que utilizar sería la 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 tendría 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 a 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 toda-

vía 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 únicos o mejores juristas.

Cuando algunas juristas hemos tratado de enmarcar nuestras ideas en formatos alternativos, tales como iniciar un texto con un testimonio o un cuento, método muy aceptado en otras disciplinas, medios y regiones, hemos visto cómo nuestras ideas son menospreciadas como demasiado subjetivas e irracionales, aun cuando el resto del texto esté 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 única forma de acercarse a la objetividad es explicitar desde dónde 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 explicita desde quién se hace tal descripción, por ejemplo, que hablar en abstracto sobre ella 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, pondrían en evidencia las relaciones de poder entre los géneros y por ende, hasta las aparentemente más inocuas, podrían subvertir el orden patriarcal. Las palabras clave para esto son 'de llevarse a su lógica consecuencia'. Es decir, considero que es posible que aun las críticas más suaves podrían derrocar al patriarcado, pero solamente si nos llevan a cuestionar 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.

El Derecho es justo, sólo 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 en-

foque, 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 al 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'⁸ 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 'sexo femenino' 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 'proteger' 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 sólo 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, somos 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 si otorgaran privilegios a las mujeres en vez de considerárselas normas que buscan la equidad entre los sexos. Así, hasta las normas que prohíben o prohibían 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 si otorgaran un privilegio a las mujeres en desmedro de los hombres.

Como ya lo señalé, 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 universal-

8 *N. de la E.*: Entiéndase como aversión a las tendencias homosexuales.

dad de los postulados jurídicos. Se trata de una crítica que se centra en el acceso de algunas mujeres al ámbito público en tanto es allí donde, según 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 este ámbito, 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 estén 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 serlo.

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 penetra el derecho y la sociedad.

Para una mujer que no entiende cómo funciona el racismo, basta que exista una acción afirmativa que la autorice a elegir y le dé 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 otorgar 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 Gilligan (1982:174), un aumento considerable de mujeres en cualquiera de los ámbitos de la creación o aplicación del Derecho lo transformaría 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 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 existencial⁹, 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, sí transforma la naturaleza de las leyes que allí se promulgan.

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.

Este argumento se utiliza más fácil y frecuentemente con respecto a la impunidad de los violadores, incestuosos y agresores domésticos, las bajas pensiones alimenticias, etc. Se dice, por ejemplo, que las y los jueces no aplican bien la legislación que sí castiga esos delitos o que sí 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, que interpreten y apliquen 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 su creación tiene que ser afectada por ese hecho. Es impensable que un cuerpo legislativo compuesto casi exclusivamente por hombres no sensibles al gé-

9 Entiendo 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.

nero, 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 superada,¹⁰ de que los jueces aplican el Derecho vigente sin interpretarlo desde sus valoraciones éticas. Recordemos el tan repetido principio de que los jueces son “solamente las bocas que pronuncian las palabras del Derecho” (Cardozo 1995: 138).

Pero, si desde esta crítica se insiste en que la norma debe ser aplicada desde una perspectiva de género, es necesario que ésta 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 su aplicación se hace desde una perspectiva androcéntrica. Es decir, esta corriente crítica la forma cómo las normas ‘objetivas y neutrales’ 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 Judicial, es más fácil rechazar la idea de que la sentencia es un silogismo, lo que abre el espacio para que se la critique. 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 escudar 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 paradigmático¹¹ del Derecho, la solución sí erosionaría ese paradigma. Pensemos

10 Digo “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.

11 *N. de la E.*: hace referencia a que se toma como paradigma a lo masculino.

si no, en los efectos que tendría 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, transformaría necesariamente su contenido.

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 preocupen 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 cómo 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 cómo 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 a quienes 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 hecho 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, insiste en que hay un núcleo básico de principios fundamentales que son universales y neutrales en términos de género.

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 que la igualdad jurídica logre la emancipación de las mujeres puesto que hasta ahora ello ha significado asimilación al varón. Más bien vuelve relativos los conceptos totalizadores de la igualdad y la diferencia para asumir que en algunos campos las mujeres requerirán 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 deban ser tratadas como hombres, y en otros, como mujeres.

En su libro, *The Female Body and the Law*, Zillah Eisenstein (1978), 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 de hacer compatible el principio de igualdad con, por ejemplo, el dato fáctico

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 la 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 puedan ser tratados como seres humanos plenos porque fue al 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 les 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 sin interrogantes 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 estéti-

cas y obstétricas 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 los 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, al 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”.

El androcentrismo en los principios básicos del Derecho

A partir 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 cuestionar 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 nuevo examen 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 sentidos 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 otorgado 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 aún 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 sólo 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 incluyó a las mujeres en su concepción de igualdad, la que se establece allí 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 dere-

chos 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 una prohibición a 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 las circunstancias en que una distinción es una discriminación. Además, no todos entienden la no discriminación de la misma manera. Para muchos autores se cumple con el mandato de no discriminación sólo con que en la letra de la ley no se dé 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. Sí lo han sido, pero desde el punto de vista masculino. Las que se adhieren a este enfoque insisten en que esto no significa que exista una conspiración por parte de los hombres que fomenta este propósito. Sin embargo, señalan que los hombres continúan ocupando las posiciones más importantes y son los que determinan el modo de ver la realidad social haciéndola aparecer como normal aún por aquellas que están subordinadas. Y el Derecho como institución contribuye en gran medida al mantenimiento de la visión masculina del mundo.

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 da prioridad a su familia o por el contrario, la mujer desnaturalizada que prefiere el ejercicio del poder al de la maternidad. Desde este enfoque más crítico del Derecho se cuestiona 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 sin

protección, nos lleva a otra crítica del Derecho que parte del trabajo de Carol Gilligan (1982), y que señala que los derechos que la ley reconoce son en su inmensa mayoría, 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 masculina del mundo 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 por el contrario, 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 necesidades responden la mayoría de los derechos fundamentales. La respuesta que dan quienes sostienen esta tesis es que la mayoría de las instituciones del Derecho parten de las necesidades centradas en la separación, excluyendo las centradas en la conexión.

Por ejemplo, el negocio jurídico contractual es entendido por el Derecho como la manera ideal de manejar una relación entre dos personas, sean éstas cónyuges o dos personas desconocidas que realizan una transacción comercial. El Derecho establece que es preferible el contrato escrito que el oral y entre más 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, tratará, antes de entrar en una relación contractual, de imaginarse todo lo que puede ir mal con la relación para especificar con el mayor detalle posible todas las consecuencias de ese o esos hechos. Como es obvio, la lógica de la institución contractual parte de que la necesidad primordial de los sujetos contratantes es mantener su separación-autonomía, tratando como aberrante la necesidad de conexión que esos sujetos podrían también 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 separación, el Derecho da prioridad a esas necesidades por sobre las que surgen de la condición existencial de conexión, con el resultado de que estas últimas quedan desvalorizadas o sin protección. Y, el hecho de que el Derecho no reconozca como igualmente importante la necesidad de conexión como la de reparación, nos permite postular que el Derecho es parcial y, por lo tanto, no es ni objetivo ni neutral.

También desde la crítica a la tesis de la separación, se postula que aún cuando el Derecho llena las necesidades de conexión, lo hace desde la perspectiva de la condición existencial de separación y no desde la condición existencial de conexión. Por ejemplo, cuando regula la violación sexual o el aborto, no lo hace a partir del

temor a la invasión de su ser que estos actos provocan en personas cuya condición existencial es la conexión con el otro, sino que los regulan desde el temor al aislamiento y alienación que sienten las personas cuya condición existencial es la separación. Aun cuando no se acepte que son los hombres quienes viven una condición existencial de separación y las mujeres las que viven la de conexión, lo cierto es que el Derecho no toma en cuenta que algunos seres humanos viven una condición existencial de conexión con el o la otra y que por ende la condición existencial de separación no es universal. Al no ser esta condición universalmente compartida por todos los seres humanos, el Derecho no debería tomarla como base para la regulación de todas las conductas humanas ni como fundamento de los Derechos Humanos universales.

Derecho como discurso

Una reciente crítica feminista al Derecho (Facio: ponencia presentada en varios seminarios) parte de entenderlo en el sentido 'foucaultiano' de discurso como una amplia gama de discusión sobre un tema o temas que se realizan dentro de una determinada sociedad (Foucault 1978:101). Pero también parte de entenderlo en el sentido más concreto del lenguaje, como el conjunto de sonidos, unidades de significados y estructuras gramaticales, así como los contextos en que se desarrollan. En este sentido se analiza el 'microdiscurso' del Derecho, es decir, se 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 éste 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 cómo 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 ca-

so 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 traten 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 ejercita o se cuestiona.

Como se ha dicho, el discurso no sólo es una forma de hablar sobre un tema, sino que es la forma cómo 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 aún en los Estados en donde se han hecho reformas legales para eliminar, por ejemplo, la ‘revictimización’ de las mujeres en casos de violación sexual, prohibiendo preguntarle a la víctima sobre su experiencia sexual previa, no se ha logrado un trato justo y equitativo para ellas. Según esta gama de críticas, esto 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. También lleva a pensar que lo que le sucede a una mujer, por ejemplo una violación sexual, no es tan grave como cuando le sucede a un hombre y definitivamente es menos grave que mandar a un hombre a prisión. Estas formas de hablar y pensar llevan a un trato por la ley, aún la protectora, que termina discriminando a las mujeres.

Reconocer que el Derecho es un discurso del poder, tanto del poder estatal como de los múltiples poderes locales, nos dice esta crítica, nos llevará a poner atención, más que a la norma formal, a cómo ella establece las reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos que la norma presupone e incorpora, así como a poner atención a la forma cómo la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado. El es-

tudio del Derecho como discurso puede ser clave para las mujeres porque puede demostrar cómo el Derecho es patriarcal más allá de la norma, aun la norma protectora de los derechos de las mujeres.

Derechos relacionales: una propuesta feminista

Con base en la crítica que hacen muchas feministas al discurso de los derechos en el sentido de que éste responde a una perspectiva basada en la objetividad y los estándares y reglas neutrales, la jurista Ana Elena Obando (1994) 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 atención a un ‘universalismo’ concreto referido a las experiencias de las mujeres como ‘siempre cambiantes’ (Scale 1986: 1385) y a no caer en la tentación (Olsen 1993; Smart 1989) de depender demasiado del discurso de los derechos, sólo porque en el pasado han sido histórica y políticamente útiles.

Siempre, según Obando, el dilema es presentar los reclamos en términos de derechos o utilizar otras estrategias extralegales. Con base en los argumentos de Carol Smart, Obando nos dice que el discurso de los derechos es problemático no sólo porque puede producir ‘contra reclamos’ a otros derechos, sino además porque los derechos están a merced de la voluntad del Estado, quien facilita su ejercicio y en última instancia decide su existencia (Smart 1989). 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 e insiste en que éstos autorizan la experiencia masculina del mundo, propone en su lugar los “derechos substantivos” (Mackinnon 1989: 248-249) 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 clave para ‘los de afuera’, es decir, quienes no son protegidos por el Derecho y a la vez son excluidos, está Patricia Williams (1993), 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” (Williams 1993: 458) 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” (Williams 1993: 501), pues las instituciones blancas nunca han tratado las necesidades de los negros/as como prioridades.

Elizabeth Schneider (1993) 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 (Schneider 1993:509). Ella no ve a los derechos como un concepto estático y abstracto, sino como un ‘momento’ en un proceso continuo de la actividad política.

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 quiénes son en cada momento y en 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. Villamoare (*Law and Society Review* 25: 385), dice que esta estrategia, tiene el potencial de: (1) propagar más imágenes de los derechos; (2) contribuir a la descentralización, la dotación de un contexto, 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 elite, y las políticas de los movimientos de derechos.

Esta perspectiva relacional deniega un lenguaje universalizante y toma en cuenta las desigualdades de poder y las divisiones, por lo que es receptiva a nuevas perspectivas, ya que vuelve evidentes la variabilidad y diferencias entre las mujeres.

Situar a los derechos en contextos particulares es crucial, porque las mujeres articulan su significado 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” (Collins y Black 1990: 302).

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 empode-

ran, 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 ellos. 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 cómo 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 relaciones sociales que hacen, otorgan o limitan una acción” (Young 1999: 25). 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” (Minow 1993), 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 su dimensión masculina, individualista y distributiva 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 porqué 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 sustantivo de éstos.

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. Si variamos 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. A partir 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.) para el efecto de tratarlas diferentemente sin que se lo haga 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, podría ser confrontado. De esta forma, la situación de las mujeres podría mejorar pues los derechos serían 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” (Obando 1997).

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 podrían considerarse una TCD, algunas/os proponen que se debe desarrollar una rama o disciplina autónoma a la que se podría denominar “Derecho de la Mujer” (Stang Dahl 1987). 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 sus diferentes facetas y realidades. Es un Derecho centrado en la persona humana en vez de en las cosas, como son o podrían ser el Derecho sobre la niñez, del consumidor, del estudiantado, de la ancianidad, de las personas privadas de libertad, del magisterio, de las personas asalariadas, de las víctimas de crímenes, de las personas con discapacidad, de los pueblos indígenas, 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 aplicación del modelo dirigido a la persona a través de normas y en el deseo de mejorar el status del grupo al que va dirigida cada disciplina. Pero mientras las disciplinas arriba mencionadas son más restringidas con respecto a la extensión y carácter legal del grupo, el Derecho de la Mujer tiene una característica especial, el enorme, diverso y complejo segmento de la población que representa: las mujeres de todas las edades, clases, razas, etnias, capacidades, nacionalidades, status 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 más amplio que el de las otras disciplinas que como él, están dirigidas a la persona humana.

El Derecho de la Mujer -nos dice Tove Stang Dahl (1987:38)- no conoce otra limitación formal que la perspectiva feminista. Esto significa que la disciplina atraviesa las fronteras entre el Derecho privado y el Derecho público 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 más íntimo y privado a lo más abierto y público.

Una disciplina que lo abarca todo da poca orientación sobre cómo se la debe construir y qué contenido debe tener. Las mujeres son inmigrantes, niñas, ancianas, discapacitadas, prisioneras, estudiantes, enfermas, consumidoras, asalariadas, amas de casa, aseguradas, indigentes, campesinas, etc. Por eso el tema del Derecho de la Mujer es jurídicamente interdisciplinario y además, comprende todas las áreas del Derecho, la ciencia jurídica etc. En palabras de Tove Stang Dahl, “no hay ninguna cuestión legal, en teoría, que no tenga relación con el Derecho de la Mujer antes que sea examinada”.

Como se puede desprender de las críticas al Derecho que se han formulado desde el movimiento feminista, este Derecho de la Mujer también exige una práctica alternativa. Esta disciplina no sólo es autocrítica y ‘demistificadora’ del Derecho, sino que además, 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 más horizontales y que el proceso sirva para el empoderamiento de las mujeres. Se insiste en que toda la actividad esté centrada en la persona y no en principios abstractos. Se busca la justicia más que la ‘seguridad jurídica’.

De esto se desprende que el Derecho de la Mujer deberá ser enseñado con pedagogías distintas también. Los y las estudiantes de esta disciplina deberán 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 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 para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer -CEDAW- y de la Convención de Belem Do Pará, así como la aprobación por la Comisión Económica para América Latina -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 status 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.

Todavía 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.

Es necesario aunar esfuerzos para 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.

Bibliografía

- Amorós, Celia
1990 *Crítica a la Razón Patriarcal*. Antrophos.
- Anderson, Bonnie Zinsser
1991 *Historia de las Mujeres*. Volumen 1 y 2. Barcelona: Crítica.
- Bascou-Bance, Paulette
1964 *La Condition de la Femme en France. Son Evolution. Textes et Documents* 19.
- Bebel, Augusto
1978 *La mujer y el socialismo*. México: Ed. de Cultura Popular.
- Black, Max
1968 *El laberinto del lenguaje*. Venezuela: Monte Ávila Editores.
- Bobbio, Norberto
1994 *El Problema del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Buxó Rey, María Jesús
1988 *Antropología de la mujer*. Barcelona: Anthropos.
1978 *Antropología de la mujer, cognición, lengua e ideología cultural*. Barcelona: Promoción Cultural.
- Cain, Patricia
1993 *Feminism and the Limits of Equality*, en D.K. Weisberg, (Editora) *Feminist Legal Theory: Foundations*. Philadelphia: Temple University Press.
- García, Calvo
1992 *Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Camacho, Rosalía y Alda Facio (Editoras)
1993 *Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronas y otros Varones*. San José de Costa Rica: ILANUD.
- Carrillo, Ignacio
1994 *Algunas tendencias actuales de la teoría del Derecho*, en José Luis Soberanes (compilador) *Tendencias actuales del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Cardozo, Benjamín
1955 *La naturaleza de la función judicial*. Bs. As.: Ediciones Arayu.
- Carpizo, Jorge
1994 *Los Derechos Humanos, Tendencias actuales del Derecho*, en José Luis Soberanes (compilador) *Sección de Obras Políticas y Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Catalá, Magda
1983 *Reflexiones desde un cuerpo de mujer*. Barcelona: Anagrama.
1992 *Código Penal*. San José: Editorial Porvenir.

- 1997 *Constitución política de la República de Costa Rica*. San José. Investigaciones Jurídicas.
- Chiarotti, Susana
1996 *Cumbres, consensos y después...* en *Seminario Regional: Los Derechos Humanos de las Mujeres en las Conferencias Mundiales*. Lima: Edición CLADEM.
- Correas, Oscar
1993 *Crítica de la Ideología Jurídica: Ensayo sociosemiológico*. México: UNAM.
1996 *Críticas feministas a la dicotomía público/privado*, en *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Paidós, Estado y Sociedad.
- De Gouges y otros
1992 *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*. Alicia H. Puleo (Editora) Barcelona: Anthropos.
- Diez-Picasso, L.
1993 *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Duhet, Paule-Marie
1974 *Las mujeres y la revolución 1789-1794*. Barcelona: Ed. Península.
- 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*. San José: ILANUD.
1995 *El Derecho como producto del patriarcado*, en *Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronas y otros Varones*. San José: ILANUD.
1995 *El Derecho Patriarcal Androcéntrico*, en *Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronas, y otros Varones*. San José: ILANUD.
s/f *El derecho habla y habla* (ponencia presentada en varios seminarios).
- Foucault, Michel
1978 *The history of sexuality*. New York: Random House.
- García Meseguer, Alvaro
1994 *¿Es sexista la lengua española?* Barcelona: Paidós.
- Gilligan, Carol
1982 *In a different voice: psychological theory and women's development*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hart, H.L.A.
1977 *El concepto de Derecho*. Bs.As.: Abeledo-Perrot.
- Hill Collins, Patricia
1990 *Black Feminist Thought*. New York: Routledge

- Irigaray, Luce
1992 *Yo, tú, nosotras*. Madrid: Cátedra.
- Jiménez Meza, Manrique
1997 *La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.
- López García y Ricardo Morán
1991 *Gramática femenina*. Madrid: Cátedra.
- Manavella, Carlos
1998 *Curso de Derecho Ambiental*. Universidad para la Cooperación Internacional, UCI, Facultad de Derecho (inédito).
- Martínez Roldán, Luis y Jesús Fernández S.
1994 *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Barcelona Ariel.
- Marx, Karl
1975 [1843] Carta a A. Ruge, Setembro 1843, en *Karl Marx: Early Writings*. Traducido por Rodney Livingstone y Gregor Benton. Bintage Books.
- Mackinnon, Catharine A.
1989 *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge M.A: Harvard University Press.
- Minow, Martha
1993 When Difference has its Home: Group Homes for the Mentally Retarded. Equal Protection and Legal Treatment of Difference, en D.K Weisberg (Editora) *Feminist Legal Theory: Foundations*. Philadelphia: Temple University Press.
- Mollero, Susan
1979 *Western Political Thought*. Princeton University Press.
- Morgan, Helaine
1972 *Eva al desnudo*. Bs.As.: Pomaire.
- Nino, Carlos
1993 *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*. Venezuela: Universidad de Carabobo.
1985 *La validez del derecho*. Bs.As.: Editorial Astrea.
- Obando, Ana Elena
1994 *Legislation Equality From Difference: A Sexual Harrassment Draft Bill for Costa Rica*. Tesis de graduación. Arizona State University.
1997 ¿A qué derechos tenemos derecho las mujeres? (Ponencia presentada ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica).

- Olsen, Frances
1993 Statutory rape: A feminist critique of Rights Analysis. en D.K Weisberg (Editora) *Feminist Legal Theory: Foundations*. Philadelphia: Temple University Press.
- Ortner B., Sherry
1998 Is Female to Male as Culture to nature, en Joan B. Landes (compiladora) *Feminism: The public and the Private*. Oxford: Oxford University Press.
- Pateman, Carole
1991 *Feminist Interpretations and Political Theory*. Polity Press.
- Pérez Romero, Enrique
1993 Derecho constitucional y género. *Revista de Ciencias Jurídicas* 75.
- Polan, Diane
1993 Toward a Theory of Law and Patriarchy, en D.K. Weisberg, (Editora) *Feminist Legal Theory: Foundations*. Philadelphia: Temple University Press.
- Reale, Miguel
1978 *Teoría Tridimensional*. Valparaíso: Edeval.
- Real Academia de la Lengua
1974 *Esbozo de una nueva gramática de la lengua española*. Madrid: Espasa-Calpe.
- 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*. Madrid: Ediciones Bailén.
- Sabine, George H.
1995 *Historia de la Teoría Política*. Segunda Edición. México: Fondo de Cultura Económica.
- Scales, Ann C.
1986 The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay. *Yale Law Journal* 95: 1385.
- Schneider, Elizabeth
1993 The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from Women's Movement, en D.K Weisberg (Editora) *Feminist Legal Theory: Foundations*. Philadelphia: Temple University Press.
- Smart, Carol
1989 *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge.
- Soriano, Ramón
1986 *Compendio de Teoría General del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

- Stang Dahl, Tove
1987 *El Derecho de la Mujer*. Madrid: Vindicación Feminista Publicaciones.
- Tarello, Giovanni
1995 *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tobón Sanín, Gilberto
1988 *Carácter ideológico de la filosofía del derecho. El uso alternativo del derecho*. Medellín: L. Vieco Ltda.
- Villamoare, Adelaide H.
s/f Women, Differences and Rights as Practices: an Interpretative Essay and a Proposal. *Law and Society Review* 25: 385.
- Williams, Patricia
1993 Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights, en D.K Weisberg (Editora) *Feminist Legal Theory: Foundations*. Philadelphia: Temple University Press.
- Weisberg, Kelly (Editora)
1993 *Feminist Legal Theory: Foundations*. Philadelphia: Temple University Press.
- Young, Iris
1990 *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press.

Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos

Lorena Fries*

Movimiento de mujeres, práctica política y derechos de las humanas

Los aportes realizados por las mujeres a la concepción y desarrollo de los Derechos Humanos pueden ser analizados desde dos vertientes que se entrecruzan. Por un lado, aquella que se vincula con el espacio conceptual y académico de la teoría feminista, que apunta a la comprensión y explicación de las formas de subordinación de las mujeres y a su transformación, y por otro, un aporte teórico-práctico que se desprende de las diferentes experiencias de los movimientos de mujeres y su relación con los Derechos Humanos.

El feminismo visibiliza a las mujeres así como su aporte en la sociedad pues al “reconocer y nombrar otorga existencia social, y la existencia es un requisito para la autovaloración y para la reivindicación” (Jelin 1996: 197).

A la vez, denuncia la subordinación de las mujeres como aspecto constitutivo de un sistema social: el patriarcado, concepto que conecta la situación de la mujer en la familia con relaciones sociales de dominación más amplias. Así, el patriarcado sitúa históricamente la subordinación y habilita a las mujeres para la acción política, es decir para el cambio de su situación. Posteriormente, vuelve más complejo el análisis al dar cuenta del carácter de construcción social y cultural que asumen las diferencias entre hombres y mujeres y arriba a la formulación del concepto de género.

Este concepto alude a “la distinción entre sexos y, por tanto, al conjunto de fenómenos del orden de lo corporal y los ordenamientos socioculturales muy diversos, contruidos colectivamente a partir de dichas diferencias” (Barbieri 1996: 51).

El género se relaciona con la constitución de un nuevo paradigma cultural que parte de la revalorización de dos principios: diversidad humana y paridad de los di-

* Abogada, feminista chilena, consultora para organismos internacionales, Directora de la Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada, miembro del Women's Caucus for Gender Justice y de la Concentración Internacional de Mujeres Activistas por los Derechos Humanos (CIMA).

ferentes (Lagarde 1996:51). “La reformulación de ambos principios supone una crítica al proyecto de la modernidad que plantea un principio de igualdad abstracto, a partir de la desigualdad real de los sujetos” (Chiarotti y Matus 1997: 10).

Las mujeres y sus contextos

Las mujeres son uno de los actores principales de la lucha por el respeto a los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe. Ante las realidades imperantes en los años 70, en el continente, salen desde sus diferentes espacios y ámbitos sociales y se comprometen en forma concreta con la defensa de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Así, en tanto sujetos plurales y heterogéneos contribuyen decisivamente al avance y posterior enriquecimiento de los Derechos Humanos en general, y de los derechos humanos de las mujeres en particular. La pluralidad en la composición del movimiento de mujeres permite que se encuentren mujeres de una diversidad de trayectorias: sindical, política, social y/o gremial en la lucha por los Derechos Humanos.

En su acción para encarar la crisis, aquellas que se vinculan a los Derechos Humanos en los contextos de dictaduras, no responden a opciones ideológicas y se mueven en función de sus roles tradicionales. En palabras de Jelin (1996: 200) “no obedecen a una lógica política, sino una lógica del afecto: fundamentalmente, mujeres directamente afectadas: madres, abuelas; familiares de víctimas, de desaparecidos o torturados, pidiendo y reclamando por sus hijos”. Son las primeras en denunciar los abusos de poder, la arbitrariedad y la represión sistemática provocada por las dictaduras militares o la violencia generalizada.

Ante las políticas de ajuste de las economías neoliberales, las mujeres pobres se organizan para dar respuesta a los problemas de subsistencia que se generan. Extienden sus roles tradicionales al barrio, al cocinar, cuidar de la salud de los niños de la comunidad; organizadas en ollas comunes, comedores populares, vasos de leche, madres comunitarias, equipos de salud, talleres, y agrupaciones que se denominan de distintas formas en cada país (Chiarotti y Matus 1997:11).

La experiencia de compartir problemas entre pares da lugar a procesos de crecimiento y desarrollo personal e identidad colectiva que en el tiempo, provocan cambios en las mujeres tanto en el ámbito personal como de la comunidad. Cabe señalar que en la defensa de los familiares frente a la represión política así como en la articulación de demandas sociales y económicas frente a la carencia, las mujeres no necesariamente se identifican como sujetos específicos de Derechos Humanos, si bien gradualmente politizan su demanda privada en la lucha por el retorno a la democracia.

Las mujeres ligadas a los partidos políticos de izquierda que vivieron en sus cuerpos la experiencia de tortura y exilio también contribuyeron a la reconceptualización de los Derechos Humanos. Muchas mujeres exiliadas incorporan los apren-

dizajes del feminismo y al volver a sus países nutren a los miembros de sus comunidades con sus nuevos conocimientos en materia de derechos de las mujeres y del sistema internacional de Derechos Humanos. Junto a otras profesionales se instalan principalmente en organismos no gubernamentales orientados a la investigación y acción política, y contribuyen así a articular la demanda política por la democracia, con la demanda feminista de superación de las formas de subordinación de las mujeres.

El movimiento de mujeres adquiere relevancia en el escenario internacional y su acción encuentra un cauce en el Decenio de la Mujer. La Primera Conferencia sobre la Mujer que se realiza en México (1975), marca un hito en la acción de los movimientos de mujeres por sus derechos. Esta coyuntura enriquece los procesos nacionales en nuestros países, ‘feminizando’¹ la reflexión y práctica en materia de Derechos Humanos.

Durante la década de los 90 la mayoría de los países de la región operan bajo regímenes civiles constitucionales. El movimiento de mujeres latinoamericano y del Caribe, otrora partícipe de las luchas por la recuperación de la democracia, se encuentra ante un nuevo desafío: encarar la institucionalización de las demandas de género en el Estado, en sus respectivos países. Ello se expresaría en el ámbito internacional en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (1995).

En los ámbitos nacionales, las nuevas institucionalidades democráticas reconocen una deuda con las mujeres en cuanto a la ampliación de sus derechos civiles y políticos y de servicios en el Estado que atiendan sus demandas; crean para ello, las Oficinas Gubernamentales de la Mujer. Se invierte así lo que había sido el eje del accionar ‘movimientista’² ligado hasta los 70 a las nociones de igualdad social, que se traducían en demandas de desarrollo económico y social ante un Estado que no podía cumplir con ellas. La recuperación de los sistemas políticos democráticos obliga a las mujeres a incorporarse a un diseño institucional que sobrevalora los derechos civiles y políticos recientemente recuperados, y subordina los derechos económicos, sociales y culturales a las nuevas lógicas económicas impuestas por la internacionalización de la economía.

En este nuevo contexto, la irrupción del mercado como actor de la sociedad produce una separación entre la lógica política y social. En efecto, el campo de lo público propiamente tal, se restringe a las instituciones del Estado y a los partidos políticos y resta capacidad de presión a los movimientos sociales. Entre mujeres, mantener la tensión con la recién creada institucionalidad resulta complejo, pues sus liderazgos se instalan en distintos lugares: partidos políticos, parlamento, agencias internacionales, lo cual fragmenta a los movimientos.

La incorporación de las mujeres en el aparato del Estado en los 90, para hacerse cargo de las demandas de género les han significado avances, pero también la

1 *N. de la E.*: que toma en cuenta al sector femenino de la sociedad.

2 *N. de la E.*: hace referencia a los movimientos sociales.

necesidad de replantearse el tema del Estado y su relación con las mujeres. Por una parte, las Oficinas de la Mujer han permitido visibilizar situaciones de desigualdad en distintos ámbitos de la vida y formular algunas estrategias jurídicas y de políticas sociales para su superación; por otra sin embargo, no han logrado resolver el tema del acceso de las mujeres a los espacios de poder y de toma de decisión.

La experiencia de las mujeres en este aspecto muestra las dificultades y complejidades de dicha incorporación y el rol que en ella juega el sistema de géneros. En efecto, las mujeres en su práctica institucional, han debido encarar la supuesta neutralidad del Estado haciéndose cargo de tornar en un eje transversal la perspectiva de género, en un espacio que difícilmente lo permite, pues las desigualdades en este aspecto forman parte del aparato estatal. La fragilidad en que estas Oficinas se encuentran sea por su dependencia de la asignación de recursos económicos o por el lugar que ocupan en el organigrama institucional, da cuenta de cómo el Estado las acoge y las resiste simultáneamente.

Por otra parte, aquellas mujeres que se mantienen fuera del ámbito del Estado aparecen cada vez más encapsuladas en sus 'microrealidades' y su capacidad de influir efectivamente en la modificación del contexto general es limitada. Su mayor logro consiste en vincularse con el Estado, y en particular con las Oficinas de la Mujer como brazos ejecutores de programas sociales específicos, en relación de subordinación. En efecto, las políticas públicas al ser 'resortes' del Estado, hoy admiten cada vez menos mecanismos de mediación, en tanto las instancias de participación ciudadana se han reducido y con ello, las experiencias y los aportes que desde la sociedad civil se pudieren realizar, no cuentan con canales ni mecanismos apropiados para relacionarse con las instituciones estatales.

Es interesante señalar el creciente interés de los Estados por la elaboración de indicadores de participación social que permitan evaluar y corregir la ausencia de los ciudadanos/as en el diseño y ejecución de programas y políticas sociales. Ello requiere, sin embargo, tanto de una redefinición de la participación como de una evaluación crítica de las formas de representación en nuestras democracias.

Una de las experiencias positivas del debate entre mujeres (pese a constituir una elite) y que preserva la experiencia y el rol de los movimientos sociales y los legítimos, es la que brinda el sistema internacional de Naciones Unidas³. En especial en los últimos años, antes y después de la Conferencia de Beijing (1995), estos espacios han permitido incorporar las propuestas de los movimientos a las agendas de los Estados.

La insuficiencia de resultados en el ámbito nacional en materia de Derechos Humanos, coloca a las mujeres en actitud de diálogo y ante el establecimiento de alianzas desde los distintos lugares y roles que ocupan en sus respectivas naciones. Las instancias internacionales están siendo utilizadas tanto por las mujeres que tra-

3 A partir de las distintas Conferencias, informes para los distintos Pactos y Convenciones y creación de nuevos instrumentos jurídicos.

bajan desde el Estado como por aquellas que operan desde la sociedad civil, para poner en tensión las dinámicas y contenidos de las políticas de género que se implementan en los ámbitos nacionales. Así, los informes paralelos de seguimiento a la observancia de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer -CEDAW- por ejemplo, a la vez que dan lugar a ajustes y adecuaciones de las políticas de género, permiten fortalecer la posición de las mujeres en el Estado desde una legitimidad entre mujeres.

Aportes conceptuales de las mujeres

En esta trayectoria, los aportes conceptuales derivados de la teoría y la práctica de los movimientos de mujeres pueden sintetizarse en los siguientes:

- La redefinición de los/as sujetos de los Derechos Humanos pues de momento mantienen una perspectiva abstracta y universalista y requieren de una visión que permita plantear la igualdad y las diferencias, a través de la crítica al ‘etno y androcentrismo’⁴ que sitúan al hombre occidental como parámetro de lo universal e impiden el reconocimiento de una ‘humanidad’ con rostros diversos. La teoría feminista permite considerar a los sujetos en sus contextos y especificidades con sexo, cuerpo, edad, color, raza e insertos en tiempos y lugares particulares.

Pone en tensión una lógica de derechos con una de relaciones de género que forma parte de las prácticas sociales. Demanda la igualdad con relación a los hombres, igualdad que a la vez considere la diferencia y una valoración de la humanidad de las mujeres.

Junto con la contextualización del sujeto mujer se reconoce también su “derecho a tener derechos” (Arendt 1994), es decir, a ampliar el campo de autonomía de la que goza por el hecho de ser sujeto. Esta autonomía sin embargo, es cuestionada en tanto se trata de un proceso que busca lograr a través de la consagración y ejercicio de los derechos, derechos que recién empiezan a ser reconocidos en nuestras sociedades.

La autonomía de las mujeres en los diferentes ámbitos de la vida ha estado restringida en parte, porque el sistema patriarcal se levanta sobre esta subordinación para garantizar así la autonomía de los varones. En concreto, la autonomía de los varones y la subordinación de las mujeres encuentran su espacio privilegiado en las relaciones familiares que constituyen el modelo de familia patriarcal, aún vigente en la mayoría de los países de la región. En ella “el hombre se ubica como el jefe del hogar y tiene la representación social, le-

4 *N. de la E.*: ‘Etnocentrismo’ se refiere a la visión del mundo que gira en torno a un solo grupo étnico. ‘Androcentrismo’ se refiere a la visión del mundo que gira en torno a lo masculino.

gal y económica de éste así como de los miembros que lo integran, en el mundo público. Hacia dentro, el Jefe de familia ejerce su dominio sobre los otros miembros/cuerpos de su familia” (Fries y Matus 1999).

Una expresión del poder del varón es la violencia que ejerce hacia las mujeres dentro del hogar: la autonomía personal de desplazamiento y de expresión; la autonomía económica para ser titular del patrimonio, administrarlo y disponer de él; la autonomía jurídica para representarse a sí misma en cualquier acto de consecuencias legales, y la autonomía sexual y reproductiva, entre otras, pueden encontrarse seriamente amenazadas. Estas limitaciones a la autonomía se proyectan hacia el ámbito público y restringen las posibilidades de las mujeres en el campo social y político.

Los grandes avances realizados en materia de reformas legales: el reconocimiento de la plena capacidad jurídica, la igualdad de derechos y obligaciones entre cónyuges, la supresión de actitudes discriminatorias en materias laborales, las leyes de sanción a la violencia doméstica, no resultan suficientes para garantizar el ejercicio de la autonomía por parte de las mujeres. En efecto, subsisten los usos y prácticas en el ámbito privado que socializan a las mujeres con restricciones de su autonomía vital y situándolas en una posición de desventaja en el ámbito público. “...Las formas de dominación de los hombres sobre las mujeres se efectivizan social y económicamente antes de la operatividad de la ley, sin actos estatales explícitos, a menudo en contextos íntimos, definidos como vida cotidiana” (Jelin 1996).

Al reconocer la especificidad de las mujeres como sujetos surge la preocupación por la sexualidad y la reproducción como ámbitos propios de la diferencia sexual. Dichos ámbitos, históricamente controlados en el sistema patriarcal por instituciones como la familia, el derecho y las políticas de Estado sobre la población han dado lugar a los derechos sexuales y reproductivos. Primero, para rescatar el cuerpo de las mujeres y su derecho a decidir, y segundo, para modificar la tradicional asignación exclusiva de las mujeres a las labores de crianza de sus hijos por una que pueda ser compartida con los hombres y con la sociedad.

En términos de Derechos Humanos, los sexuales y reproductivos son recientes. Reemplazan la antigua concepción de la mujer vista solamente como reproductora, por otra que rescata su sexualidad y en general la sexualidad, como un atributo humano, constitutivo de hombres y mujeres, como lo demuestra la última Conferencia Mundial de Población realizada en El Cairo en 1995.

De esta manera trasladaron el tratamiento de la sexualidad desde el ámbito de la salud, vinculado principalmente a programas materno-infantiles que sólo consideraban a la mujer en su calidad de integrante de una familia, al ámbito de los derechos como condición de la humanidad de las mujeres.

- La relación entre el lugar privado que ocupan las mujeres y el público, con presencia fundamentalmente masculina, permite evidenciar todo un ámbito de la convivencia, que se hallaba ausente de la doctrina y la práctica de Derechos Humanos. Enfatizan en el carácter indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos, en tanto su ausencia en el ámbito privado impide su plena realización en el público, a la vez que establece prioridades en cuanto a su importancia y protección. Un ejemplo claro es la violencia de género al interior de la familia, invisible por largo tiempo para la doctrina de los Derechos Humanos. En efecto, los Derechos Humanos se juegan en todos los espacios, también al interior de las relaciones familiares. Su violación impide el goce y ejercicio de otros derechos, independientemente del lugar desde donde se ejerzan.

Las formulaciones hechas por las mujeres tratan de superar la concepción sesgada sobre los Derechos Humanos, que se halla implícita en el orden jerárquico que adquieren unos derechos en desmedro de otros. Esto no significa sin embargo, desconocer que es el cuerpo el que habilita para el ejercicio y goce de los derechos; el cuerpo, en el caso de las mujeres, ha sido históricamente negado a través de la violencia en su contra, que se ejerce en todos los lugares del mundo, en los ámbitos público y privado; en tiempos de paz o de guerra. Así, se entiende que gran parte de los esfuerzos de los movimientos de mujeres estuvieran orientados, inicialmente, a lograr un marco de protección legal para ellas y para la eliminación de la violencia de género, protegiendo la vida y la integridad física. Sólo posteriormente, se pudo trabajar en la exigibilidad de sus derechos, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

Los adelantos en materia de protección legal contra la violencia que se ejerce en el hogar, no han impedido que persistan otras formas de violencia o surjan otras en ámbitos que aún no cuentan con adecuada protección, como el acoso sexual en el trabajo, la violencia sexual en conflictos armados internos, la trata de blancas, el comercio sexual y la ‘cosificación’⁵ de las mujeres en los medios de comunicación. La incorporación parcial de los intereses y necesidades de las mujeres en estatutos de derechos puede limitar el abordaje integral de los derechos humanos de las mujeres y afectar la realización de aquellos ya consagrados en la tradición de los Derechos Humanos.

- Hay un cambio de perspectiva en torno a los Derechos Humanos planteado por los movimientos de mujeres, al permitir el paso desde la concepción jurídica de los derechos a una ‘cultura de los Derechos Humanos’. A partir de los avances recogidos en las Convenciones, Pactos y Programas de Acción de Na-

5 *N. de la E.*: hace referencia a la conversión de la mujer en objeto publicitario a través de los medios de comunicación.

ciones Unidas, se genera en las prácticas de los movimientos un proceso de re-conceptuación de los Derechos Humanos que amplía su alcance desde el ámbito de los Estados, en su doble calidad de garantes y/o violadores de los Derechos Humanos, a todos los ámbitos de la vida cotidiana, tanto públicos como privados. Con ello se modifica la percepción del Estado como el único violador de los Derechos Humanos y compromete tanto a los Estados como a los individuos. Se requiere para su protección de un rol más activo en la difusión de los derechos entre todos los miembros de la sociedad en una cultura que desde la familia y la educación ponga el acento en el valor y el respeto integral del hombre y la mujer.

Si desde esta perspectiva, el derecho es visto como articulador de un paradigma androcéntrico en tanto instituye y organiza el poder, establece mecanismos de control y otorga legitimidad al interior de la sociedad, el sólo enfoque jurídico sobre Derechos Humanos, expresado en convenciones y reformas legales, no basta para provocar el cambio en la cultura que sustente las relaciones de género.

Se requiere un conjunto de medidas que abarque los distintos ámbitos de la institucionalidad, de manera que integralmente modifique los patrones culturales; que promueva una reflexión y una práctica que permita pensar lo humano desde dimensiones que incorporen la diferencia femenina, no sólo para sumarse al estado de cosas, sino para participar desde un lugar en el mundo, es decir, decidir sobre los hechos fundamentales de su vida y participar en la construcción de la sociedad en que viven, alcanzar una plena ciudadanía y acceder a la igualdad.

Una cultura de Derechos Humanos va más allá de un concepto formal de la igualdad y alude a una comprensión universal de los derechos que alcance las vidas de las mujeres. Las mujeres invitan entonces a cambiar el paradigma patriarcal.

- El cambio en el enfoque sobre el desarrollo y la incorporación de las mujeres en el derecho al desarrollo. El concepto de desarrollo, en su primera etapa,⁶ tuvo por objeto asistir a los países del Tercer Mundo para que alcanzaran los niveles de bienestar de los que supuestamente gozaban los países industrializados. Se asumía que los primeros podían transitar linealmente desde un estado de atraso a uno de desarrollo expresado en los segundos. Sobre la base de la superioridad de unos sobre otros, las mujeres de los países subdesarrollados, cuando llegaban a ser vistas, eran consideradas un impedimento para el desarrollo en tanto aparecían como más atrasadas, más subordinadas, más ignorantes y por tanto, más resistentes que los varones a entrar en el mundo moderno.

6 Décadas de los 40, 50 y principios de los 60

El trabajo productivo era, desde esta perspectiva, realizado por hombres y se desconocía la presencia de mujeres en los campos laboral y agrario, y por supuesto, en la reproducción de la fuerza de trabajo. De allí que en la teoría y en la práctica del desarrollo se considerara a lo más, su incorporación como un dato a partir de la inserción de los hombres del Tercer Mundo.

Posteriormente, surge aunque marginalmente, el concepto de 'Mujer en el Desarrollo (MED)' que busca la integración de las mujeres en las estructuras masculinas establecidas bajo la premisa de la igualdad. Así, las mujeres aparecen en la Agenda del Desarrollo a partir del 'Decenio de la Mujer', como lo declararan las Naciones Unidas.

A partir de los 80 y producto de los acercamientos teóricos entre feministas del norte y del sur, se comienzan a desarrollar la investigación y la capacitación en Género y Desarrollo (GED). Ponen su acento en la temática de género y por tanto, en la identificación y superación de los obstáculos que este tipo de desigualdades genera para la plena incorporación de las mujeres en el desarrollo. Se trata de una visión crítica que releva como aspectos centrales de sus investigaciones, la división del trabajo por géneros, la invisibilidad del trabajo reproductivo, el poder, entre otros. A su vez, considera fundamental alentar procesos de empoderamiento en las mujeres para que se constituyan en sujetos de cambio y lograr su plena participación en el desarrollo. Sin embargo, tanto el enfoque MED como el GED resultan de la incorporación marginal, si se toman en cuenta los cambios en la concepción del desarrollo de la década de los 90.

En efecto, producto de los cambios en el Estado a la salida de las políticas de ajuste, éstos se enfrentan a la necesidad de destinar los pocos recursos que tienen para gasto social, a la eliminación de la pobreza. La focalización es parte de la estrategia global para reducir la pobreza: el énfasis que cabe otorgar a las políticas macroeconómicas sectoriales y focalizadas en cada país es función de la naturaleza específica de la pobreza y de su profundidad. En este desafío se requieren la ampliación del acceso a los frutos del crecimiento económico, apoyo a los servicios sociales básicos y la realización de programas focalizados. Éstos tienen como objetivo la superación de barreras específicas de acceso a servicios universales para determinados sectores para así alcanzar un mejor aprovechamiento de dichos servicios.

Por definición la focalización requiere de la selección de beneficiarios, es decir que deben decidir entre quiénes se verán incluidos y quiénes excluidos de un programa. Las mujeres son uno de los grupos prioritarios de las políticas sociales, en la medida que se busca compensar el impacto del costo social que recae sobre ellas. Así, en la región hay una cierta similitud en la entrega de subsidios a las mujeres en su rol materno; creación de programas de microempresas que permiten complementar los escuálidos ingresos familiares; la capacitación al progresivo y creciente número de jefas de hogar para su inser-

ción en el mercado del trabajo; acceso a créditos mínimos, entre otros. La focalización en las mujeres pobres invisibiliza aquellos factores estructurales de las relaciones de género comunes a todas las mujeres, haciendo que se mantenga invariable su posición de subordinación.

Si bien las feministas en estos últimos años han puesto su acento en la diferencia con cuestionamientos a la tendencia de dotar a las mujeres de categorías, de forma indiferenciada y enfatizan la importancia de considerarlas en sus experiencias de vida, en sus intereses y necesidades en circunstancias históricas particulares y de acuerdo a contextos culturales específicos, asumen que existen problemáticas comunes a todas las mujeres que provienen de las limitaciones que impone el sistema patriarcal.

Al reconocer la necesidad de una mirada más global y regional en defensa de la mujer, es importante tener presente que el paradigma dominante ha invisibilizado los lugares de resistencia y de poder de las mujeres. Ha obstaculizado así el aporte de sus propuestas y estrategias que contribuyen al desarrollo. Se trata de un paradigma que otorga un orden temático a los problemas de las mujeres y los fragmenta de forma tal que impide el proceso de empoderamiento que posibilita el cambio.

Nudos y desafíos

A partir de la elaboración y vigencia de la CEDAW los Estados de la región han implementado progresivamente una serie de políticas públicas dirigidas a modificar la situación de discriminación de las mujeres. En veinte años, es mucho lo que se ha avanzado, pero aún son muchos los desafíos. El carácter cultural del cambio requerido hace más difícil el diseño de medidas efectivas que tiendan a modificar las relaciones de género en nuestros países. No es sólo desde el Estado que estos cambios pueden llevarse a cabo. Para modificar el sistema de discriminación se requiere del compromiso de los distintos actores sociales, políticos y culturales capaces de intervenir en las distintas instituciones.

Sin duda que al Estado le cabe una responsabilidad central en tanto le corresponde respetar y garantizar el pleno goce y ejercicio de los Derechos Humanos e implementar las medidas necesarias para cumplir con este objetivo. El aporte que desde el movimiento de mujeres pueda realizarse también es una condición para el éxito de esta empresa. Es a ellas a quienes corresponde instalar las tensiones que puedan abrir nuevos cursos de acción para el Estado y contribuir así al fortalecimiento del juego democrático. Movimientos de mujeres fuertes y activos, capaces de generar procesos de legitimidad entre sus gestoras son garantía de avance no sólo en materia de igualdad de género sino para la sociedad en su conjunto.

La incorporación de las mujeres a los espacios de poder del Estado y al reconocimiento de su identidad diferente en el campo público, aún constituye un de-

saño para el ejercicio de sus derechos civiles y políticos. Si bien, la participación de mujeres en los espacios institucionales es cada vez más aceptada, se presentan resistencias ante las demandas de incorporación de la perspectiva de género. En los últimos años, ha quedado en evidencia que la sola incorporación de mujeres al espacio público no asegura que puedan instalar sus demandas. En un contexto democrático la modificación de los patrones de género que fundan la institucionalidad, se alcanza sobre la base de la presión que puedan ejercer las mujeres como actoras políticas organizadas en torno a sus intereses, deseos y necesidades. Difícilmente las mujeres podrían organizarse como actoras sociales y políticas si todavía su tiempo y sus vidas giran principalmente en torno a lo privado-doméstico-familiar.

En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, la situación es más difusa aún, en razón de los cambios resultantes del proceso de globalización. Éstos han dado una nueva dirección a los procesos de desarrollo que se habían efectuado en la región. En el pasado, los Estados actuaron como garantes de los derechos e impulsores de políticas públicas que facilitaron la incorporación progresiva de sectores sociales y canales de movilidad social, que al menos permitieron niveles parciales de integración. En los últimos años en cambio, gran parte de la población experimenta una integración simbólica -vía el acceso a los medios de comunicación y de información- que se contradice con la exclusión en que viven, y acentúa la percepción de inseguridad y desconfianza en las instituciones. A ello se suma el hecho de que las políticas sociales estén más orientadas a la compensación de las carencias que a la integración de los excluidos.

En efecto, las necesidades básicas y el acceso de las mujeres al trabajo, educación y salud se han visto desmejorados frente a un sistema económico que tiende a su inclusión sólo a través de políticas de superación de la pobreza. En este ámbito, los Estados han tendido a visualizar a la mujer como un grupo vulnerable, orientando a ella ciertas políticas y programas destinados principalmente a los sectores de pobreza. No termina de asumirse que la posibilidad de realización de los derechos económicos, sociales y culturales estructura las relaciones entre hombres y mujeres. La única forma de que las mujeres sean sujetos titulares de estos derechos se daría a través de una profunda transformación en los sistemas productivos, en la organización del trabajo, en la visibilización y ponderación del trabajo reproductivo y por sobre todo, en la superación conceptual y operacional de las fronteras entre lo público y lo privado. Las luchas de las mujeres que dieron lugar al reconocimiento de sus derechos civiles y políticos, se hacen más complejas cuando se trata de sus derechos económicos, sociales y culturales. La participación de las mujeres en los beneficios del desarrollo se enfrenta a un Estado que ha perdido capacidad reguladora y ha entregado al mercado parte de su quehacer.

Las propuestas de igualdad de oportunidades han ubicado a los derechos económicos, sociales y culturales en la lógica de las políticas públicas en desmedro de su calidad en cuanto a los derechos. Si bien estos derechos podrían verse realizados en parte a través de éstas, se requiere avanzar en mecanismos de exigibilidad que

aseguren el ejercicio por parte de las mujeres. De lo contrario, la igualdad de oportunidades podría atentar contra la concreción de los Derechos Humanos al garantizar sólo la posibilidad de acceder a ellos.

Las estrategias para lograr el pleno goce y ejercicio de los Derechos Humanos por parte de las mujeres no son lineales, ni se logran a partir de cambios parciales, más bien requieren de intervenciones integrales y múltiples desde y con distintos agentes estatales y actores involucrados, especialmente las mujeres.

Se requiere en primer lugar, dar prioridad a las áreas de intervención que resulten estratégicas para la transformación de las relaciones de género. Los principales ámbitos de intervención deberían apuntar hacia aquellos espacios, instituciones y prácticas que limitan la autonomía vital de las mujeres y la restringen en el ejercicio de sus derechos. La familia y los efectos de la distinción entre lo público y lo privado se hallan entre las áreas prioritarias para la intervención porque articulan las relaciones de discriminación contra las mujeres. Un segundo aspecto de intervención es el que establece la relación con el Estado tanto en lo relativo al diseño institucional como a la elaboración y ejecución de políticas públicas. Otra función fundamental surge de su poder normativo para crear derechos y garantizar su protección. Un cuarto ámbito estratégico es el que se relaciona con el fortalecimiento de las dinámicas democráticas y el rol instituyente que cumple el movimiento de mujeres al instalar permanentemente nuevas demandas.

Intervención en el ámbito de lo público/privado y la familia

Uno de los desafíos de fondo para la plena vigencia de los derechos humanos de las mujeres consiste en superar la distinción tradicional entre las esferas pública y privada. Mirar integralmente el campo de acción de los derechos es mirar también a los sujetos y los quehaceres que se desarrollan en el ámbito privado. De no ser así, las mujeres lograrían sólo una integración parcial a las esferas públicas que no resuelve la desigualdad entre éstas y los varones. La ciudadanía de las mujeres sólo es posible desde un enfoque integral de Derechos Humanos y desde una práctica social que no supedita unos derechos a otros, o a unas prácticas sobre otras.

Un primer paso consiste en conseguir que las dos esferas estén relacionadas en la práctica social, y más aún que muestren cómo lo privado es intervenido desde lo público para reforzar los roles tradicionales de las mujeres al interior de la familia. Las fuentes principales de discriminación se encuentran en la esfera de las relaciones familiares. Clave es intervenir en ellas positivamente cuidando que esto se revierta en las estructuras y prácticas públicas. Un gran desafío para superar estas fronteras consiste en independizar el sexo de los integrantes de la familia y los roles que cumplen en su interior, despojando así la carga de género en las relaciones familiares. La movilidad e intercambio de roles al interior de la estructura familiar requiere de medidas concretas, puede ser estimulada a través de premios o incentivos

al varón en lo privado. A la vez, el costo de ser mujer en el ámbito público debe repartirse con el varón.

La regulación sobre pensiones alimenticias y tuiciones debe también revisarse a la luz de un enfoque que ‘desgeneric’⁷ los roles de sus integrantes, otorgando relevancia pública a las obligaciones derivadas de la maternidad y/o paternidad.

Desde la lógica de los derechos en materia de familia, trabajo y acceso a cargos públicos en América Latina y el Caribe en general, la igualdad está consagrada. Sin embargo, no ha logrado modificar los patrones culturales que subsisten al interior de la familia y que mantienen a las mujeres en situación de discriminación. En efecto, la sola consagración de la igualdad y de leyes que homologuen derechos entre hombres y mujeres no ha resuelto la necesidad de que los primeros se hagan más partícipes de las tareas y responsabilidades domésticas. A la igualdad consagrada a través de reformas legales deben acompañarle medidas que tengan por objeto el intercambio de roles y la ausencia de distinción ligada al género en los costos de la reproducción. La sobrecarga de género que tienen las mujeres en el ejercicio de los derechos que devienen de la igualdad en el campo político-institucional, y la mantención de las tareas que les han sido asignadas tradicionalmente, contribuyen a dificultar la transformación de las relaciones de género causantes de la discriminación contra las mujeres.

La falta de realización de los derechos económicos, sociales y culturales afecta directamente la incorporación de las mujeres a lo público en tanto éstos, en el caso de las mujeres, se concretan en el ámbito privado. Para superar esta situación se requerirían en primer lugar, medidas para mostrar y valorizar el aporte económico que hacen las mujeres con el trabajo doméstico al producto nacional bruto. En segundo lugar, y dado este aporte, corresponde garantizar el acceso y goce de vivienda, salud y previsión social independientemente de la relación familiar. En el seno de la familia, el aporte de las mujeres a través de su trabajo puede ser considerado una deuda matrimonial que debería cancelarse una vez disuelta la unión. Otras medidas pueden estar dirigidas al aumento de la capacidad de decisión de las mujeres a través de mecanismos que les faciliten acceso a la propiedad.

Las políticas públicas tienen el desafío de evitar que se reproduzca la distinción entre lo público y lo privado. En efecto, dichas políticas operan sobre una concepción de familia ‘dada’ en la que los roles están asignados de manera permanente al sexo de sus miembros, de forma tal que contribuyen a modificar el sistema de género, más que a reforzarlo. En este sentido, cabe revisar los actuales programas sociales de microempresas en la región para superar una visión que los limita a palear la pobreza de hogares ya pobres. A través de ello la mujer no logra autonomía económica y sólo contribuye a aumentar la provisión principal efectuada por otro.

7 *N. de la E.*: que no se establezcan diferencias a partir del género.

En el ámbito laboral se requieren medidas que vayan desde la consagración de derechos hasta acciones que desde el Estado repartan el costo que hasta ahora han pagado las mujeres en su función reproductora. Los incentivos dirigidos a la empresa privada para contratar a mujeres, combinados con la repartición del costo de la reproducción social y un fuero con razón de la filiación que beneficie a quien trabaje, independientemente del sexo, serían algunas iniciativas que obstaculizarían el ejercicio de prácticas discriminatorias para las mujeres y beneficiarían a los varones de los logros en materia de protección a la maternidad.

Por último, los Estados deben esforzarse por abrir el concepto de familia a otras formas de convivencia que cumplen dicha función en nuestras sociedades. Para estos efectos las uniones de hecho deben gozar del pleno reconocimiento de los marcos jurídicos e institucionales. Las familias ‘monoparentales’⁸ o las extendidas son todas, formas que dan cuenta de la diversidad cultural, su tratamiento discriminatorio favorece a la familia nuclear y matrimonial como modelo de estructura familiar, con las consiguientes desigualdades para las mujeres. Si se considera que estas acciones están orientadas a producir un cambio cultural se requiere de una política activa en la difusión de las medidas que se adopten.

Políticas públicas: Plan de Igualdad de Oportunidades y derechos de las mujeres

Los Estados de la región han incorporando progresivamente el análisis de género en el diseño, ejecución y evaluación de impacto de las políticas públicas radicadas en el Poder Ejecutivo. Paralelamente y desde los Poderes Legislativos, hay un progresivo avance en materia de reconocimiento y consagración de derechos, incluidos, aunque aún marginalmente, los derivados de la diferencia sexual. Ambos procesos, sin embargo, presentan dificultades en la medida que su interrelación no es clara y plantean como desafío una mayor articulación para lograr mayores avances.

La desagregación estadística sigue siendo un reto para los Estados, pues aún resulta una difícil tarea conocer la inversión que se realiza en mujeres. Con ello se dificulta la posibilidad de elaborar políticas públicas de gran impacto que afecten la situación y condición de las mujeres. Contar con datos precisos acerca de la inversión existente en la región en medidas para la igualdad de las mujeres en materias de seguridad social, salud, educación, empleo y capacitación contribuiría de manera considerable, a una evaluación de las medidas adoptadas y de sus efectos.

Por otra parte, y dadas las resistencias que aún se encuentran en el aparato del Estado para la incorporación del enfoque de género, es necesario entregar capacitación en género a los funcionarios públicos tanto al ingreso en la administración pública como a lo largo de su carrera. Los funcionarios públicos son los ejecutores de las políticas sociales y su plena comprensión y capacidad en temas de género y la

8 *N. de la E.*: son familias que cuentan solamente con la madre o con el padre como jefes de familia.

especialización por sector son parte de la inversión que se requiere para avanzar hacia la equidad. Los Derechos Humanos y la capacitación en torno a ellos son también aspectos centrales que requieren ser considerados en los procesos de modernización y de reformas al Estado.

Los Estados comienzan a asumir que la universalidad de derechos debe contemplar necesariamente la diversidad de los sujetos que forman parte de una sociedad, dando paso a la igualdad entre diferentes. Las políticas públicas hoy día se han restringido a políticas sociales y programas orientados hacia los grupos más vulnerables, a los pobres. Las políticas sociales focalizadas en las mujeres pobres, no persiguen que ellas ejerzan sus derechos.

La ciudadanía, entendida como ejercicio de derechos de los sujetos, está segmentada y más aún, dicha segmentación se ve reforzada desde el Estado. En efecto, el desarrollo en paralelo de las políticas públicas y la consagración y ampliación de los derechos para los distintos sectores discriminados tienen como resultado en la práctica, que los pobres y en particular las mujeres, sean los/las beneficiarios/as de las políticas públicas. Aquellos/as que no se encuentran en situación de pobreza, resultan habilitados/as para el ejercicio de los derechos.

Para una mayor interrelación y un abordaje integral de los problemas derivados de la condición de género se requiere además, de políticas de focalización y de programas específicos, de la formulación de políticas públicas que tengan como punto de partida los derechos consagrados y los actores que incidan en su habilitación. Bajo este supuesto, las políticas de igualdad de oportunidades ofrecerían un marco apropiado para su formulación. La aprobación de leyes integrales con presupuesto para garantizar su efectividad, y/ o medidas para la igualdad de oportunidades articuladoras y con recursos facilitarían el abordaje integral y efectivo de la problemática de género.

La intersectorialidad de las políticas públicas es un avance del Estado en el camino a visualizar los sujetos desde el aparato institucional. Sin embargo, si bien permite una mirada a los problemas en su integralidad, sigue viendo a los sujetos como carentes en lo económico y despojados de su calidad de ciudadanos titulares de derechos. El diseño institucional presenta dificultades para recoger las necesidades y derechos de los sujetos. La evaluación de las políticas públicas de género y fijación de sistemas de monitoreo que pesquisen los obstáculos y contemplen la participación de actores, son medidas urgentes para fortalecer sus alcances y para ajustar los aspectos que resultan insuficientes.

Las políticas de igualdad de oportunidades en sus diferentes modalidades, deberían combinar la creación de condiciones para acceder a la titularidad de derechos sobre la base de medidas de equidad que faciliten el acceso a su ejercicio. Ofrecer a las mujeres condiciones para resolver la asignación exclusiva de las tareas domésticas y cuidado de los hijos para que puedan ejercer el derecho a participar política y socialmente. A modo de ejemplo, los programas destinados a las jefas de hogar no sólo deberían entregar capacitación para generar ingresos sino resolver el

problema del tiempo que las mujeres invierten en el cuidado de los hijos. Logrado esto, las estrategias que se diseñen para el ejercicio de cargos públicos se hacen efectivamente universales porque incluyen a las mujeres pobres.

En esta materia sería recomendable reactivar el compromiso de los Estados con la Plataforma de Beijing, pues este instrumento señala con claridad un conjunto de medidas que han de adoptarse para lograr la integración de políticas públicas y derechos. En efecto, ésta da un nuevo impulso a la vigencia de los derechos humanos de las mujeres y las niñas pues reafirma que éstos son una parte inalienable, integral e indivisible de los Derechos Humanos. Realiza un llamado dirigido a crear condiciones para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad, la participación en igualdad de condiciones, la toma de decisiones y acceso al poder, acelera la aplicación de estrategias para el adelanto de la mujer y al mismo tiempo, para la eliminación de los obstáculos que dificulten su participación en los ámbitos políticos, económicos, sociales y culturales sustentados en la igualdad entre hombres y mujeres.

Exigibilidad de derechos para la construcción de ciudadanía activa

El camino de la consagración de derechos, a través de la adopción de tratados internacionales o a través de las reformas a la Constitución y a las leyes tienen un gran trecho recorrido. En efecto, por la vía de la adopción e incorporación de tratados y convenciones internacionales -en particular de la CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujeres-, los Estados han dado inicio a un proceso de adecuación de la legislación interna para que responda a los compromisos internacionales asumidos. No se trata de una tarea fácil en tanto la concepción acerca de los derechos consagrados internacionalmente, aborda de manera integral la discriminación de género y obliga a la implantación de adecuaciones tanto en el conjunto de la legalidad como en el diseño de medidas y políticas concretas por parte de los Estados para superarla.

Uno de los desafíos que tienen las sociedades latinoamericanas y del Caribe es el de promover el conocimiento de sus derechos por parte de las mujeres, su ejercicio y contribuir con ello a que integren una cultura democrática. Tradicionalmente, las mujeres han permanecido ajenas a los procesos de creación de derechos. Más aún, aquellas que pertenecen a los sectores más pobres tienen percepciones jurídico-culturales sobre los derechos que coinciden más con patrones culturales que reafirman su posición de subordinación que con su ‘ciudadanización’⁹.

Las mujeres desconocen los efectos y posibilidades de los instrumentos jurídicos internacionales para la realización y cumplimiento de derechos en el ámbito nacional. En efecto, la práctica en el ejercicio de derechos constituye a las mujeres en

9 N. de la E.: hace referencia a su integración como ciudadanas.

sujetos políticos y sociales. Su conocimiento y ejercicio aumenta el potencial de transformación social que éstos conllevan.

Otro desafío consiste en la creación de mecanismos de exigibilidad de los derechos. Su inexistencia implica que una vez que un derecho sea violado no existan canales adecuados que permitan restablecer su vigencia. Un signo positivo que presentan los Estados de la región es la ratificación tanto del Protocolo Facultativo de la CEDAW como de la Corte Penal Internacional. En el ámbito nacional, si bien existen mecanismos y recursos judiciales que permiten exigir el cumplimiento de un derecho frente a su amenaza o violación, éstos no siempre son aceptados para exigir los derechos que constan en los tratados internacionales. De allí que en este ámbito se requiera de una política gubernamental decidida de incorporación de los instrumentos jurídicos internacionales a la legislación nacional, de forma tal que se garantice su posibilidad de ejecución.

Las interpretaciones y prácticas jurídicas refuerzan los roles tradicionales de las mujeres y en algunos casos atentan contra la vigencia de los derechos que se demandan frente a las instancias judiciales. En este sentido, los jueces requieren de una permanente actualización en materia de derechos humanos de las mujeres, más aún cuando su conocimiento no sólo implica manejo de la legalidad sino capacidad de aplicar los enfoques no discriminatorios que se sustentan en el análisis de género.

Además de la exigibilidad jurídica que se logra a través de la creación de instancias de denuncia y sanción para los infractores, existen mecanismos que facilitan la fiscalización de los cumplimientos de los compromisos internacionales. En efecto, la CEDAW¹⁰ impone a los Estados la obligación de presentar informes para dar cuenta del avance en su cumplimiento. Las recomendaciones que surgen desde el Comité de Expertas de la CEDAW sirven como guías para los gobiernos y los grupos de mujeres que trabajan en el tema de los Derechos Humanos. En el ámbito nacional esta labor se vería facilitada con la creación de consejos o defensorías de derechos de las mujeres que funcionarían de forma autónoma con respecto a la acción gubernamental con recursos estatales.

A pesar de la importancia que puede tener la vigencia de los derechos en el desarrollo de una consciencia de los Derechos Humanos, los Estados no siempre cumplen con su obligación de presentar los informes. Es más, no ponen al tanto a los grupos de mujeres acerca de sus contenidos ni de la posibilidad de presentar informes paralelos, y limitan así el potencial para la activación de la ciudadanía de las mujeres a través de un control del cumplimiento de la CEDAW y de otros tratados y pactos internacionales de Derechos Humanos.

10 Todos los Tratados y Pactos de Derechos Humanos contemplan la elaboración de informes como uno de los mecanismos de monitoreo y seguimiento del cumplimiento de los compromisos adquiridos

Empoderamiento de las mujeres por mujeres

El reconocimiento de los derechos civiles y políticos para las mujeres y la constatación de que éstos requieren de medidas especiales para su cumplimiento, han llevado a un lento proceso de incorporación de las mujeres a los espacios públicos. Además, no está exento de complejidades que se relacionan tanto con los diseños institucionales como con las propias prácticas entre mujeres.

La tendencia a reproducir tanto al interior del Estado como en sus estructuras las relaciones de género se ve expresada en la creación de una institucionalidad de las mujeres (Oficinas de la Mujer) que ‘demanda’ que el enfoque de género sea tomado como un eje transversal, pero que no siempre cuenta con el poder y los recursos para hacerlo. Los procesos de modernización de la administración pública que se implementan en los países de la región no conceden relevancia y jerarquía necesarias a las Oficinas de la Mujer. Las leyes de cuotas o de acciones afirmativas no se constituyen tampoco en instrumentos de modificación de dichas relaciones en tanto se ubican en los cargos electivos o al interior de los partidos. De allí que una medida que se debe privilegiar sería la ampliación de dichas leyes al conjunto de los poderes del Estado y a la empresa privada para asegurar su incorporación tanto a la función pública como al trabajo.

Las mujeres que se han incorporado a los espacios del Estado se ven entrapadas en su propia institucionalidad y operan con respecto a éste como ‘beneficiarias’ o se ven obligadas a legitimarse en él permanentemente. En efecto, las Oficinas de la Mujer y en general, las mujeres que asumen cargos públicos, se aíslan progresivamente y pierden los vínculos con el movimiento de mujeres. Con ello restan gradualmente su capacidad y legitimidad de representarlas. A su vez, los movimientos de mujeres tienden a confirmar dicho aislamiento. El pacto entre mujeres que facilitó la instalación de algunas de ellas en espacios de poder en el Estado se ha debilitado y han quedado expuestas a los cambios o variaciones que se definen desde los espacios públicos masculinos del Estado.

El proceso de empoderamiento no pasa solamente por la legitimidad que de éste se haga desde la lógica masculina. Ésta tiende a procesar dicho empoderamiento en los únicos términos que sabe, como incorporación a lo dado. Es el poder que se reconoce entre mujeres el que permitiría sumar un *plus* al proceso de incorporación de las mujeres a los espacios públicos. No se trata de que el Estado empodere a las mujeres, sino de que se creen los canales que permitan el empoderamiento entre mujeres y en este sentido, asegure la existencia de una práctica entre ellas, que el propio sistema obstaculiza. Más aún, desde esa práctica pueden asumirse una serie de desafíos institucionales que permitirían mayor capacidad de negociación a las Oficinas de la Mujer.

Una política que facilite la acción entre mujeres necesariamente debe generar confianza entre ellas ya que es el sistema de género el que dificulta su empoderamiento y legitimidad entre sí. Así, tanto desde la sociedad civil como desde el Es-

tado es necesario generar condiciones para construir esta confianza a través de distintas campañas.

La capacidad de asociación entre las mujeres necesita contar con espacios que doten de cauce a esas expresiones y representaciones ante los espacios estatales. Articular la lógica de Estado (masculina) con la lógica de las mujeres (fuera del Estado), establecer el diálogo entre ellas, garantiza que las mujeres se legitimen entre sí, independientemente del rol que jueguen o del espacio en que se desempeñen, condición para afectar el sistema de género. Esto podría facilitarse con la creación de organizaciones de las mujeres que tengan como contrapartida al Estado y que avancen en conjunto en la definición de políticas, programas y medidas para alcanzar la igualdad.

Bibliografía

- Arendt, Hanna
1994 *Los orígenes del Totalitarismo*. Barcelona: Ediciones Planeta Agostini.
- Barbieri, M. Teresita
1996 Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género, en Laura Guzmán y Gilda Pacheco (Compiladoras) *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Chiarotti, Susana y Verónica Matus
1997 *Derechos Humanos de las mujeres y las niñas: Manual de capacitación*. Rosario: Instituto de Género y Desarrollo.
- Fries, Lorena y Verónica Matus
1999 *La Ley es el Delito*. Santiago de Chile: Ediciones LOM (en prensa).
- Jelin, Elizabeth
1996 Mujeres, género y derechos humanos, en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. Venezuela: Editorial Nueva Sociedad.
- Legarde, Marcela
1996 Identidad de género y Derechos Humanos, la construcción de las humanas, en Gilda Pacheco y Laura Guzmán (compiladoras) *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades: ciudadanía, derechos sociales y género en América Latina

Laura C. Pautassi*

Introducción

El debate en torno al concepto de 'ciudadanía' en América Latina ocupa el centro del escenario en el momento mismo en que la participación política parece haber perdido todo ímpetu. Las razones de ello son claras: profundas transformaciones económicas, procesos de ajuste y reforma estructural, desmantelamiento de los sistemas de protección social, debilitamiento de los actores sociales, aumento sostenido del desempleo y de la 'precarización' laboral, crecimiento de la exclusión y fragmentación social.

La profundidad y rapidez de los cambios acontecidos en los últimos diez años en los países latinoamericanos -especialmente en los del Cono Sur- contrasta con la falta de un marco teórico que ayude a comprender el sentido de las reformas estructurales, ya sea en relación con el desempeño económico como con el nuevo rol del Estado. En consecuencia, suele utilizarse la noción de ciudadanía casi como una expresión de sentido común, cuando su contenido no siempre está exento de controversias, mucho más si se tienen en cuenta las diferencias de los grupos sociales específicos. Es por ello que América Latina ofrece un particular campo de análisis de los efectos de la escasa consideración de los derechos de ciudadanía en general, y en particular, de una falta de abordaje desde una perspectiva de género.

Los efectos de estos procesos -en términos de aumento de la desigualdad social, concentración del ingreso por un lado y aumento de la pobreza por el otro- afectan tanto a hombres como a mujeres, la diferencia radica en que no lo hacen de forma equitativa. En consecuencia, no siempre resulta sencillo separar el impacto de los cambios acontecidos acerca de las mujeres. El presupuesto de partida del presente trabajo consiste en 'resaltar la necesidad e importancia de considerar la variable género

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigadora del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas -CIEPP-

en el análisis de los procesos sociales', pero no solamente desde un enfoque teórico-analítico, sino precisamente en materia de implementación de políticas y ampliación de derechos, especialmente en contextos de ajuste estructural y de reforma de las instituciones de política social como los que estamos viviendo en América Latina.

El énfasis está puesto en el desarrollo de los derechos de ciudadanía de las mujeres y la situación actual en términos de su alcance efectivo. Habida cuenta de lo anterior, comienzo el trabajo con una descripción del desarrollo histórico de la ciudadanía y la situación de la mujer frente a los denominados 'derechos sociales'. En segundo lugar, y con el fin de ganar claridad conceptual, analizo la importancia de la consideración política del concepto de género, especialmente en contextos de reforma y ajuste estructural. Finalmente, presento algunas apreciaciones con respecto a la relación entre derechos sociales y los nuevos términos del debate en materia de ciudadanía para las mujeres en América Latina, a la luz de las reformas efectivamente implementadas y el nuevo rol del Estado.

La ciudadanía de las mujeres y los derechos sociales

La ciudadanía es tan antigua como la existencia de la comunidad humana. Define a quienes son considerados miembros de la sociedad y a quienes no lo son. La ciudadanía se describe por la participación de los miembros de la comunidad. Diferentes tipos de comunidades políticas presentan diversas formas de ciudadanía.

Así, los análisis que se remontan a la antigüedad, señalan que la ciudadanía es la 'invención griega de la política', por la cual se identificó una esfera autónoma, una construcción social que se encontraba asociada con la 'pertenencia a una comunidad política' en particular, pero también definía la 'identidad social' de una persona como miembro de dicha comunidad, diferenciándola de este modo, de su familia, clan o tribu. Es decir que la ciudadanía no solo se refería a los grupos 'naturales' como la familia o el clan, sino que establecía la organización política del grupo social (Preuss 1996: 535).

Queda claro que la ciudadanía es una institución genuinamente occidental y masculina. En el desarrollo de la 'ciudad' -desde la *polis* griega hasta las ciudades medievales- la ciudadanía se caracterizaba por ciertos deberes y derechos que iban más allá de la pertenencia a determinado estamento, clan o familia y estaba reservada sólo para los hombres.

El 'ayuntamiento urbano' es un fenómeno medieval que también se extendió plenamente sólo en Occidente, ya que en Oriente -salvo aisladas excepciones- no conocieron un derecho material o procesal que vinculara a los habitantes como tales; tampoco se conocieron tribunales autónomos. En realidad, sólo el Occidente conoció una estructura jurídica, y "sobre todo lo más importante, el carácter asociativo de la ciudad, y el concepto de 'ciudadano' en oposición al de 'rústico'" (Weber 1992: 949 – 950).

La ciudadanía, cualquiera sea su forma desde la antigüedad hasta el presente, posee una serie de atributos comunes. Siempre ha significado una cierta reciprocidad de ‘derechos frente’ y de ‘deberes hacia’ la comunidad. La ciudadanía ha implicado pertenencia a una comunidad en la que cada individuo desarrolla su vida. Dicha pertenencia ha implicado diversos grados de participación. La cuestión de quién debería participar y en qué ámbito es un interrogante tan viejo como el propio mundo antiguo (Held 1997: 55)¹.

Posteriormente, se desarrollan una serie de argumentos acerca de las variaciones políticas de las democracias capitalistas industriales, basan su análisis en la ‘fuerza de las organizaciones obreras en la lucha política de clase’. A su vez, se explican el aumento de las intervenciones socioeconómicas públicas durante el siglo XX, en términos de la capacidad de la clase obrera industrial para luchar por sus reivindicaciones frente a los intereses de las clases capitalistas².

Estas conquistas quedan expresadas en los modernos Estados de Bienestar, y en el origen y desarrollo de los derechos sociales. Así, el análisis clásico³, situado en Inglaterra de los años cuarenta, distingue tres formas de ‘ciudadanía’ en los Estados modernos:

- *Ciudadanía civil*

Comprende los llamados ‘derechos civiles’, es decir, los elementos necesarios para asegurar las libertades del individuo: de expresión, de profesar una religión, el derecho a la propiedad y a ser juzgado por la ley, etc. La ‘institución’ más directamente relacionada con la ciudadanía civil es la ‘administración de justicia’.

- *Ciudadanía política*

Incluye los ‘derechos políticos’, que comprenden un doble aspecto: el derecho a participar en el ejercicio del poder político (derecho al sufragio) como también el derecho a ser elegido para el desempeño de un cargo público. Las instituciones que se encuentran más cercanas a este derecho son el ‘Parlamento’ y las demás ‘instituciones representativas’.

1 Los elementos fundamentales del status de ciudadanía no han cambiado significativamente en la historia de Occidente. Las modalidades a través de las cuales ha actuado la definición de la pertenencia a una comunidad y las jerarquías que dicha pertenencia establece, se han transformado varias veces.

2 Son numerosos los estudios que fundamentan lo señalado, así los trabajos de Offe (1995), Offe y Preuss (1991), Esping Andersen (1990), Weir y Skocpol (1993), Przeworski (1991), Titmuss (1974), entre otros.

3 Se trata del célebre trabajo de T. H. Marshall: *Ciudadanía y clase social*, escrito en 1949. Constituye ‘el’ tratado clásico que profundiza en la relación entre clase social y ciudadanía, el capitalismo y la democracia. Marshall señala que “nuestras sociedades actuales, asumen que la ciudadanía se ha constituido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de las desigualdades sociales legitimadas” (Marshall y Bottomore 1996: 7-10).

- *Ciudadanía social*

Se refiere a los llamados ‘derechos económicos o sociales’, que consisten en el derecho a gozar de cierto nivel mínimo de vida, de bienestar y de seguridad económica, definido a partir de los estándares prevalecientes en cada sociedad. Las instituciones que más se relacionan con la ciudadanía social, de acuerdo con este enfoque, son el ‘sistema educativo y el de seguridad social’.

Según esta misma interpretación, el desarrollo de los derechos de ciudadanía se produjo en ‘forma evolutiva’, cada uno de ellos sirvió como base para la expansión de los otros. De este modo, correspondería al siglo XVIII la lucha por la ciudadanía civil. El siglo XIX se caracterizó por la lucha en torno a los derechos políticos y finalmente el siglo XX, por la extensión de los derechos económicos y sociales⁴.

Resulta claro que para esta corriente, la ‘ciudadanía es la plena pertenencia a una comunidad’, en donde ‘pertenencia’ implica participación de los individuos en la determinación de sus condiciones de asociación. La ciudadanía es el estatus que garantiza a las personas iguales derechos y deberes, libertades, restricciones, poderes y responsabilidades. Esta corriente incorpora allí la idea de ‘la ciudadanía como ideal igualitario’, se contraponen con ello a la ‘clase social’, en tanto ésta es un sistema de desigualdades basado en la propiedad, la educación y la estructura económica nacional (Marshall 1996: 18-19).

En relación con los derechos económicos o sociales, el primero que se reconoció fue el ‘derecho al trabajo’, es decir, el derecho a elegir una ocupación en determinado lugar elegido por la persona, y en cualquier rama de actividad, que legítimamente demande capacidades técnicas. El reconocimiento del trabajo como derecho, además de tener implicancias jurídicas concretas, significó a su vez la aceptación formal de un cambio fundamental de actitudes. En palabras de Marshall “el derecho civil básico es el derecho al trabajo”, o desde otro punto de vista, “la primera expresión histórica del derecho social” (Ewald 1986: 437).

Es decir que se puede considerar a la ciudadanía como un producto de la política moderna, pero es a su vez, una consecuencia sociopolítica de las Revoluciones Francesa e Industrial. El término ‘ciudadanía’ comprende, en su plenitud, la salida de una sociedad feudal y esclavista y el ingreso a una de tipo capitalista. Está construida al mismo tiempo, por la ‘modernidad’ y como consecuencia del proceso de ‘modernización’. La ciudadanía como institución, presupone que todos los cambios

4 Marshall (1996: 6) asocia un tipo especial de ‘igualdad humana fundamental’ (*basic human equality*) con el concepto de ‘miembro pleno de una comunidad’, lo cual no implica que la ciudadanía elimine las desigualdades de los diferentes niveles económicos en la sociedad. En palabras de Marshall “la iniquidad del sistema de clases sociales se vuelve relativamente aceptable a partir del reconocimiento de la igualdad implícito en la ciudadanía”. El autor no identifica la vida de un ‘señor’ (*gentleman*) con el status de ciudadano, sino que expresa en términos legales lo que cada ser humano debería tener asegurado. Asimismo, identifica al Estado de Bienestar como el garante de los derechos del ciudadano/a y de su efectiva participación en los beneficios sociales.

que se han dado en las sociedades tradicionales, llámense ‘urbanización’, ‘secularización’, ‘industrialización’ y ‘modernización de la cultura’, le han dotado de existencia y consistencia.

Varios autores formularon observaciones a la propuesta de Marshall (Giddens 1982: 170)⁵. En primer lugar, porque el desarrollo de los derechos de ciudadanía no es asimilable a una suerte de ‘evolución natural’, como si fuera algo que se desplegara a través de fases y de conformidad con una lógica inmanente. En segundo lugar, porque tampoco puede pensarse a los derechos de ciudadanía como mecanismos de contrapeso de los conflictos de clase. Por el contrario, se presentan como eje de dichos conflictos. El problema central, para avanzar en materia de derechos sociales, radica en que éstos dependen fundamentalmente de la esfera del trabajo.

En todo caso, del desarrollo realizado, esquemático por cierto, quedará claro que la ‘ciudadanía’ debe ser colocada en un contexto de ‘alta problematización’. Las instituciones de la ciudadanía ofrecen la posibilidad de una solución racional a los problemas del capitalismo, pero existe una incompatibilidad fundamental entre los ‘títulos de derecho’ (*entitlements*) de la ciudadanía democrática y los requerimientos económicos de las sociedades modernas. Esta tensión se refleja en la relación existente entre derechos y obligaciones⁶.

Por ello resulta fundamental no confundir a la ciudadanía con prácticas concretas, ya se trate del ejercicio del derecho al sufragio, de las políticas sociales del Estado de Bienestar o de cualquier otra política específica. Si bien estas políticas o prácticas constituyeron históricamente el eje de las luchas por lograr esferas de inclusión, desde una perspectiva analítica, la ciudadanía constituye la expresión histórica de reclamos normativos que se han traducido en los Derechos Civiles, Políticos y Sociales.

Los Derechos Sociales, por su parte, en tanto categorías ‘jurídico-constitucionales’, han suscitado una constante polémica doctrinal con respecto a su naturaleza y sus posibilidades de realización, aun en los momentos de mayor auge de esta modalidad jurídico-política. El debate se ha polarizado entre quienes, por un lado, niegan a este tipo de derechos el carácter de fundamentales y su categoría de normas jurídicas (a los principios que estos proclaman), caracterizándolos como meras declaraciones de buena voluntad, de compromiso político por parte de los Estados.

5 La principal crítica de Giddens a la teoría de Marshall, consiste en su apreciación en torno a que éste considera que las desigualdades de clase serían disueltas mediante el avance de los derechos de ciudadanía, perspectiva equivocada que afecta también aquellos análisis que sostienen que la evolución de los derechos ciudadanos lleva a la disolución de los conflictos de clase, o más allá, de las clases sociales. Por el contrario, Giddens entiende que el conflicto de clase ha sido y sigue siendo el medio de la ampliación de los derechos ciudadanos y la base de creación de una economía autónoma, de la poliarquía (el gobierno de muchos) y del Estado de Bienestar.

6 Habermas (1994: 32) señala que en el caso europeo actual, la ciudadanía ha quedado muy lejos de ser una lucha de clases, sino que es el producto de otro tipo de fenómenos como las migraciones, las guerras, el desempleo, que sitúan la discusión con relación a los alcances de la inclusión de nuevos grupos y el impacto dentro de la movilidad social. Habermas enfatiza que esta situación no es ajena al conflicto, lo que ha cambiado su tenor.

En el extremo, se encuentran quienes los consideran una suerte de fraude político o engaño ideológico.

Por otro lado, se reivindica lo fundamental de tales derechos, es decir, su carácter de básicos e innegociables, presentes en normas constitucionales vinculantes y no meramente programáticas y que generan para los Estados, obligaciones que son exigibles judicialmente. Es decir que constituyen una obligación jurídica y no una mera manifestación de buena voluntad política, con prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado.

El significado mismo de los derechos sociales, al igual que de cualquier derecho, no se puede captar de forma adecuada, sin prestar cuidadosa atención a la gama de preocupaciones y presiones que les dieron origen. Como se pudo comprobar a partir del análisis histórico realizado, los derechos sociales se han desarrollado ligados a los presupuestos que configuraron el Estado de Bienestar. A su vez, en la tan denunciada crisis de este tipo de arreglo institucional, incide directamente el cuestionamiento de dicha categoría de derechos.

Antes de abordar el debate actual en relación con la ciudadanía, que es la distinción entre el contenido del derecho de la ciudadanía y el modo de acceso a ese derecho y su efectividad, existe un cuestionamiento central. Este punto ha generado serias controversias y dificultades operativas, las cuales adquieren una dimensión mayor cuando se considera el ejercicio de este derecho por parte de las mujeres. A continuación, analizo la evolución histórica de la relación de las mujeres y sus derechos en los modernos Estados de Bienestar.

*Estados de Bienestar y derechos de la mujer*⁷

En las primeras etapas del desarrollo de los seguros sociales europeos, las mujeres aún no tenían acceso a los derechos de la ciudadanía 'política', al tiempo que registraban escasa representación en el mercado de trabajo, donde sus salarios eran inferiores a los de los hombres. Por lo tanto, ni siquiera se las consideraba como potenciales beneficiarias de derechos sociales, salvo para prestaciones centradas en torno a la pobreza, discapacidad y maternidad. Si bien el concepto de igualdad de derechos para individuos de distinto sexo es antiguo, recién a comienzos de este siglo se tradujo jurídicamente.

A comienzos del siglo XX, el principio de igualdad jurídica entre ambos sexos no resultaba una idea nueva en Occidente. Los primeros pasos jurídicos hacia el reconocimiento de los derechos se originan en la Revolución Francesa. La Declaración Universal de los Derechos de Hombre (1948) no olvida mencionar la igualdad entre mujeres y hombres. Al redactarse la mayoría de las constituciones europeas, luego de la Segunda Guerra Mundial, se incorpora el principio de la igualdad

7 Sigo el análisis desarrollado en Pautassi (1995).

entre sexos, en un lugar destacado de sus declaraciones. Por el contrario, la Constitución de los Estados Unidos, recién en 1990 incorporó este principio (Sineau 1993).

Las luchas de los movimientos de mujeres a fines del siglo XIX se dividían entre las reivindicaciones de quienes pertenecían a la clase media que buscaban un ingreso propio por su trabajo y sostenían que empleo y maternidad no podían coexistir, y las reivindicaciones de las mujeres de la clase baja que por necesidad económica, estaban obligadas a combinar ambos elementos. El centro de atención del denominado 'feminismo maternalista' fueron las mujeres pobres, las madres solteras, las esposas de clase obrera -tanto empleadas como no empleadas-, las trabajadoras fabriles, las viudas y las esposas abandonadas. Incluían la reivindicación de la maternidad en sí misma, con independencia del status ocupacional o matrimonial de la mujer, o de su situación socioeconómica. La maternidad era, para esta variante del feminismo, la condición unificadora del sexo femenino; al reivindicar los derechos de las madres pobres, lo hacían con los de todas las madres.

En otras palabras, el objetivo era el reconocimiento de la maternidad como una 'función social' (y no puramente individual o familiar) y, por lo tanto, susceptible de remuneración⁸. En este contexto, el movimiento de mujeres luchó por lograr arreglos institucionales que no solo reconocieran necesidades y derechos con relación a los 'riesgos' a los que se exponían las trabajadoras, sino también respecto de las madres, con o sin salario. Iniciaron de este modo, una importante legislación social que, en líneas generales, derivó en reformas realizadas más como una 'protección' (sentido paternalista) que en dirección a la dotación de derechos de ciudadanía. No existió un reconocimiento general y sistemático de la condición económica, social y política de la maternidad, sino que se lo sustituyó por una legislación parcial para grupos 'con problemas especiales' y se la incorporó en contextos legislativos aislados (Derecho Laboral, Derecho de Familia, seguro de salud). Las políticas más 'institucionalizadas' y visibles fueron los programas de asignaciones familiares⁹.

Así, en 1919, la Agencia Internacional del Trabajo (luego Organización Internacional del Trabajo -OIT-) aprobó la Convención de Washington que recomendaba un permiso por maternidad de seis semanas, antes y después del parto, para todas las trabajadoras, y la garantía de un ingreso que sustituyera los salarios y servicios médicos gratuitos. Alemania se convirtió en el primer país que puso en práctica la Convención de Washington. En un comienzo, Inglaterra otorgó una asignación familiar sólo a partir del segundo hijo y no se hacía efectiva en la madre, sino en la cabeza de familia. Debido a la fuerte protesta de las mujeres, se logró que la asignación se pagase a las madres.

8 Kathe Schimacher, feminista y sindicalista alemana, lo expresaba claramente en 1905 "... no hay trabajo más productivo que éste de la madre, que ella sola, crea el valor de todos los valores, llamado ser humano..." Citado por Bock (1993: 20).

9 El régimen de asignaciones familiares recién se hizo efectivo luego de la Segunda Guerra Mundial, y con fuertes cambios respecto a las propuestas feministas.

Francia aparece como el país más avanzado en la materia. En 1913 existían leyes sobre prestaciones a familias necesitadas y subsidios familiares a cargo de las empresas por medio de fondos de compensación. Dada la alta tasa de participación femenina en la fuerza de trabajo francesa, las asignaciones en general se pagaban directamente a las mujeres. Luego de la II Guerra Mundial, esta práctica fue incorporada por Suecia, Noruega y Gran Bretaña. En los años 50, la asignación por maternidad se extendió también a las mujeres de trabajadores autónomos, en particular para aquellos que se ocupaban de las tareas agrícolas. Posteriormente, el pago de la asignación por maternidad fue asignado nuevamente a los hombres (Bock 1993).

El Estado de Bienestar no constituye claramente sólo un conjunto de servicios y prestaciones, sino que además comprende un grupo de ideas con respecto a la sociedad, la familia, la mujer, los niños/as, los ancianos/as. De acuerdo con numerosos estudios, diversas corrientes del feminismo fueron las principales promotoras de las instituciones del Estado de Bienestar¹⁰. A medida que se desarrollaron los Estados de Bienestar modernos, el tratamiento de la mujer se adecuó al tipo de régimen que éstos establecieron¹¹. Así, en los regímenes de tipo 'corporativo' (Alemania, Francia e Italia), la acción redistributiva se ejerce con mayor energía en los hogares 'monoparentales'¹², que en los hogares nucleares. Estos regímenes, influenciados principalmente por la Iglesia, se encuentran fuertemente comprometidos en la preservación de la familia nuclear y, por lo tanto, en desestimar la incorporación femenina al mercado laboral. De esta manera, los seguros sociales cubren a las esposas como 'dependientes' y los beneficios sociales estimulan la maternidad en familia; al mismo tiempo, la preocupación por la familia estimula la protección con buenas prestaciones a las familias 'monoparentales', por medio de programas especiales.

En regímenes de tipo 'liberal' (Estados Unidos y Canadá), donde prevalecen beneficios relacionados a *tests* de recursos (*means-test*), las familias 'monoparentales' deben calificar como 'pobres' para recibir prestaciones que por definición son inferiores a las de las familias nucleares. Por el contrario, en los Estados de Bienestar de tipo 'socialdemócrata' (Suecia y Noruega), la 'monopaternalidad' está protegida contra el 'riesgo' de la pobreza como parte del sistema integral de protección, debido a que prevalece el principio universal de las prestaciones y la acción redistributiva de las transferencias.

En términos generales, se observa cierta ambigüedad en el tratamiento de las mujeres en los distintos regímenes del Estado de Bienestar. Por un lado, aparecen como sus principales beneficiarias o 'clientas', y por otro, las prestaciones están condicionadas a la verificación de ciertas situaciones: características del grupo familiar,

10 Respecto a esta temática, véanse los trabajos contenidos en Duby y Perrot (1993), Fraser (1994) y Nordli Hansen (1995).

11 Esping-Andersen (1990) desarrolla una noción de régimen de Estado de Bienestar que distingue tres modelos: i) liberal, ii) corporativo y iii) socialdemócrata.

12 *N. de la E.*: familias que cuentan solo con el padre o la madre como jefes de familia.

estilo de vida, nivel de pobreza. Esquemáticamente, Suecia promueve un cierto 'feminismo de Estado', mientras que los Estados Unidos muestran una mayor 'feminización de la pobreza' y los regímenes corporativos se ubicarían en una posición intermedia.

A partir de fines de la década del 50, los distintos regímenes de Estados de Bienestar provocaron una transformación en el universo familiar y en las condiciones de realización del trabajo doméstico. El fenómeno del ingreso del equipamiento doméstico al hogar, simplificó los quehaceres y a la vez empujó a la mujer a salir del hogar. Se facilitaron las tareas de socialización primaria de los menores, de cuidado y atención de niños/as y enfermos/as, que años atrás era de competencia exclusiva del sexo femenino y retenía a las madres en el hogar. Este cambio permitió a las mujeres mantenerse en el mercado de trabajo con mayor continuidad y a la vez, se les abrieron nuevos empleos y carreras. Esta relación entre las tareas de reproducción y el desarrollo del empleo femenino llevó a muchos a decir que las mujeres se encontraban 'casadas con el *welfare state*' o que las "mujeres eran el *welfare*, como proveedoras de servicios y como beneficiarias de las ayudas sociales" (Lefaucheur 1993).

Más allá del exceso que pueda significar esta idea del matrimonio de las mujeres con el Estado de Bienestar, ellas lograron alcanzar mayor autonomía en relación con el vínculo conyugal y familiar. Ahora bien, por una parte, los servicios sociales fueron beneficiosos para el logro de una mayor emancipación de las mujeres, pero al mismo tiempo se les imponían estereotipos de conducta: 'el Estado otorga pero también controla'. Es decir, el Estado de Bienestar provee asistencia a las mujeres al precio de consolidar su dependencia.

Desde mediados de la década de los 60, la evolución demográfica, tecnológica y económica quebró los fundamentos tradicionales de la institución familiar y de las relaciones sexuales, se dio lugar así a un nuevo régimen de reproducción de las poblaciones y de su fuerza de trabajo. Este nuevo régimen se caracterizó por el dominio femenino de la fecundidad y por la mejora de la protección médico-social de la maternidad. Un primer indicador en los países desarrollados, es el descenso a fines de la década del 60, de la tasa de natalidad, se colocó a la gran mayoría de los países por debajo del nivel de sustitución de sus poblaciones.

Se pasó así de un antiguo régimen 'monoparental', a un nuevo régimen en el cual el divorcio o la separación voluntaria constituyen la razón de la presencia de hijos/as que viven con uno solo de sus padres. Este aumento de las personas que viven solas se debe principalmente, a la ruptura generalizada de la cohabitación entre las generaciones adultas, al crecimiento general de la esperanza de vida y a la mayor longevidad de las mujeres (las mujeres ancianas constituyen la fracción más importante de quienes viven solas). Asimismo, a partir de los 80, adquiere una gran importancia la relación conyugal sin cohabitación, se incrementa también la tasa de participación de mujeres profesionales, y de aquellas que tienen al menos un hijo/a menor de cuatro años y que trabajan a tiempo completo.

Finalmente, en referencia a los derechos contemporáneos de ciudadanía, el caso de la mujer es un ejemplo de la persistencia de la siguiente paradoja: igualdad en el estatus jurídico y desigualdad de clase social. De alguna manera, y retomando las palabras de Marshall, la historia moderna muestra “que la ciudadanía se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de la desigualdad social legitimada” (Marshall 1996). Es decir que la generalización misma del Estado de Bienestar ha facilitado específicamente en el plano político, la recreación espontánea de la vieja división entre lo masculino-político y lo femenino-social, y ha desencadenado una división horizontal de los roles. A los hombres les corresponden asuntos como las relaciones exteriores y la defensa; a las mujeres, en cambio, todo lo relacionado con lo social y lo cultural. Esta división de tareas, muy visible en el escalón gubernamental, también se manifiesta en la mayoría de las esferas de poder social.

En América Latina en general - según el caso peculiar de cada uno de los países en términos de las distintas fases de desarrollo de los sistemas de seguridad social- se nota una visión ‘paternalista’ con respecto a las mujeres que se hallaban protegidas por el vínculo matrimonial si estaban a ‘cargo de un hombre’ o si enviudaban. Para las demás mujeres (solteras, solteras con hijos/as, unidas), y en tanto no hubiesen ingresado al mercado de trabajo, la tendencia predominante consistió en la falta de prestaciones. La causa principal fue la falta de incentivos a la mujer para ingresar al mercado de trabajo. Esta situación se vio reforzada porque los sistemas de educación y salud de tipo ‘universal’, fomentaban la ‘educación para el hogar’. Asimismo la maternidad y los niños/as quedaban cubiertos por el sistema hospitalario de acceso gratuito. Los programas asistenciales eran un componente menor del sistema y, en el caso de la mujer, se centraban principalmente en planes materno-infantiles.

Las consecuencias de esta particular concepción de la situación de la mujer son claras. En primer lugar, debido a que los principales seguros sociales (previsión, obras sociales, asignaciones familiares) cubrían -con mayor o menor amplitud- a los trabajadores (principalmente hombres), se produjo en los países latinoamericanos una diferenciación de hecho y de derecho para con las mujeres.

La situación puede resumirse de la siguiente manera: por un lado, se otorgaban las mejores coberturas para mujeres casadas con maridos ‘protegidos por seguros sociales’, o por mejores ingresos, y por el otro, se encontraban las mujeres casadas con ‘maridos desprotegidos’ y las mujeres ‘solas’. En este último caso, y dada la falta de servicios sociales, como también la mayor inestabilidad del trabajo del hombre ‘jefe de hogar’, se verificaba una mayor proporción de mujeres trabajadoras, principalmente como empleadas domésticas, trabajadoras rurales sin remuneración y posteriormente, trabajadoras del sector informal urbano, las cuales a pesar de incorporarse al sector productivo, pero de forma ‘precarizada’, no gozaban tampoco de los beneficios de la seguridad social.

En materia de regulación jurídica, los derechos de la mujer en América Latina, se han normado en general, en cuatro ramas del Derecho: constitucional, civil y de familia, laboral y penal, y últimamente los derechos reproductivos. En cada una de las áreas, coexisten avances con respecto al efectivo reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, con disposiciones que lo restringen, en tanto todos los países de la región aceptan el principio de la igualdad jurídica de varones y mujeres¹³.

Avances importantes, como patria potestad compartida, divorcio, deberes y derechos de los cónyuges, etc. se han producido en el Derecho de Familia. En el Derecho Penal perduran numerosas restricciones y discriminaciones, y son pocos los países que reconocen la violencia familiar como un delito diferente de las lesiones, y prácticamente en ninguno de los países se reconoce al hostigamiento y acoso sexual como delitos. Los derechos reproductivos aún no cuentan con adecuado sustento jurídico en la mayoría de los países, y han quedado relegados al ámbito de las políticas de salud.

Por otra parte, la esfera ocupacional constituye uno de los campos donde más se evidencia la 'discriminación de la mujer en materia económica'. Desde esta óptica, interesa constatar la presencia de 'oportunidades diferenciales por sexo'; esto es, la existencia de condiciones y posibilidades de empleo desiguales, para grupos de oferentes igualmente productivos, debido a la preeminencia de factores ajenos a los económicos.

El problema económico central radica en que las mujeres y los hombres no se han incorporado como 'iguales' en los procesos de producción y distribución de riqueza. Mujeres y hombres tienden a participar en distintos procesos y 'subprocesos' de trabajo, dentro y fuera del ámbito fabril, a desplazarse por distintos espacios físicos, a usar tecnología diferente, que requieren saberes y conocimientos también signados como masculinos y femeninos. Esto es así, a pesar del aumento que se verifica en la participación económica femenina desde la década de los 80, los puestos de trabajo se han concentrado en ocupaciones y actividades tradicionalmente denominadas 'femeninas'¹⁴.

Esta incorporación tiene un carácter 'dual': en el sector manual fundamentalmente como empleadas domésticas y en un pequeño conjunto de ocupaciones del sector no manual, principalmente como profesionales, administrativas y vendedoras. Por otra parte, debe quedar claro que el crecimiento de la fuerza de trabajo femenina en las dos últimas décadas en toda América Latina, no puede ser interpre-

13 En FLACSO (1995) puede consultarse un estudio comparativo de los derechos de las mujeres en América Latina. Como dato, vale mencionar que todos los Estados de la región han ratificado la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer -CEDAW-, aprobada por Naciones Unidas en 1979. Los estados parte, se comprometen a consagrar en su legislación positiva el principio de igualdad de la mujer y del hombre y asegurar la realización práctica de este principio.

14 Se las denomina así porque involucran tareas similares a las reproductivas. Serían las empleadas domésticas, las enfermeras y paramédicas y las profesoras, maestras y secretarías.

tado como un indicador de 'liberación femenina' o de mayor realización personal de la mujer. Muy por el contrario, el incremento se produce por la necesidad de otro ingreso familiar o claramente como una estrategia de supervivencia. Lo curioso es que son las mujeres 'casadas' las que han disparado la tasa de actividad femenina y no las mujeres 'jefas de hogar'.

Esta tendencia ascendente entre las mujeres se explica en parte, por los cambios previsibles en los arreglos familiares y en la búsqueda de independencia económica, pero responde en mayor medida, al deterioro de las condiciones de trabajo del 'jefe de familia', que obliga a salir al mercado a la fuerza de trabajo secundaria. Más aún, la experiencia indica que en estos tiempos de 'flexibilidad' laboral, las mujeres consiguen trabajo más fácilmente que los hombres en ciertas actividades, en tanto están dispuestas a aceptar condiciones más precarias y con menor remuneración. En ese sentido, la 'feminización' de la fuerza de trabajo, que se verifica en la mayoría de los países latinoamericanos, puede ser otro aspecto de su 'precarización', que demuestra cómo se han revertido las tendencias de inserción laboral, ya que no solo se ha 'femenizado' la fuerza de trabajo sino que también se ha 'masculinizado' la desocupación y subocupación¹⁵.

A su vez, en todas las categorías ocupacionales las mujeres perciben menores ingresos que los hombres. Esas diferencias en las remuneraciones aumentan con la edad y la calificación. Así, a comienzos de la década de los 90 el ingreso de las mujeres alcanzaba, en promedio, solo las dos terceras partes del correspondiente a los hombres, y a menos de las tres cuartas partes (72,5%) cuando se comparan asalariados (FLACSO 1995: 65). Las mayores brechas salariales entre ambos sexos se registran a partir de los 40 años, y las diferencias más pronunciadas se detectan en las actividades por cuenta propia, en los sectores de servicios, comercio o industria y con mayor calificación.

En otras palabras, la antigüedad en la experiencia profesional tiene incidencia en los hombres pero generalmente no es considerada en el caso de las mujeres. La denominada 'igualdad profesional' (o de oficios) que figura en la legislación, no se hace efectiva. Dentro del componente social, a los hombres se los exhorta a trabajar para atender a sus familias mientras que a las mujeres se las acusa de abandonar a esa misma familia por un salario complementario. De esta manera, los hombres 'entran en la carrera', las mujeres por el contrario, 'desertan del hogar'.

De aquí puede comprenderse la relevancia de esta discusión para el caso de América Latina. No hay dudas de que en nuestra región uno de los elementos principales que define la discriminación de género es el acceso a un determinado nivel de ingresos; más aún, es común la situación de explotación de mujeres y niños que desempeñan trabajo gratuito no sólo para 'patrones/as' sino también para otros miembros del grupo familiar. Esta situación es más preocupante cuando aún persis-

15 Para un análisis de la situación de la mujer en el mercado de trabajo en Argentina, véase Lo Vuolo y Pautassi (1997).

te una práctica común en los esquemas de seguro social de la región: las mujeres y los niños son 'dependientes' del principal miembro del hogar que es el hombre y, por lo tanto, es éste el que cobra el beneficio como supuesto mandatario de aquellos. Pero nada garantiza que ese ingreso llegue a ser usado en beneficio de sus titulares. A ello debe agregarse el trabajo 'socialmente útil' que realizan las mujeres -amas de casa, cuidado de enfermos, etc.- y que no es remunerado en términos de mercado¹⁶.

El aporte del feminismo en la 'rediscusión' de la ciudadanía

Las décadas de los 70 y 80 no generaron mayores debates en relación con la ciudadanía, ya que de alguna manera "había pasado de moda para los intelectuales y pensadores políticos" (Kymlicka y Norman 1994: 352). Recién en los 90 se generó una nueva 'explosión' en la discusión del concepto de ciudadanía. Varios fueron los 'disparadores' del debate actual.

En primer lugar, el interés en generar una nueva discusión en torno al tema de la ciudadanía se relaciona con una serie de eventos políticos, económicos y culturales que se han producido en los últimos años y marcan un nuevo escenario, tanto en el ámbito internacional como nacional. Me refiero a fenómenos como la globalización, el incremento de las relaciones transnacionales, el desempleo masivo, el resurgimiento de movimientos nacionalistas en el este Europeo, el impacto cultural y social del incremento de población multiracial y multicultural en los países centrales, la integración dentro de la Unión Europea, los movimientos feministas, ecologistas, nuevos movimientos religiosos, minorías sexuales, etc.

En segundo lugar, el interés sin precedentes que ha despertado el tema de la ciudadanía, tiene su origen principalmente en un problema práctico, insuficientemente resuelto por el momento, por las democracias liberales. Como ya se explicó, estas últimas han basado la pertenencia de los individuos a la comunidad política a partir de un modelo de integración, y en muchos casos de acumulación, que dejaba en situación precaria el posible desarrollo de las diferencias en la comunidad, y por consiguiente, el desarrollo del 'pluralismo social' y político de la sociedad civil (Rosales y Carracedo 1996: 508)¹⁷.

16 En 1990, en promedio, el desempleo abierto entre las mujeres alcanzaba a 8,3% que supera en más de un punto al de los hombres (7,0%). Entre 1980-90 la tasa promedio de desempleo abierto entre las mujeres de 15 a 24 años de edad pasó de 14,3% a 21%, mientras que entre los hombres el incremento fue muy inferior: 15,8% a 17,6%. (FLACSO 1995: 65). Para una discusión más amplia de la discriminación por ingresos, véase Pautassi (1995), y Lo Vuolo et al. (1999).

17 Por su parte, Miller (1997: 73) señala que "el problema entre ciudadanía y pluralismo es fácil de plantear pero muy difícil de resolver". Su premisa es "la fragmentación cultural de los Estados modernos". Agrega que "los miembros de los Estados adoptan en la actualidad un conjunto heterogéneo de identidades personales, religiosas, morales, etc. Lograr convergencia en estas áreas es sumamente difícil. Pero al mismo tiempo, todos deben convivir políticamente y esto significa encontrar una base común a partir de la cual juzgar sus pretensiones frente al Estado". Se supone que la ciudadanía provee este punto de referencia.

En consecuencia, para lograr una cierta gobernabilidad, resulta necesario abordar un equilibrio entre las demandas que plantea el desarrollo de la ciudadanía y el pluralismo, entendido éste último como diversidad organizada. Articular demandas de grupos diferentes exige afrontar el problema de la diferencia o diversidad como característica clave del orden político y exige un tratamiento que contemple la necesidad de ordenar la diferencia legitimadora. La continuidad normativa entre el desarrollo de la ciudadanía y la formación del pluralismo no es lineal, ni siquiera históricamente. El pluralismo al igual que la ciudadanía, están en constante 'redefinición', en tanto en el caso del primero, lo que va a cambiar son las pautas tradicionales de integración.

Uno de los conceptos que se elaboró a partir de estas nuevas premisas, es el de 'ciudadanía diferenciada'. El planteamiento original proviene de la crítica del movimiento feminista¹⁸, que considera que el uso hasta ahora hegemónico de ciudadanía integrada atenta contra el genuino concepto de igualdad, ya que viene a negar en la práctica, los derechos de las minorías sociales y étnicas, al forzarlas a una homogeneización bajo las pautas de la mayoría. Para esta corriente, tal proceso de homogeneización es injusto puesto que perpetúa la marginación sociocultural en beneficio de los grupos privilegiados de la mayoría. Por lo tanto, solo un concepto de ciudadanía diferenciada permitirá a las minorías sociales o étnicas mantener su identidad, tanto individual como colectiva, con la plena vigencia de sus valores y rasgos culturales o religiosos, lo cual da lugar a su integración diferenciada en la organización estatal. Lo que el feminismo propone claramente es 'afirmar' más que ignorar las diferencias entre grupos¹⁹.

La ciudadanía de la diferencia toma en consideración a las distintas minorías sociales o culturales, permite así la integración diferenciada de tales minorías no solo como individuos sino también como grupos específicos. En esta corriente se distinguen tres grupos:

- 'grupos desfavorecidos', que requieren derechos especiales de representación, con alcance temporal, no permanente (en este grupo estarían los pobres, los ancianos, los homosexuales);
- 'grupos de inmigrantes y religiosos', que demandan derechos multiculturales, de modo permanente ya que al incorporarse a la organización estatal, están interesados en reconocer su identidad. Lo que estos grupos demandan son derechos multiculturales;
- 'minorías nacionales', que luchan por derechos de 'autogobierno' de modo permanente. No requieren estar mejor representados políticamente, sino que

18 Según la propuesta más radicalizada de Young (1990) y posteriormente retomada por Pateman (1989), Phillips (1996), Mouffe (1999) entre otras.

19 Desde una postura ideológica contraria, la de los teóricos liberales, se critica el concepto de ciudadanía integrada en tanto se la considera una contradicción *in termine*, dado que la organización estatal implica en sí misma, una homogeneización de los derechos y deberes de los ciudadanos/as.

buscan que se les transfiera el mayor grado posible de 'autogobierno' y la jurisdicción legislativa desde los órganos centrales hacia sus comunidades. Sería el caso de los indígenas, de las distintas etnias del Este europeo, etc.

Si se considera a la ciudadanía diferenciada como la adopción de uno o más de estos derechos de grupo (derechos de 'autogobierno', multiculturales, de representación) entonces la mayoría de las democracias modernas reconocen en algún grado a este tipo de ciudadanía. Por lo tanto, una ciudadanía diferenciada así entendida, no es esencialmente problemática. El problema se presenta porque los defensores de esta corriente reclaman la efectiva realización de estos derechos.

Complementariamente, el feminismo busca también una nueva definición de la ciudadanía a partir de conceptos no sexistas y con la incorporación de la categoría género en el debate del Estado; propugna el derecho a la diferencia. Entre los nuevos derechos ciudadanos que reclama el movimiento feminista se encuentran los derechos reproductivos, considerados como la base misma de la posibilidad de participación efectiva de las mujeres, tanto en la sociedad civil como en la vida política.

Además de las citadas, existen numerosas corrientes que completan la idea de la diferencia, como la 'ciudadanía compleja' (Rosales y Carracedo 1996), la 'ciudadanía multicultural' (Turner y Hamilton 1994; Kymlicka 1996), una ciudadanía de tipo 'ecológico', entendida como el derecho al uso adecuado de la biosfera, entre otras.

Para el caso latinoamericano específicamente, el desarrollo histórico de la ciudadanía se caracterizó por el debate en términos de 'inclusión-exclusión'. Esta situación se produjo en tanto la mayoría de los ordenamientos legales de los países de la región incluyen amplios catálogos normativos de derechos de la ciudadanía (derechos a la libertad personal, garantías de *Habeas Corpus*, ejercicio del sufragio, derechos laborales, etc.) y en la práctica se produce una exclusión de facto de grandes grupos poblacionales que no pueden acceder al ejercicio de los derechos ciudadanos (represión política, desempleo, etc.). Como consecuencia, se define a este fenómeno como 'ciudadanía incompleta', 'ciudadanía invertida' o también de 'ciudadanía negativa' o 'ciudadanía de baja intensidad'²⁰.

Otra de las definiciones que se han elaborado, tomando como ejemplo el caso de Brasil, pero aplicable a toda la región, es aquella que se denomina 'ciudadanía de geometría variable' (Marques Pereira 1996:83). Según esta última definición, la legitimidad del Estado latinoamericano reposa en la complementariedad y la interpenetración entre instituciones sociales universales, propias de la esfera pública, y el clientelismo, propio de la esfera privada. Se trata de Estados históricamente

20 O'Donnell (1992) denomina como 'ciudadanía de baja intensidad' a la característica actual de las democracias latinoamericanas. Es decir que se ha pasado de Estados populistas que controlaban rígidamente los intereses sociales débiles, a un tipo de Estado privatizado penetrado por intereses corporativos capaces de desviar las políticas para satisfacer sus intereses.

considerados intervencionistas, cuya autoridad no está totalmente consolidada, y donde el derecho que el Estado produce no es universalmente aplicable, o lo que es lo mismo, es fácilmente maleable.

De este modo, instituciones sociales y 'clientelismo' configuran así un doble sistema de normas que coexisten pese a su diferente racionalidad. La consecuencia es un proceso de integración y exclusión a la vez; es decir que aquello que el derecho excluye es reintegrado por las normas paralelas. Ello no significa una dinámica de comportamientos estanco de una sociedad dual, con dos sectores sociales diferenciados, sino de una sociedad con dos lógicas de integración diferentes.

A su vez, fueron las mujeres quienes encararon en América Latina los procesos de reclamo y lucha ante la violación de Derechos Humanos durante las dictaduras de las décadas de los 70-80. Desde sus inicios hubo mujeres al frente de los movimientos de Derechos Humanos, y el compromiso de la mayoría de ellas no estaba dado por cuestiones ideológicas sino como consecuencia de hallarse directamente afectadas por la desaparición de algún familiar directo. Poco a poco, esta demanda privada -la búsqueda de un hijo/a- se convirtió en demanda pública y política de ejercicio democrático, con lo que se dota de una nueva definición al contexto de acción pública de las mujeres²¹.

En síntesis, todas las corrientes analizadas reflejan la idea de la ciudadanía como un 'concepto dinámico', 'conflictivo', en permanente 'ajuste', en tanto cambian las 'demandas sociales'. Es decir, la ciudadanía se encuentra en proceso de revisión, al igual que el Estado -referencia básica de la ciudadanía-. Por parte del Estado, la ciudadanía implica, el reconocimiento de los individuos como portadores de derechos privados y de derechos públicos. El punto central es que la ciudadanía no se reduce solamente al reconocimiento de los derechos, sino tiene que ver con la materialización práctica de tales derechos, con el desarrollo efectivo de las 'oportunidades de vida' que ellos tienen normativamente.

La relación de derecho tiene por lo tanto consecuencias prácticas que permiten evaluar, contrastar o incluso invalidar los presupuestos normativos de partida. Por lo tanto, la relación entre Estado y ciudadanos/as implica aceptar obligaciones y límites mutuos. Se configura entonces, una relación bilateral, mantenida sobre una asimetría legítima. Esto es, al ser el Estado democrático un Estado de Derecho, lo público es resultado de una imbricación entre Estado y sociedad, aunque no de una fusión o asimilación de la sociedad en el Estado, como la operada en un orden despótico o en un orden totalitario.

El concepto de ciudadanía no incluye una separación absoluta entre lo público y lo privado, en realidad existe una continuidad desde la esfera privada (derechos

21 Jelin (1997) agrega que a pesar de que las violaciones a los Derechos Humanos existieron desde siempre, particularmente si se considera la magnitud de la violencia hacia las mujeres y las limitaciones a sus libertades, el movimiento social surge a partir de las violaciones masivas de Derechos Humanos especialmente en el Cono Sur. Los genocidios de indígenas, por caso Guatemala, pocas veces tuvieron eco en el ámbito internacional.

civiles) hacia la esfera pública (derechos políticos y sociales). El análisis aquí realizado da cuenta de cómo el ámbito público de la ciudadanía moderna se construyó de forma universal y racionalista, lo cual impidió el reconocimiento de la división y de los antagonismos. De esta forma se relegaron al ámbito privado las particularidades y las diferencias (Mouffe 1999:119). Así, la división público-privado actuó históricamente como un eficaz principio de exclusión, que impactó claramente sobre las mujeres, en tanto quedaron relegadas al ámbito doméstico-privado. De allí la importancia de entablar nuevas discusiones en torno a la ciudadanía desde las mujeres.

Acerca de la relevancia política del concepto de género

Ahora bien, '¿cómo se asegura la igualdad de oportunidades para las mujeres en el marco de procesos de ajuste y reformas estructurales como las que están sucediendo en América Latina? ¿Cómo combinar las reivindicaciones específicas de género y de ciudadanía diferenciada en contextos de desigualdad y exclusión social?'

Precisamente, al tratarse de procesos de transformación económico-social, lo deseable sería no 'asimilar' con ello a mujeres y hombres sino, por el contrario, enfatizar los problemas derivados de las diferentes oportunidades que las personas tienen para integrarse como miembros plenos de la sociedad. El punto central radica no solo en ampliar las garantías constitucionales y la incorporación de tratados internacionales -muy necesarios por cierto- sino también en asegurar el goce efectivo de los derechos como ciudadanas, con que cuentan las mujeres.

En relación con la problemática de la mujer en general, existe un uso impreciso y muchas veces una confusión, entre los conceptos de 'sexo' y de 'género'. El concepto de 'sexo' remite a las diferencias anatómicas y fisiológicas entre el hombre y la mujer (macho y hembra en la especie humana), mientras que 'género' se refiere a la construcción social desigual basada en la existencia de jerarquías entre ambos sexos y a las consiguientes relaciones asimétricas de poder que se generan a partir de allí. Esta última diferenciación no es sólo conceptual sino que tiene efectos políticos, sociales y culturales. Es decir, el género hace referencia a todos aquellos atributos y roles sociales cambiantes (el sexo, por el contrario, es estático) que una sociedad le asigna a lo 'femenino' y a lo 'masculino'. La perspectiva de género busca separar la idea de 'mujer' o de 'hombre' para evidenciar las múltiples posiciones que los sujetos sociales pueden ocupar (Pautassi 2000).

Por ello, no se puede circunscribir el análisis del impacto de un proceso de tanta magnitud como los que están sucediendo en América Latina sin tener en cuenta las situaciones de dependencia, subordinación e injusticia que se verifican como resultado del modo en que está organizada actualmente la sociedad. Estas situaciones no solo afectan a las mujeres, sino también a grandes grupos de población que son considerados como pobres, a los ancianos/as, niños/as, discapacitados, etc.

Si algo caracteriza al tratamiento de la problemática de la mujer en estos tiempos es por una parte, la ausencia de consideración del tema o por el contrario, su utilización con fines políticos. Es decir que, en cierta medida, se potencian los factores que producen situaciones de discriminación y la reproducen, y se declama que es una situación de corto plazo, que sólo afecta a una minoría dentro del colectivo femenino, y que puede resolverse con buenas técnicas de administración y con el 'esfuerzo' de las interesadas. Así, las mujeres terminan siendo el objeto o específicamente, la razón de ser de muchos programas sociales, que no están precisamente preocupados en lograr una mayor autonomía de las mujeres frente a las situaciones de discriminación sino por el contrario, al tratarse de su 'población-objetivo', se busca que dicha situación persista, en tanto justifica la cantidad de recursos técnicos y económicos que se destinan a tal fin.

Esta visión busca concentrar la atención en la descripción minuciosa de las características del colectivo femenino, y particularmente de las mujeres pobres quienes, al igual que todos los pobres, conforman una 'especie' diferente con respecto al resto de la ciudadanía²². ¿Cuántas mujeres hay? ¿Cómo es su situación laboral y familiar? ¿Cómo viven? ¿Por qué no pueden disfrutar de los beneficios de la vida en sociedad? ¿Existe discriminación real o es solo una 'victimización'?

La ausencia del abordaje de las políticas públicas desde una perspectiva de género explica el fracaso e ineficacia de las actuales estrategias políticas que sólo se preocupan por perfeccionar los métodos para detectar y clasificar las carencias de las mujeres, sus dificultades de inserción, y no se parte precisamente del presupuesto de la existencia de una estructura de poder diferenciada que genere relaciones asimétricas.

Nuevamente pretendo resaltar que las políticas y programas que hoy se presentan como de 'promoción' de la mujer no sólo que no 'promocionan' mejores oportunidades, sino que consolidan perversamente la situación discriminatoria preexistente y reducen aún más, las posibilidades de su desarrollo autónomo. En realidad, se trata de políticas 'contra' la discriminación femenina, que en forma similar a las políticas de lucha 'contra' la pobreza, no buscan la superación del problema y la efectiva inserción de la mujer -o de los pobres- en iguales condiciones, sino que limitan el problema a un espacio social determinado y codificado, de manera que se amplíen los márgenes de tolerancia y se evita así la alteración del normal funcionamiento de la sociedad.

Igualdad de derechos y desigualdad de oportunidades

A lo largo del análisis aquí desarrollado se pudo comprobar que la conquista de los derechos de ciudadanía para las mujeres, entendida como su alcance efectivo, no solo que no está asegurada sino que presenta serias limitaciones.

22 Para una discusión amplia sobre las políticas 'contra' de la pobreza, véase Lo Vuolo et al. (1999).

En primer lugar, las premisas que sustentaron la construcción de particulares tipos de Estados de Bienestar en América Latina, ya no son válidas. No solo porque el modelo de desarrollo económico que las sustentaba no tiene vigencia, sino porque los patrones de producción y comercialización han cambiado, ha crecido el sector servicios, como también las esferas de informalidad y el propio rol del Estado. Los arreglos familiares y sociales también han variado: la familia tradicional, basada en los ingresos de un jefe de familia varón, ya no es la regla. Las modalidades de vida están cambiando y diversificándose y la presencia de movimientos sociales como el feminismo o el ecologismo, han puesto en discusión este modelo de interrelación social.

A ello debe agregarse el dramático crecimiento de las desigualdades entre los diversos niveles de ingresos y la exclusión del empleo asalariado. La lucha contra el desempleo ha pasado a constituirse en uno de los objetivos centrales de este arreglo institucional. Es decir que la proporción de personas empleadas ha crecido por ciclos, casi en la misma proporción de crecimiento que presenta la gente desempleada. Incluso más, el nuevo escenario posreforma muestra a las sociedades latinoamericanas en las cuales:

- Aumenta sostenidamente la participación económica femenina;
- el desempleo tiene características estructurales;
- la relación laboral se ha 'precarizado' y es cada vez más inestable, al igual que la protección social;
- avanzan los arreglos familiares diferentes al hogar nuclear y cambian también los patrones reproductivos.

Lo señalado hasta aquí da cuenta de la persistencia de las situaciones de discriminación en el acceso al mercado de trabajo para las mujeres. Quedan muchas otras situaciones de discriminación que, por razones de espacio, no ha sido posible señalar. Allí radica la necesidad e importancia de considerar la variable género en el análisis de los procesos sociales. Todos estos factores, sumados a una fuerte voluntad política, han conducido a la revisión del modelo de sistema de seguridad social. Queda la pregunta, ¿bajo qué valores se realizaron las reformas y cuál es la discusión de la ciudadanía en el nuevo modelo de Estado latinoamericano?

En consecuencia, ante este escenario de tipo excluyente resulta indispensable entablar nuevas discusiones en torno al alcance efectivo de los derechos sociales para los ciudadanos en general, y para las mujeres en particular. En otros términos, cualquier proceso de reforma de instituciones sociales, y con mayor razón si se trata de la nueva definición del Estado, debe hacerse en el marco de un debate público y participativo de todos los ciudadanos/as, para que puedan expresar sus demandas en torno a las políticas e instituciones reformadas.

Otra vez, las demandas y necesidades diferenciales de las mujeres deben ser consideradas en todo su alcance, ya que no solo importa su calidad de miembros

de la sociedad, sino cómo disfrutan de tal derecho. Por ello, la participación social es una forma indispensable en el ejercicio de la ciudadanía, constituye un bien en sí misma, no depende de si se la ejercita o no. Se trata de lograr medidas y acciones de gobierno que promuevan efectivamente la autonomía y las capacidades personales como también de fortalecer el ejercicio de las libertades personales y democráticas.

Lo anterior tiene consecuencias claras para la situación de la mujer en América Latina. Quiero decir que la cuestión central ya no gira en torno a si las mujeres utilizan activamente al Estado para promover asuntos concernientes a sus reclamos, sino si este sector de la sociedad puede valerse todavía del Estado para defender los logros alcanzados tan imperfectamente. La necesidad de defender las conquistas adquiridas ante una embestida 'neoconservadora', debería generar una urgencia sin precedentes en las demandas políticas, tanto de los grupos 'deslegitimados' -en este caso las mujeres-, como también por parte de los representantes políticos y sociales. Salvo acciones aisladas y puntuales, no se han emprendido mayores acciones reivindicativas.

No desconozco en absoluto las importantes reformas institucionales efectuadas durante el proceso de consolidación democrática en varios países latinoamericanos. Me refiero concretamente a la creación de agencias especializadas en temas específicos de género, compromisos estatales con planes de igualdad de oportunidades y una fuerte interrelación entre Estado y organizaciones civiles. En todas ellas la presencia del movimiento de mujeres fue clave para las innovaciones institucionales que se han realizado. El impacto en cada uno de los países latinoamericanos fue diferenciado, algunos con mayores logros que otros, pero en todo caso lo importante es el cambio en las formas de participación en la esfera pública.

No obstante, voy a resaltar una vez más, la necesidad y la urgencia de entablar nuevas discusiones sobre los conceptos básicos como los de ciudadanía y género, para no dejar que suceda -lo que de hecho está sucediendo- que el género sea selectivamente apropiado por los organismos internacionales y por algunas burocracias nacionales, al punto que ya la categoría género no se asocie con las reivindicaciones feministas, o que sea 'despolitizado' o tergiversado en su contenido.

Me refiero concretamente a que al desmantelarse en la mayoría de los países, aquellos componentes de tipo universalista de las políticas sociales, se los reemplazó por componentes de tipo residual o liberal, con lo cual la mujer (al igual que los hombres) ya no tiene acceso 'indiferenciado' a instituciones como la salud y la educación públicas, sino que tiene que empezar a calificar como destinataria de una asistencia basada en su 'insuficiencia de medios'.

En consecuencia, se diseñan 'programas para mujeres' o se incorpora a las mujeres en otro tipo de programas sociales vigentes, con una fuerte estrategia publicitaria de 'incremento de participación femenina'. Por cierto, resulta poco estimulante para las mujeres que el aumento de su participación se dé a partir del trabajo doméstico o del crecimiento del sector informal. Después de todo, si la tendencia a la

mejora de las mujeres es tan evidente, ¿por qué se diseñan tantos programas especiales para ellas? La realidad es otra: las mujeres siguen siendo fuerza de trabajo barata, cuyos derechos son fáciles de postergar.

Queda claro que bajo ningún aspecto resulta razonable circunscribir el análisis de las políticas que afectan a las mujeres sólo a aquellos programas asistenciales que buscan hacer blanco en un determinado grupo de personas definidas como en 'situación de riesgo'. Más que por estos programas, la discriminación de la mujer se ve afectada por el tipo de régimen de Estado de Bienestar que prima en una sociedad y que define la forma en que las personas son admitidas o expulsadas del conjunto de las instituciones sociales.

Aún reconociendo las potencialidades de las mujeres, especialmente las de sectores populares, y sin desechar los efectos positivos de la solidaridad moral, en este trabajo sostengo que por estos caminos, no se resolverá el problema. Pese a sus esfuerzos individuales y a la proliferación de almas caritativas, las mujeres, los pobres, los discapacitados, seguirán inhabilitados para superar su situación si no se construyen instituciones que garanticen su inserción y su participación de forma permanente en los beneficios de la organización social. La discriminación por género, en realidad, es una de las tantas expresiones de un problema más complejo: los modos de inserción social de las personas y las formas en que se mantiene la cohesión en sociedades profundamente desiguales.

Las evidencias son contundentes. La discriminación por género es menor allí donde el sistema de políticas públicas está organizado sobre la base de instituciones de acceso más universal y donde, en general, puede verificarse una fuerte relación entre participación de la mujer en el mercado de trabajo y crecimiento de la fecundidad, en tanto se disponga de servicios sociales y de una legislación laboral generosa, vinculada a las licencias por maternidad, como en el caso de los países escandinavos. Por lo tanto, el problema no es meramente de asignación de recursos hacia programas asistenciales sino del modo de funcionamiento del régimen del Estado de Bienestar y el fortalecimiento de las capacidades de las personas y su autonomía. Cuando se atiende a los objetivos de las políticas y programas sociales, los valores fundamentales que deberían adoptarse como parámetros de evaluación se refieren a la promoción de la igualdad, la equidad en el tratamiento de las características personales y la racionalidad económica.

Los individuos pueden desarrollar sus capacidades en sociedad sólo cuando tienen aseguradas ciertas condiciones básicas de existencia autónoma y no cuando dependen de la voluntad asistencial o de algún programa de 'promoción social'. Es evidente que ya no se busca garantizar sus derechos como ciudadanas, sino que se implementa un 'programa para'. De esta manera se desdibuja el contenido de los derechos sociales. Esta calidad de 'beneficiaria' y no de ciudadana, va a establecer una nueva definición política y cultural de los papeles productivos y reproductivos de la mujer.

Así, los programas de empleo, capacitación para primer empleo, etc. colocan

a la mujer como 'dependiente' de un subsidio del gobierno. Todo esto se realiza en nombre de la 'independencia' y 'mayor autonomía de la mujer', aunque en los hechos se la oriente hacia una inserción en el mercado de trabajo como 'microempresaria' o en el sector servicios. De esta forma, se adhiere a las mujeres a la igualdad, se incorporan derechos constitucionales y pactos contra la discriminación, pero en los hechos, las oportunidades se distribuyen de forma no equitativa y de acuerdo a diferencias que se basan en el sexo, la raza o el ingreso.

La pregunta central entonces, radica en cómo deben garantizarse esas condiciones básicas de existencia autónoma. En primer lugar, considero que no hay forma de luchar efectivamente contra la discriminación si no se construyen redes de seguridad social universales que tengan sus impactos más potentes sobre los grupos sociales menos autónomos. Entre otras cosas, esto se lograría incluyendo a las mujeres en arreglos institucionales que den cuenta de los problemas de inseguridad social y precariedad laboral que afectan a la mayor parte de la población. La salida no está en acciones aisladas que busquen alivios transitorios de daños que son irreparables, sino en políticas estables que generen las condiciones necesarias para que las personas no transiten trayectorias que las lleven a la marginación y exclusión. Estas redes deberían funcionar de forma permanente y garantizarse desde el nacimiento de cada ciudadano/a.

Lo anterior adquiere mayor relevancia al considerar (además de las fuentes de discriminación del Derecho, incluido el Derecho Social), aquellas que se generan por las distintas oportunidades de obtener un ingreso. El comportamiento del mercado de trabajo es una puerta de entrada ineludible para este problema, en donde el tratamiento de la mujer se mueve entre normas 'protectoras' (principalmente para proteger la maternidad), la inhibición de la discriminación por razón de sexo, y normas de aplicación general. A esto debe sumarse el trabajo no remunerado que, sin dudas, es el que ocupa la mayor parte del tiempo productivo de las mujeres.

La seguridad social y la equidad, en tanto objetivos rectores en materia de política social, implican necesariamente un conjunto de políticas y acciones integradas de carácter preventivo, que no reaccionen simplemente frente a situaciones extraordinarias de emergencia, y especialmente, que no representen paliativos de la marginación y de las desigualdades provocadas por una política económica que impacta sobre la población. Por ello, resulta fundamental la participación ciudadana por medio de los canales institucionales establecidos, para garantizar políticas e instituciones acordes con las necesidades de la población. En otros términos, se debe evitar que se sigan aplicando políticas de refuerzo de mecanismos que consideren al trabajo femenino como estrategia de supervivencia, sino que se lo promueva como fuente de desarrollo de capacidades y de participación ciudadana.

Las amplias y variadas expresiones de precariedad laboral y exclusión social que se verifican en América Latina, alertan sobre las tendencias de los ciudadanos/as hacia una mayor incertidumbre con respecto a sus 'oportunidades de vida', como también a un alto riesgo de verse involucrados/as en trayectorias que deriven en una situación de pobreza y marginalidad social. Esta situación es el resultado de muchos

factores, pero especialmente se puede señalar que la inseguridad de las personas deviene de la pérdida de la red de seguridad laboral que tradicionalmente sostenía los derechos económicos y sociales.

Una vez definida la escasa realización de los derechos sociales como ‘problema’, resulta más fácil encontrar cursos de acción. Es decir, que no se debe confundir la falta de aplicación o ausencia de vías de implementación con el problema mismo, ya que de este modo, no se construye ninguna definición y mucho menos una solución. Se pasa a construir un falso problema. Esta falta de claridad en el concepto de los problemas es lo que ha generado innumerables círculos viciosos que impiden articular políticas integrales de seguridad social y volver efectivos los derechos sociales. Se trata, entonces, de abrir nuevos espacios que amplíen los márgenes de actuación de las políticas públicas, y que a su vez, impliquen cambios graduales en la nueva estructura del Estado posreforma, pero que establezcan una clara reversión de las tendencias, en dirección a la consideración de las diferencias de género y ampliar las oportunidades de vida de las mujeres.

Bibliografía

- Bock, G.
 1993 Pobreza femenina, derechos de las madres y Estados de Bienestar (1890-1950), en Duby y Perrot (compiladores) *Historia de las mujeres. El siglo XX, la nueva mujer*. Tomo 10, Madrid: Taurus, pp.15-50.
- Duby y Perrot (compiladores)
 1993 *Historia de las mujeres. El siglo XX, la nueva mujer*. Tomo 10, Madrid: Taurus.
- Espig Andersen, G.
 1990 *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press.
- Ewald, F.
 1986 *L'Etat providence*. Paris: Bernard Grasset.
- FLACSO
 1995 *Mujeres latinoamericanas en cifras. Tomo Comparativo*. Santiago de Chile: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Fraser, N.
 1994 Die Frauen, die Wohlfahrt und die Politiker Bedürfnisinterpretation, en *Widerspenstige Praktiken. Macht, Diskurs, Geschlecht. Gender Studium*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, pp. 22 a 249.
- Giddens, A.
 1982 *Profiles and Critiques in Social Theory*, Berkeley: University of California Press.

- Habermas, J.
1994 Citizenship and National Identity, en Van Steenberg, B. (Editor) *The Condition of Citizenship*. London: Sage Publications, pp. 20-35.
- Held, D.
1997 Ciudadanía y Autonomía. *Ágora* 7: 43-72.
- Jelin, E.
1997 Igualdad y diferencia: dilema de la ciudadanía de las mujeres en América Latina. *Ágora* 7: 189-214.
- Kymlicka, W. y W. Norman
1994 Return of the Citizen. A survey of Recent Work on Citizenship Theory. *Ethics* 104: 352-381.
- Kymlicka, W.
1996 *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona, Buenos Aires, México: Ed. Paidós, pp.239-262.
- Lefaucheur, N.
1993 Maternidad, familia, Estado, en Duby y Perrot (compiladores) *Historia de las mujeres. El siglo XX, la nueva mujer*. Tomo 10, Madrid: Taurus, pp. 59-79.
- Lo Vuolo, R. , A. Barbeito, L. Pautassi y C. Rodríguez Enríquez.
1999 *La pobreza de las políticas contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP/Miño y Dávila.
- Lo Vuolo, R. y L . Pautassi.
1997 Del trabajo a la casa... a seguir trabajando. La discriminación por género frente a los cambios en el mercado de trabajo, en *Mujeres en los 90*. Buenos Aires: Centro Municipal de la Mujer de Vicente López. Vol. II.
- Marques Pereira, J.
1996 Ajuste, régimen político y regulación económica. Una comparación entre Brasil y México, en Peñalva y Rofman (compiladores) *Desempleo Estructural, Pobreza y Precariedad*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Marshall, T.H. y Bottomore, T.
1996 *Citizenship and Social Class*. London y Chicago: Pluto Classic.
- Miller, D.
1997 Ciudadanía y Pluralismo. *Ágora* 7: 73-98.
- Mouffe, Ch.
1999 *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*. Barcelona, Buenos Aires, México: Ed. Paidós.
- Nordli Hansen, M.
1995 *Sex segregation and the welfare state*. Oslo: Institut for Social Research Report 95:2.

- O'Donnell, G.
1992 *Delegative Democracy*, The Helen Kellogg Institute for International Studies, (Working Paper # 172) University of Notre Dame.
- Offe, C.
1995 Un diseño no productivista para políticas sociales, en R. Lo Vuolo (compilador) *Contra la Exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*. Buenos Aires: CIEPP/Miño y Dávila.
- Offe, C. y U. Preuss
1991: Democratic Institutions and Moral Resources, en Held, D. (Hrsg.) *Political Theory Today*. Cambridge, Polity Press, 143-171.
- Pateman, C.
1989 *The Disorder of Women*. Cambridge: Polity Press.
- Pautassi, L.
1995 ¿Primero las damas..? La situación de la mujer frente a la propuesta del ingreso ciudadano, en R. Lo Vuolo (compilador) *Contra la exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*. Buenos Aires: Ciepp/Miño y Dávila.
2000 El impacto de las reformas estructurales y la nueva legislación laboral sobre la mujer en Argentina, en H. Birgin (compiladora) *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: CEADEL (en prensa).
- Phillips, A.
1996 *Género y Teoría Democrática*. México: UNAM, pp: 13-65; 145-164
- Preuss, U.
1996 Two Challenges to European Citizenship. Oxford: *Political Studies Association*.
- Przeworski, A.
1991 *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge University Press.
- Rosales, J. y J. Rubio Carracedo
1996 Hacia una ciudadanía compleja: Comunidad Política, Identidades Colectivas y los límites de la integración. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Vol 82/96: 508- 524.
- Sineau, M.
1993 Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia, en Duby y Perrot (comp.) *Historia de las mujeres. El siglo XX, la nueva mujer*. Tomo 10, Madrid: Taurus, pp.125-152.

- Turner, B. y Hamilton, P.
1994 *Citizenship. Critical concepts*. London: Routledge. T. I-II.
- Titmuss, R.
1974 *Social Policy. An Introduction*. New York: Panthon Books.
- Weber, M.
1992 *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Weir, M. y Skocpol, T.
1993 Las estructuras del Estado: una respuesta keynesiana a la gran depresión. *Zona Abierta*, 63/64: 73-153.
- Young, I.
1990 Polity and Group Difference: a critique of the Ideal of Universal Citizenship, en Sunstein C. (Ed.) *Feminism & Political Theory*. Chicago: The Chicago University Press, pp. 117-142.

**Segunda parte:
Los derechos humanos
de las mujeres ecuatorianas:
escenarios legales de aplicación**

El Código de la Familia: retos para la vigencia de los derechos de las mujeres

Anunziata Valdez*

El Código de la Familia presenta toda una serie de cambios, pues transforma la estructura actual del Código Civil. Introduce el sistema oral; la mediación previa; abrevia los procesos; establece además de los jueces de familia, equipos multidisciplinarios de apoyo a los jueces de familia, e implementa un procedimiento muy ágil y sencillo. Sin embargo, me interesa destacar otro elemento que consiste en la forma en que este nuevo Código de Familia trata de eliminar todas las estructuras patriarcales de nuestra legislación, específicamente en el Código Civil.

Como todas y todos sabemos, es al interior de la familia donde más reforzados se encuentran los conceptos y las estructuras patriarcales. Este nuevo Código se orienta en su totalidad, al cambio de esta situación.

Los aspectos que más interesan innovar en este sentido, son las concepciones de familia, de la forma de administrar los bienes, de las relaciones materno y paterno filiales, del reconocimiento de los derechos de la persona que ejerce las tareas domésticas dentro del hogar, de los procesos de liquidación de bienes, del uso de la vivienda familiar, etc.

Sin embargo, pretendo ser más específica y concreta, razón por la cual he traído un documento en el que se explicitan los elementos más importantes que se incluyen en este Código, en torno a lo que se ha denominado ‘enfoque de género del Código de Familia’.

En primer lugar, se aplica un lenguaje sin sesgo de género. Todos los términos utilizados en el nuevo Código visualizan lo femenino, es decir se hace referencia al padre o madre, hijo o hija; no se encuentran términos que ignoren a la mujer.

En lo que se refiere a la llamada ‘potestad de los padres’ el término ha sido cambiado por el de ‘potestad parental’ para englobar en un solo término al padre y a la madre y no invisibilizar a la mujer. El Código establece que el padre y la ma-

* Presidenta de la Comisión Legislativa Permanente de la Mujer, el Niño, la Juventud y la Familia del Congreso Nacional.

dre comparten responsabilidades en el gobierno, mantenimiento y tareas del hogar y en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas. Se especifica por tanto, que la responsabilidad en todos los aspectos, incluidas las actividades del hogar, recae sobre el padre, la madre y todo el grupo familiar.

Existe una distinción en el caso de la madre. Ella recibirá protección especial por parte del Estado para el desarrollo de sus derechos laborales, políticos y de participación política; su práctica no será objeto de discriminación en lo referente al reconocimiento y ejercicio de sus derechos familiares.

Cabe mencionar que en el nuevo Código, la estructura familiar o los fines del matrimonio no se orientan sólo hacia la procreación, sino más bien hacia el desarrollo de cada uno de los cónyuges y de quienes integran el grupo familiar. Por ese motivo, hay toda una serie de artículos que protegen el derecho que tiene cualquiera de los dos cónyuges -hombre o mujer- de llevar una vida activa fuera del hogar y la obligación que tiene su pareja de apoyar y propiciar esa participación.

Protección especial para las mujeres jefas de hogar

Quien ejerza la jefatura del hogar tendrá derecho a la protección especial, que se expresará en el acceso a los beneficios de la seguridad social; el respeto a sus derechos reproductivos; el mejoramiento de sus horarios, licencias, permisos y más condiciones de trabajo en los sectores público y privado.

En lo que respecta a la valoración productiva del trabajo doméstico, que es otro principio constitucional, se señala que se reconoce el valor económico del trabajo doméstico no remunerado, y se establece -para que no se convierta en mera declaración teórica- lo siguiente:

quien hará esta valoración será el juez de familia, para lo cual tomará en cuenta el tiempo que destina para el efecto la persona que la reclama, las dificultades que presenta dicho trabajo, las limitaciones que implica para su desarrollo personal, los ingresos económicos de los otros miembros de la familia y la colaboración efectiva de estos últimos en las actividades del hogar.

Esta valoración será obligatoria en los casos de divorcio, liquidación de bienes y asistencia económica. Será un elemento que deberá tomarse en cuenta adicionalmente, para todos los asuntos que tienen que ver con liquidación de bienes y pensión económica. En el proyecto también se establece que mientras no se entreguen la totalidad de la 'comunidad de bienes' -antes conocida como 'sociedad conyugal'- se fijará una pensión alimenticia para la mujer.

Equidad de género

Esta figura regula todos los intereses y obligaciones con perspectiva de género. En lo que respecta a la unión de hecho, establecida actualmente en dos años, se la disminuye a uno; y cuando la pareja formaliza su unión mediante escritura pública, acta notarial o documento reconocido judicialmente, se produce el efecto de formalización.

El matrimonio otorga derechos personales. Se fundamenta en la igualdad de derechos, de responsabilidades, capacidad legal y oportunidades para ambos cónyuges. El cónyuge que tiene a su cargo las actividades del hogar está en el derecho de recibir por parte de la pareja, hasta el 50% de sus ingresos efectivos mensuales, para que disponga así con seguridad y regularidad de los recursos que le permitan organizar adecuadamente dichas actividades, en especial la crianza y educación de los hijos que aún no hubieran cumplido 18 años de edad. No significa que el cónyuge tenga que aportar solo con el 50%, sino que señala la obligatoriedad existente en cuanto a la entrega directa del dinero, para que en este caso, la mujer pueda hacer uso de ese valor en las necesidades de mayor urgencia.

Corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos

El cuidado y crianza de los hijos comunes constituye una responsabilidad compartida por el padre y por la madre, quienes destinarán a este efecto todo el tiempo y la dedicación necesarios, sin perjuicio de las exigencias de las actividades productivas y de desarrollo personal que cada uno desempeñe fuera del hogar. Igual responsabilidad les corresponde con respecto a los hijos de uno de ellos que habiten en el hogar familiar. Se insiste constantemente en el desarrollo personal como un derecho que tienen ambos cónyuges, dentro del matrimonio o de la unión de hecho.

Corresponsabilidad en el gobierno y sostenimiento del hogar familiar

Marido y mujer comparten responsabilidades en el gobierno y sostenimiento del hogar común y en la ejecución de las actividades domésticas, de tal manera que cada uno puede actuar con independencia e igualdad de oportunidades y derechos; puede acceder en igualdad de condiciones al conocimiento, a la capacitación y al ejercicio de su oficio o actividad económica. Se pone mucho énfasis en este principio, porque es uno de los aspectos menos reconocidos en la estructura patriarcal actual.

Subsistencia de derechos, deberes y obligaciones en caso de separación

La separación de los cónyuges mantiene subsistentes los derechos y deberes relacionados con consideraciones de asistencia, corresponsabilidad en la crianza y educación de las hijas e hijos y sostenimiento del hogar familiar.

Sanciones

Con miras a que todas estas propuestas no queden en simples declaraciones, como siempre ha ocurrido, aquí se establecen sanciones por incumplimiento, sin perjuicio de otras contempladas en la ley. De lo acordado por marido y mujer sobre la materia, y del resarcimiento de perjuicio que proceda según las reglas generales, el cónyuge que viole cualquiera de los derechos, deberes y responsabilidades regulados en este título, será sancionado con el pago de una multa equivalente a medio UVC (Unidad de Valor Constante) por cada día o fracción que transcurra en incumplimiento, luego del requerimiento que le haga el juez de familia por solicitud del otro cónyuge, por cualquiera de los derechos vulnerados. Se contempla en este caso, el impedimento del desarrollo personal de la pareja, de su capacitación o el incumplimiento de cualquiera de los derechos que se reconocen.

Es muy importante así mismo, el régimen de bienes. En el sistema actual, consiste en el régimen de 'sociedad conyugal' y se establece que si quienes vayan a contraer matrimonio no manifiestan expresamente qué otro régimen escogen, queda entendido que optaron por el de sociedad conyugal y, por tanto, quien administre los bienes será el marido. Es conocido que prácticamente nadie escoge otro régimen, pues en el momento de casarse, pocos piensan en este aspecto, y por lo tanto en la práctica, quien administra la sociedad conyugal es el marido.

El nuevo Código establece un sistema de comunidad de bienes con administración conjunta, es decir que para ejercer actos de disposición de bienes salvo aquellos de uso diario -menaje de hogar y artículos de poco valor- es indispensable la participación de ambos cónyuges, y en los que requieren administración, ésta puede ser ejercida libremente por cualquiera de los dos.

Existe una protección especial para la vivienda y las parcelas familiares. El inmueble urbano destinado a la habitación familiar no es enajenable. Si es el único con que cuenta la familia para el efecto, ninguno de los cónyuges puede disponer de él o gravarlo -así sea parte de su patrimonio personal- sin autorización del otro; esta misma protección se aplica a los predios rurales de hasta dos hectáreas.

Es importante enfatizar en el siguiente aspecto: las personas vinculadas por varias uniones de hecho -en nuestra sociedad lamentablemente, hay ocasiones en las que por lo general el hombre, aunque no esté casado, tiene más de una mujer- se establecen protecciones con base en los años de duración de ese tipo de relaciones.

El divorcio es otro aspecto que se ha incluido en el Código de la Familia. Actualmente, cuando el divorcio no se da por mutuo consentimiento, pasa siempre por la culpabilidad del otro. Es indispensable demostrar que el otro es culpable, que es malo y que el bueno es el que demanda. Si alguien establece una demanda contra su cónyuge por injurias, y si el cónyuge también prueba haber sido injuriado por su pareja, el proceso de divorcio se detiene; son necesarios un culpable y un inocente y eso en la práctica lo único que provoca es la agudización de las tensiones. Muchas veces los hijos son utilizados como una forma de presión y chantaje. Sin hablar de testigos falsos, muchas veces es necesario inventar causales.

Por eso, el nuevo Código propone que para el divorcio se presente solamente la decisión unilateral, una vez que el matrimonio haya cumplido por lo menos dos años; entonces, por solicitud de cualquiera de los cónyuges que manifieste que el matrimonio ha perdido sentido y valor para él o para ella, se daría el divorcio, pero con una variante: el mismo momento en que se da el divorcio, se liquida la sociedad conyugal o la comunidad de bienes. Es decir que no sucede lo que ha ocurrido casi siempre, que la mujer queda desamparada. En la nueva propuesta, el divorcio no llega a consumarse si al mismo tiempo no se verifica la liquidación y adjudicación de bienes.

En lo que se refiere a la vivienda familiar, se establece que el uso de ese inmueble, aunque pertenezca a uno de los cónyuges, se le entregará a aquel que se encuentre en desventaja o que tenga los hijos a su cuidado. Si no existen hijos que estén bajo el cuidado y si no hay acuerdo entre las partes, salvo que un miembro de la pareja padezca de alguna enfermedad grave o pertenezca a la tercera edad, en ese caso se preferirá a cualquiera de los dos que atraviese una situación grave por cualquier causa. Si no se ejerce alguno de estos hechos en igualdad de condiciones, el inmueble se atribuirá a la mujer.

También en las relaciones entre los padres se establecen normas para proteger a los hijos e hijas que son procreados fuera del matrimonio, porque sabemos que dentro del matrimonio existe la presunción de paternidad. En esos casos se establece que quien se niega a una prueba biológica, reconoce su paternidad con esta actitud. Es decir que se otorga mayor protección a los hijos e hijas que no han nacido de relaciones matrimoniales establecidas.

En cuanto a la prestación de asistencia económica, ésta se obliga desde el momento en que se presenta la demanda y se la fijará de acuerdo a las necesidades del beneficiario, no solamente en lo que tiene que ver con alimentación, salud, vestuario y vivienda, sino también en lo relacionado con la cultura, recreación y deportes, tomando en cuenta los ingresos ordinarios y extraordinarios.

Si se logra la aprobación de este Código, indudablemente vamos a tener en el Ecuador un instrumento que nos permita cambiar las estructuras actuales de a poco, no totalmente, porque la ley no tiene esa fuerza y porque para cambiar toda un orden patriarcal, existen muchos otros elementos en juego.

La ley es uno de los aspectos que más refuerza los sistemas patriarcales y por lo tanto, es necesario cambiar un sistema por otro que realmente promueva el desarrollo de los cónyuges, que facilite la unión y también la terminación de esa unión cuando ya no cumpla con sus objetivos; que posibilite asimismo el reconocimiento de los derechos de la mujer en cuanto a las labores domésticas, al uso de la vivienda o a los alimentos. Todos estos aspectos van a contribuir a fomentar el tipo de relaciones familiares a las que nosotras, las mujeres, aspiramos en el Ecuador.

Escenarios de aplicación de los derechos humanos de las mujeres en el Ecuador: visión crítica del nuevo Código de Procedimiento Penal

Alejandra Cantos M.*

Desde el inicio de las más elementales formas de democracia y organización social, elaborar leyes que beneficien a las mujeres, ha sido más cuestión de 'honor y resistencia' que de un justo reconocimiento a los derechos de esa 'otra mitad' que ha luchado porque los espacios conquistados se legitimen hacia dentro, con el fortalecimiento de la militancia, y, hacia fuera, en la comunidad, para que ese trabajo se vigore con leyes que garanticen que esos derechos, necesidades y reconocimiento sean respetados de manera efectiva.

La década de los 90, tuvo sin duda, logros significativos para las mujeres, pese a las dificultades que se debieron enfrentar: un Congreso cuestionado y estigmatizado por la corrupción; escuálido y desarticulado; fraccionado entre la derecha y el populismo. La presencia de mujeres parlamentarias fue mínima, aspecto que además, fue irrelevante; no se contaba, sino hasta hace poco, con la 'Comisión de la Mujer, El Niño, la Juventud y la Familia', como Comisión Legislativa Permanente. Pese a todo lo mencionado, se evidenció la presencia de un movimiento de mujeres -más que cohesionado y fortalecido- atrevido. A veces si se quiere incrédulo, pero con una clara visión de que se vivía el momento histórico para asumir los nuevos retos.

Así, se consiguió la aprobación de la Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia; las reformas de julio de 1998 al Código Penal, que modifican sustancialmente el tipo penal de la violación, la violación agravada, el acoso sexual, el proxenetismo y la corrupción de menores, entre otros. La despenalización de las prácticas homosexuales; la Ley de Maternidad Gratuita y su reglamento; la Ley de Amparo Laboral de la Mujer (las mujeres no son las únicas responsables en la formulación de esta Ley, sin embargo, es de justicia reconocer que el Congreso de 1997 recogió las iniciativas de los talleres convocados por la Coordinadora Política de

* Doctora en Jurisprudencia. Vicepresidenta de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Participa activamente en la Coordinadora Política de las Mujeres.

Mujeres con esta finalidad. Estos talleres fueron realizados en la ciudad de Quito, con juezas y abogadas de todo el país, y cuyo último borrador fue revisado en diciembre de 1996). La Nueva Constitución Política de la República, y poco antes de entrar en el tercer milenio, el Nuevo Código de Procedimiento Penal.

En la aprobación de este nuevo cuerpo legal, existen varios interrogantes que nos deben llevar a reflexionar acerca del rol que juega el movimiento de mujeres en el trabajo que desempeña desde el interior del Congreso y, con méritos, la Comisión de la Mujer. Y es que no existió en ningún momento del proceso, una coordinación adecuada que permitiera a la Comisión y a las mujeres buscar las vías de negociación más eficaces.

Primer logro

Se consiguió básicamente que se respete el derecho de las ‘víctimas’, en la misma medida que se lo hace con el derecho del ‘imputado’ (Art. 1: relativo al juicio previo; Art. 15, relativo a la igualdad de derechos), pues el nuevo Código de Procedimiento Penal tiene un eje transversal que lo constituye en el principio *indubio pro reo* que inicialmente dejaba en clara desventaja a las víctimas, al asumir desde el artículo 70, que éstas sólo tenían derecho a: “intervenir en el proceso” y a “ser informadas del resultado final del proceso, aun cuando no hayan intervenido en él”.

Segundo logro

Se consiguió que cuando el imputado no entienda el idioma español, pueda designar un traductor; y si no lo hiciera, el Fiscal o Tribunal lo nombrará de oficio, y el Estado cubrirá los costos (Art. 14: “Del traductor”).

De acuerdo con la garantía prevista en el Art. 24, numeral 12 de la Constitución Política, ésta es una de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa que tienen las personas.

Tercer logro

La propuesta inicial hace una selección en el Artículo 35, de los delitos que por la nueva estructura de este Código, serán juzgados como “delitos de instancia particular”. Entre ellos constaban la “violación sexual” y “las lesiones que produzcan una incapacidad para el trabajo de hasta 90 días.” (Art. 35).

Con antelación a que la propuesta ingresara a un segundo debate, la Comisión de lo Civil y Penal acogió la posición de las mujeres, en torno a que estos de-

litos debían mantenerse como “delitos pesquizables de oficio”. El Consejo Nacional de las Mujeres tuvo una participación decisiva y muy importante en esta gestión, así como en las anteriores y posteriores.

Cuarto logro

El derecho a no autoincriminarse. La propuesta expresaba que por el respeto que merece el derecho a la defensa, “se reconoce al imputado el derecho a no autoincriminarse”, de manera que no se pueda obtener sin su expreso consentimiento, muestras de “saliva, sangre, orina ni semen”.

El criterio de la Comisión de la Mujer en ese momento, consistía en que la obtención de los fluidos líquidos permitiría al fiscal encontrar las pruebas necesarias que relacionasen directamente al acusado con el hecho materia principal de la indagación, y que si bien el imputado podía negarse, era esa negativa -precisamente- la que daría la pauta para establecer las responsabilidades.

Las mujeres y la Comisión sugirieron que esa negativa, “constituyese una prueba en contra”, posición que no fue acogida por la Comisión de lo Civil y Penal y tampoco por el Pleno. Finalmente, el veto indicaba sin embargo, que: “no se pueden obtener sin su expreso consentimiento muestras de saliva, orina, y semen. Se exceptúa de esta prohibición la sangre.” (Art. 82).

Quinto logro

El destino de la caución. La propuesta consideraba que “hecha efectiva la caución, su monto corresponderá a la Función Judicial”.

Las mujeres planteaban que al hacerse efectiva la caución, su monta correspondería en un 50% a la Función Judicial y, en igual porcentaje, al Ministerio Público. La propuesta se sustentaba en los recursos que desde el Ministerio Público se requerirían, una vez implantado el nuevo sistema.

En principio, se había discutido en torno a que un porcentaje podía quedar en poder de las víctimas, propuesta que no fue aceptada por la Comisión de lo Civil y Penal ni por el Pleno (Art. 185).

Sexto logro

La legalidad de la prueba. La propuesta de las mujeres expresaba que

la prueba sólo tiene ‘valor probatorio’ si se la ha pedido, ordenado, practicado e incorporado al juicio de conformidad con las disposiciones de este Código. No

se podrá utilizar información obtenida con base en la tortura, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad de la persona; tampoco se utilizará la que sea obtenida mediante un agente provocador.

Ante la preocupación por aclarar el término ‘agente provocador’, se realizaron consultas y se determinó que:

para efectos de este Código, se entenderá como ‘agente provocador’ a aquella persona que para sorprender a otra en plena ejecución del delito prepara el ambiente, provoca la realización y pretende luego impedir la consumación del delito.

En el veto presidencial, al final del artículo se indicó que: “tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión de un delito” (Art. 82).

Séptimo logro

La prohibición de recusación. La propuesta pretendía que los peritos no pudieran ser recusados. El planteamiento de las mujeres expresaba que:

los peritos no serán recusados, salvo que el perito fuera cónyuge, ascendiente, descendiente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de una de las partes.

El veto dice: “Los peritos no podrán ser recusados, sin embargo, el informe no tendrá valor alguno, si el perito que lo presentó tuviere motivo de inhabilidad o excusa.” (Art. 96).

Octavo logro

Sobre el contenido del informe pericial. La propuesta buscaba mejorar el numeral tercero, que decía inicialmente: “El tiempo probable transcurrido entre el momento que se cometió la infracción y el de la práctica del reconocimiento”.

La Comisión proponía un texto alternativo que pretendía establecer el ‘nexo causal’ entre el momento en que se cometió la infracción y la práctica del reconocimiento, es decir que se buscaba que los vestigios vincularan directamente al agresor con la infracción cometida. Este espíritu se recogió en el veto que expresa:

Si en el lugar donde se deba realizar la diligencia no hubiera peritos habilitados, el fiscal nombrará personas mayores de edad, de reconocida honradez y probidad, que tengan conocimientos en la materia sobre la que deban informar. Si hubiere peligro de destrucción de huellas o vestigios de cualquier naturaleza, en las personas o en las cosas, los profesionales de medicina, enfermeros o dependientes del establecimiento de salud a donde hubiere concurrido la persona agraviada, tomarán las evidencias inmediatamente y las guardarán hasta que el fiscal y la Policía Judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen.

Los peritos están obligados a comparecer, posesionarse, y a informar en los plazos señalados por el fiscal.

El Consejo Nacional de la Judicatura fijará las escalas de remuneración de los peritos. (Art. 97)

Otras organizaciones de mujeres, habían solicitado considerar la figura de los ‘peritos de oficio’, propuesta que no fue acogida por la Comisión de la Civil y Penal.

Noveno logro

Los jueces especiales. La Comisión de lo Civil y Penal, en el documento de segundo debate, decía: “Las contravenciones militares, policiales, de tránsito o de cualquier otra naturaleza serán juzgadas por los jueces especiales respectivos”.

La Comisión de la Mujer planteó el siguiente texto alternativo:

Jueces especiales.- las contravenciones, militares policiales, o de tránsito, de violencia intrafamiliar, o de cualquier otra naturaleza serán juzgadas por los jueces especiales respectivos.

Este texto fue acogido íntegramente en el veto (Art. 397).

Conclusiones

Estos son los logros contenidos en nueve artículos. Personalmente considero que tanto el movimiento de mujeres como la Comisión de La Mujer, El Niño, la Juventud y la Familia que lideraron nuestros planteamientos deben hacer una reflexión en torno a lo conseguido y a las legítimas expectativas de las mujeres sobre la nueva legislación. Una realidad que en muchas ocasiones no pudimos solventar, radicó en la ausencia de mujeres especialistas en el tema, con cuya presencia se pudo haber mantenido una coordinación adecuada desde la Comisión de la Mujer, con el movimiento de mujeres.

Por otro lado, no contamos con cuadros de mujeres especialistas en derecho Penal y Procesal Penal en la Comisión de Lo Civil y Penal, falencia que se hizo evi-

dente. Estos factores no desmerecen de ninguna manera, el trabajo realizado, ni afectan la imagen sólida que se proyectó hacia fuera; sin embargo, es oportuno que luego de cada proceso como éste se evalúe el trabajo, con el objeto de escribir una memoria digna del esfuerzo realizado, porque seguimos escribiendo la historia, de modo que el rendimiento de cuentas inclusive entre nosotras, sea parte de ese trabajo que de ninguna manera se agota con la publicación del nuevo Código en el Registro Oficial.

No se realizó un estudio de los planteamientos de la Comisión proponente ni en las organizaciones de mujeres. No se contó con una variedad de elementos jurídicos que se pudieran elegir para el desarrollo de textos alternativos, dada la dinámica con la que se trabaja al interior del Congreso. Éste debe ser un imperativo en las nuevas propuestas de reforma.

El principio relativo al *indubio pro reo*, eje transversal del nuevo Código, sigue siendo una ‘Espada de Damocles’ para las víctimas, pese a las negociaciones y logros obtenidos por las mujeres.

Las reformas que se han planteado a la Ley Orgánica del Ministerio Público, han de considerar precisiones básicas para disposiciones que sean fundamentales y cuenten con el perfil de los peritos y el peritaje.

En el Nuevo Código Penal, debe introducirse un capítulo asignado a la violencia intrafamiliar; si el delito es ‘fuente de obligaciones’ y al ser éste un tipo penal, se requiere pensar en su adecuación dentro de la ley sustantiva, pues es necesario dotar de operatividad al Artículo 397, por el cual se crean ‘jueces especiales’ para los casos de violencia intrafamiliar.

Hemos dado un paso más, un paso significativo en este proceso de trabajo a favor de los derechos humanos de nosotras las mujeres:

- En 1970 se reformó el Código Civil, y se suprimieron normas que hacían alusión a la ‘potestad marital’ y a una perversa clasificación de los hijos;
- en 1979, por el impulso de las mujeres, Ecuador suscribió la ‘Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer -CEDAW-’;
- luego, vinieron las reformas de 1982 que institucionalizaron jurídicamente las ‘uniones de hecho’;
- en 1983, la Ley 43 mejoró en el campo civil, algunas Instituciones Jurídicas que modificaron sustancialmente la administración de los bienes adquiridos en sociedad conyugal.

A mi juicio, la década más productiva es la de los 90, por su elevada producción de leyes y reformas legales y otras iniciativas a favor de las mujeres:

- Se inició la reforma al Código del Trabajo con garantías jurídicas para la mujer trabajadora (Art. 135, 130, 154, 155, 136, 157);

- la Ley 103 (1995);
- la Maternidad Gratuita;
- la Ley de Fomento, Apoyo y Protección a la Lactancia Materna;
- las reformas al Código de Menores;
- la Ley de Amparo Laboral de la Mujer;
- la creación de las Comisarías de la Mujer;
- la Oficina de Defensa de los Derechos de la Mujer en la Policía Nacional;
- la Defensoría Adjunta de la Mujer y la Niñez en la Defensoría del Pueblo;
- las reformas al Código Penal (1998);
- las propuestas de las mujeres en la nueva Constitución Política;
- el hecho de tener una instancia en el Congreso Nacional, la Comisión de la Mujer, la Juventud, el Niño y la Familia, que consiste ya en una Comisión Legislativa Especializada Permanente;
- la Comisión de la Mujer en el Municipio;
- la creación del Consejo Nacional de las Mujeres -CONAMU- como organismo autónomo, con su Plan de Igualdad de Oportunidades que es el eje rector de las políticas públicas para mujeres;
- los planteamientos en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, y,
- la reciente reforma a la Ley de Elecciones donde se acogió la propuesta del 30% por la que también habíamos trabajado.

En fin, si es bastante no es suficiente, lo importante es que seguiremos asumiendo retos, y que haremos frente a la historia. Sin duda este milenio ya es nuestro.

Garantías Constitucionales y derechos humanos de las mujeres

María Judith Salgado*

Para el tratamiento del presente tema, considero importante abordar cinco puntos básicos que obviamente, dadas las limitaciones de tiempo, no serán profundizados cuanto requieren. No obstante, pienso que al menos podrán darnos una idea general sobre el vínculo entre Garantías Constitucionales y derechos humanos de las mujeres.

Propongo trabajar los siguientes subtemas:

- La relación entre la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.
- La responsabilidad del Estado en materia de Derechos Humanos.
- Síntesis de los avances en materia de derechos humanos de las mujeres en la Constitución actual.
- Las Garantías Constitucionales: *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Amparo y Defensoría del Pueblo.
- Potencialidades y limitaciones de las Garantías Constitucionales en la defensa y promoción de los derechos humanos de las mujeres.

La relación entre la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos

Respecto de la jerarquía de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el Derecho interno de cada país, la doctrina jurídica ubica básicamente cuatro tendencias. A saber, la 'supraconstitucionalización', el rango constitucional, la 'subconstitucionalidad' y la equiparación legal (Chamorro 1999).

* Doctora en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Superior en Derechos Humanos y Seguridad Democrática de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -FLACSO-. Presidenta de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos -INREDH-

No voy a detallar cada una de estas tendencias, pues para efectos de la presente ponencia lo fundamental es decir que en el caso ecuatoriano nuestra Constitución ha optado por otorgar a los Tratados Internacionales un rango constitucional. Así, el Art. 163 de la Constitución señala:

Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

En otras palabras, en materia de defensa de los Derechos Humanos partimos de una ventaja formal normativa que señala que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen igual valor que la Constitución y prevalecen sobre las leyes internas.

Entonces, instrumentos internacionales tales como la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer -CEDAW-, la Convención de Belem do Para, entre otros, pueden invocarse ante nuestros tribunales nacionales y tienen una jerarquía igual a la Constitución.

La responsabilidad del Estado en materia de Derechos Humanos

Es importante recordar que en materia de Derechos Humanos nuestra Constitución resalta en varios artículos, la obligación del Estado frente a esta temática, así:

Art. 3 Numeral 2:

Son deberes primordiales del Estado:

Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social.

Art. 16:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los Derechos Humanos que garantiza esta Constitución.

Art. 17:

El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los Derechos Humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los deberes de los ciudadanos/as la Constitución en su Art. 97, Numeral 3 señala: "Respetar los Derechos Humanos y luchar porque no se los conculque".

Podemos concluir que definitivamente es el Estado el primer responsable en materia de Derechos Humanos, pero que esto no significa que las personas particulares nos encontremos exentas de respetarlos.

Durante mucho tiempo el movimiento feminista ha tratado de visibilizar las violaciones a los Derechos Humanos cometidas contra las mujeres en el ámbito 'privado', y precisamente desde una visión tradicional y conservadora de la doctrina de los Derechos Humanos, únicamente se podía ubicar al Estado como responsable de las violaciones de estos Derechos; se dejaba de lado a los particulares.

La discusión central que me parece debe ser considerada al momento de tratar sobre la responsabilidad en las violaciones de Derechos Humanos, radica en el elemento de poder que se atraviesa entre la víctima y el victimario. Las relaciones de poder desiguales marcan una condición de mayor vulnerabilidad, y frente a esta realidad no podemos trasladar la responsabilidad únicamente al Estado.

Las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, mestizos/as e indios/as, adultos y niños/as, transnacionales y comunidades marcan permanentes violaciones de los Derechos Humanos.

En este sentido, el Estado es responsable de la violencia doméstica que sufra la mujer, si no la dota de mecanismos efectivos de protección. Es responsable de la discriminación en materia laboral, si no implementa políticas públicas que tiendan a revertir esta situación. Es responsable de la falta de acceso a la educación de una adolescente embarazada que es obligada a salir del colegio.

Esto no significa, en los ejemplos presentados, que el hombre agresor, el/la empleador/a que ejerce discriminación, o el rector del colegio no tengan responsabilidad, pues deben garantizar la sanción por tales actos atentatorios contra los Derechos Humanos.

En suma, si bien el Estado es el responsable de las violaciones de los Derechos Humanos que sus agentes cometan, lo es también por las violaciones de los Derechos Humanos perpetradas por particulares, en razón de su omisión o incluso de su complicidad.

Síntesis de los avances en materia de derechos humanos de las mujeres en la Constitución actual

En primer lugar, quisiera recomendarles revisar el trabajo realizado por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, -CLADEM- Capítulo Ecuador, sobre 'Los Derechos Humanos de la Mujer en la Constitución Política del Ecuador', pues recogen en cinco páginas, las normas constitucionales que se relacionan con los importantes avances logrados en materia de derechos humanos de las mujeres.

No voy a tratar en detalle este punto, sino que simplemente haré mención a los avances más significativos:

- Responsabilidad del Estado de adoptar medidas para prevenir, eliminar y sancionar la violencia contra las mujeres, entre otras formas de violencia.
- Prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas.
- Derecho a la reserva sobre datos de salud y vida sexual.
- Derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual.
- Derecho a denunciar a parientes.
- Igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos y toma de decisiones sobre la administración de los bienes de la sociedad conyugal y la propiedad.
- Incorporación de las mujeres, sin discriminación, al trabajo remunerado.
- Protección especial de derechos laborales y reproductivos.
- Reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado como labor productiva.
- Igualdad de derechos y oportunidades de los integrantes de la familia.
- Apoyo a las mujeres jefas de hogar.
- Igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.
- Equiparación total entre la unión del hecho y el matrimonio.
- Propugnación de paternidad y maternidad responsables y promoción de la corresponsabilidad paterna y materna en derechos y deberes para con los hijos.
- Obligación del Estado de formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que incorporen un enfoque de género, mediante un organismo técnico especializado.
- Cultura por la salud y la vida con énfasis en educación alimentaria y nutricional de madres y niños y en lo referente a la salud sexual y reproductiva.
- Atención prioritaria y preferente entre otras, a mujeres embarazadas y víctimas de violencia doméstica.
- La educación promoverá la equidad de género y desechará todo tipo de discriminación.
- Prohibición de publicidad que promueva la violencia, el sexismo, el racismo y cuanto afecte a la dignidad del ser humano.
- El Estado debe promover y garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres en las elecciones, en los cargos de decisión, en los partidos políticos, etc.
- Reconocimiento de la participación de las mujeres, en un 20%¹, en las listas elaboradas para las elecciones pluripersonales.

1 El Congreso ha aprobado recientemente una cuota del 30% de mujeres para participar en las elecciones.

Las Garantías Constitucionales: *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Amparo y Defensoría del Pueblo

La permanente constatación del abismo existente entre el reconocimiento formal-normativo de los Derechos Humanos y su falta de vigencia sociológica, ha planteado la necesidad de contar con recursos o mecanismos de protección efectivos frente a la vulneración de estos Derechos.

En este sentido, varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos recogen como una de las obligaciones de los Estados, la de poner a disposición de todas las personas un recurso efectivo frente a la violación de sus derechos². Por ejemplo, el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Lo que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conoce como ‘Recurso Efectivo’, en nuestra legislación interna toma el nombre de ‘Garantías Constitucionales’.

¿Qué son las Garantías?

Es importante resaltar que frecuentemente se han confundido como sinónimos los términos derechos y garantías. Existe una clara diferenciación, pues mientras los primeros son aquellas facultades o valores esenciales que tiene cada persona, las garantías son aquellos mecanismos de protección con que cuenta una persona para hacer eficaz el ejercicio de un derecho.

Jurídicamente, garantías son los mecanismos que la ley pone a disposición de la persona para que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos y, por último obtener la reparación cuando son violados (Trujillo 1994: 100).

Esta definición nos parece muy esclarecedora pues evidencia que las ‘garantías de los derechos’ constituyen mecanismos de protección tanto para evitar una violación como para reparar los daños, cuando un derecho se ha visto efectivamente conculcado.

Es importante resaltar que las garantías de protección de los derechos se caracterizan por ser mecanismos rápidos, efectivos y por tener prioridad frente a otro

2 ‘Pacto de Derechos Civiles y Políticos: Art. 2 num. 3, a, b y c’; ‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’: Art. XVIII; ‘Convención Americana de los Derechos Humanos’: Art. 25

tipo de demandas presentadas a los jueces. Estas características resultan obvias, por cuanto se hallan en juego los Derechos Humanos, y éstos no pueden estar sometidos a ritmos burocráticos ni a los aspectos meramente formales.

Los Derechos Humanos sin mecanismos de protección constituyen tan solo 'letra muerta', por esto es tan importante conocer las Garantías Constitucionales como mecanismos de defensa de los Derechos Humanos en general, y de los derechos humanos de las mujeres, en particular.

En el Ecuador existen varios principios constitucionales básicos que han sido contemplados en el Título III, relativo a los Derechos, Garantías y Deberes. Estos principios constituyen un marco que debe ser respetado para el efectivo ejercicio de los derechos consagrados y las garantías establecidas. Así:

- Los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos, firmados y ratificados por el Ecuador, serán directa e inmediatamente aplicables ante cualquier juez, tribunal o autoridad.
- Para la aplicación de los derechos y garantías, el juez, tribunal o autoridad los aplicará de la manera que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- Ninguna autoridad podrá exigir requisitos no determinados en la Constitución y la ley para aplicar estos derechos en favor de los/as ciudadanos/as.
- No se podrá alegar falta de ley para justificar la violación de un derecho, desoír una acción, o negar el reconocimiento de un derecho.
- La ley no puede restringir el ejercicio de derechos y garantías.
- Los derechos y garantías reconocidos no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona, necesarios para su desenvolvimiento moral y material.

Entre las Garantías Constitucionales encontramos el *Habeas Corpus* que se encuentra incorporado en nuestra Constitución desde 1929. Desde 1996, se recogen otras garantías de derechos como son: el Amparo, el *Habeas Data* y la Defensoría del Pueblo.

El Habeas Corpus

Esta Garantía Constitucional protege el derecho a la libertad frente a las detenciones ilegales y arbitrarias. Su ejercicio se encuentra regulado en el Art. 93 de la Constitución; en los Art. 30 a 33 de la Ley de Control Constitucional y en los Art. 74, 82, 83 y 84 de la Ley de Régimen Municipal.

El *Habeas Corpus* debe ser presentado ante el alcalde de la jurisdicción en la cual se encuentra la persona privada de su libertad. Presentado el *Habeas Corpus* el alcalde debe ordenar que la persona sea conducida a su presencia durante las 24 ho-

ras siguientes y deberá emitir su resolución después de 24 horas. Ordenará su inmediata libertad, en los siguientes casos:

- Si el detenido no fuere presentado.
- Si no se exhibiera la orden de privación de la libertad.
- Si la orden de detención no cumpliera con los requisitos legales.
- Si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención.
- Si se hubiere fundamentado el recurso.

Es importante señalar que en el Ecuador existe una práctica sistemática de detenciones ilegales. De acuerdo a estudios realizados por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos -INREDH- más del 80% de las personas privadas de la libertad en centros penitenciarios fueron detenidas ilegalmente. Esto se encuentra corroborado por el hecho de que el porcentaje más alto de quejas presentadas a la Defensoría del Pueblo tiene que ver con denuncias de detenciones ilegales. Las mujeres que son privadas de la libertad son igualmente víctimas de detenciones ilegales, por lo cual el *Habeas Corpus* constituye una herramienta válida para protegerlas.

A partir de la reforma al Código Penal que prohíbe la privación de la libertad de mujeres embarazadas y hasta tres meses después del parto, y dado el incumplimiento de esta disposición por parte de miembros de la Policía y jueces, el *Habeas Corpus* ha permitido exigir la efectiva aplicación de esta reforma.

El Habeas Data

Esta garantía constitucional protege el derecho a la información sobre sí misma y sus bienes y el derecho a la honra, buen nombre e intimidad. Se encuentra regulada en el Art. 94 de la Constitución y en los Art. 34 a 45 de la Ley Control Constitucional. El *Habeas Data* puede presentarse contra entidades públicas o privadas o personas que tengan la información sobre nosotras o nuestros bienes.

Esta garantía tiene por objeto:

- Obtener la información requerida en forma clara, completa y verídica.
- Obtener el acceso directo a la información.
- Que se rectifique, elimine o no divulgue a terceros una información.
- Obtener certificaciones sobre la rectificación, eliminación o no divulgación por parte de quien posee la información.

El *Habeas Data* debe presentarse ante cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos. Presentado el *Habeas Data*, el juez convocará a las partes a una audiencia, durante el día hábil si-

guiente. Esta audiencia deberá realizarse dentro de un plazo de ocho días; cumplida ésta, el juez deberá tomar una resolución en el término de dos días. Si se acepta el *Habeas Data* las personas demandadas deberán enviar la información dentro del plazo de ocho días.

El Amparo

Me voy a detener más en la Acción de Amparo por cuanto su ámbito de aplicación es el más amplio de todas las garantías y comprende a todos los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. En este sentido, considero que la utilización del Amparo puede ayudarnos a acortar la distancia entre los Derechos Humanos consagrados y su vigencia efectiva.

El Amparo (INREDH: 1999)

<p>Fundamento normativo Art. 95 de la Constitución</p> <p>Art. 46 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p><i>Objetos del Amparo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - La tutela jurídica efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier 'acto u omisión' proveniente de acto ilegítimo de autoridad pública que haya causado, cause o pueda causar un daño grave, de manera inminente. - Tiene como fin evitar, hacer cesar o remediar las consecuencias del acto ilegítimo de la autoridad pública, por medio de la adopción de medidas urgentes. - Se exceptúan las decisiones judiciales dentro de un proceso, las cuales no son susceptibles de Amparo.
<p>Art. 95 de la Constitución</p> <p>Art. 47 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p><i>Autoridad competente</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - No habrá inhibición del juez que deba conocer el recurso (excepción: incompatibilidades de parentesco u otras señaladas por la ley), ni obstarán los días feriados. - Cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en la que se consuma o pueda producir sus efectos el acto violatorio de derechos constitucionales. - Excepción: Juez o Tribunal Penal (en feriados, horas no hábiles, en circunstancias excepcionales invocadas por el solicitante y calificadas por el juez) - Tribunal Constitucional en caso de apelación.

<p>Art. 95 de la Constitución</p> <p>Art. 48 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p><i>Quién puede interponer el amparo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Cualquier persona por sus propios derechos. - El representante legitimado de una comunidad. - El ofendido, el perjudicado, por sí mismos o por medio de apoderado. - Agente oficioso (cualquiera que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique su decisión en el término de tres días). - El Defensor del Pueblo, Defensores Adjuntos y Comisionados.
<p>Art. 95 Constitución</p> <p>Art. 57 de la Ley de Control Constitucional</p> <p>Art. 49 a 55 de la Ley de Control Constitucional</p>	<p><i>Procedimiento</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Al presentar un Amparo, quien lo promueva deberá declarar bajo juramento en el mismo escrito, que no ha presentado otro u otros Amparos ante otro juez o tribunal, sobre la misma materia y con el mismo objeto. - El mismo día en que se plantea el Amparo, el juez o tribunal convoca a las partes para ser oídas, a una audiencia que se celebrará durante las 24 horas siguientes. Simultáneamente, puede ordenar la suspensión de acción actual o inminente que afecte a los derechos protegidos. - La audiencia se llevará a cabo aún sin la comparecencia de la autoridad acusada o su delegado; la no comparecencia del actor se considerará como desistimiento. Solo en caso de no comparecencia por motivos de fuerza mayor, se convocará a nueva audiencia. - La resolución se dará en las 48 horas siguientes a la conclusión de la audiencia. - La negación del recurso puede ser apelada ante el Tribunal Constitucional antes de que se ejecutorie la providencia de negación (tres días desde la notificación con la resolución). - El Tribunal Constitucional, podrá dictar medidas cautelares para asegurar la protección de los derechos objeto del Amparo o de considerarlo necesario, convocar a las partes para escuchar sus argumentos. - El Tribunal Constitucional resolverá en un plazo no mayor de diez días la consulta o la apelación. - El cumplimiento de la decisión final corresponde al juez o tribunal ante quien se interpuso el recurso.

Art. 51 de la Ley de Control Constitucional	<p><i>Resolución</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Admitir el Recurso: se ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnado y la ejecución inmediata de medidas para remediar el daño o evitar el peligro. - Negar el Recurso: se revocarán tanto la suspensión provisional del acto u omisión impugnados, como las medidas preventivas si se las dictaron.
Art. 56 de la Ley de Control Constitucional	<p><i>Sanciones</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Si el juez o Tribunal califica de maliciosa la actuación del demandante se le impondrá una multa de hasta 100 salarios mínimos vitales, sin perjuicio de las acciones penales y civiles a que hubiere lugar. - En caso de que un funcionario o autoridad pública incumpla una resolución a él dirigida y tomada dentro de la tramitación del Amparo, deberá indemnizar los perjuicios que el incumplimiento cause al recurrente.

La Defensoría del Pueblo

Constituye una garantía institucional y estatal especializada en la promoción, protección y defensa de los Derechos Humanos, que ejerce además una vigilancia de la adecuada prestación de servicios. Se caracteriza por no ser de carácter judicial ni coercitivo; la base de su funcionamiento radica en la independencia y el reconocimiento moral público de su representante.

La Defensoría del Pueblo se encuentra establecida en el Art. 96 de la Constitución y regulada en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. A continuación, resumiré las funciones de la Defensoría, sin tomar en cuenta las funciones administrativas, en homenaje al tiempo.

- Promover y patrocinar las Garantías Constitucionales de *Habeas Corpus*, *Habeas Data* y Amparo.
- Defender y excitar de oficio o a petición de parte la observancia de los derechos individuales y colectivos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes.
- Ser mediador de conflictos existentes entre personas jurídicas y organizaciones populares con la Administración Pública, cuando lo considere conveniente.
- Intervenir como parte en los asuntos de medio ambiente y de patrimonio cultural, en resguardo del interés de la comunidad.

- Dar informes favorables sobre la procedencia de demandas de inconstitucionalidad de leyes y demás normas secundarias y de los actos administrativos.
- Promover, capacitar, difundir y asesorar sobre Derechos Humanos, Ambientales y de Patrimonio Cultural, a través de los espacios de difusión y comunicación que asigna la ley al Estado.
- Hacer públicas sus recomendaciones y orientar a los ciudadanos sobre sus derechos.
- Visitar periódicamente los centros de rehabilitación social, unidades de investigación, recintos policiales y militares, para velar por el respeto de los Derechos Humanos.
- Presentar proyectos de ley en representación de la iniciativa popular.
- Pronunciarse públicamente sobre casos cuyo criterio sean doctrina para la defensa de los Derechos Humanos.
- Emitir censura pública en contra de los responsables materiales e intelectuales de actos o comportamientos contrarios a los Derechos Humanos.
- Informar sobre la firma y ratificación de tratados internacionales de Derechos Humanos y velar por su cumplimiento.
- Representar al país en foros internacionales en materia de Derechos Humanos.
- Proteger, defender de oficio o a petición de parte a los ecuatorianos cuyos Derechos Humanos sean violados en el exterior, sea a través de la vía diplomática o de la vía judicial internacional.
- Investigar en forma gratuita, inmediata y oportuna a las autoridades o personas que se encuentren denunciadas por los particulares como violadores de Derechos Humanos.
- Informar anualmente al Congreso sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador y las labores de la Defensoría.

Como podemos evidenciar, el campo de acción de la Defensoría del Pueblo es sumamente amplio e innegablemente constituye un espacio que debe ser apoyado y auditado por la sociedad civil.

Cabe resaltar que en noviembre de 1998 el Defensor del Pueblo creó la Defensoría Adjunta de la Mujer y la Niñez. Su misión consiste en:

Velar por el respeto y la vigencia sociológica de los derechos humanos de las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes, cuando y donde quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados, por acción u omisión de entidades públicas o privadas; promoviendo y divulgando el ejercicio de los derechos y los mecanismos de exigibilidad (Pesántez 2000).

Definitivamente, la Defensoría Adjunta de la Mujer constituye un espacio que debe ser potencializado y utilizado por la defensa de los derechos humanos de las mujeres y la niñez.

Potencialidades y limitaciones de las Garantías Constitucionales en la defensa y promoción de los derechos humanos de las mujeres

Es fundamental dejar sentado que durante mucho tiempo se ha luchado desde el campo de los Derechos Humanos por contar con mecanismos efectivos para su protección. Hoy por hoy hemos conseguido su reconocimiento constitucional, nuestro deber como defensoras/es de los Derechos Humanos consiste en conocerlos, difundirlos y sobre todo, aplicarlos.

Todos los avances que en el campo de los derechos humanos de las mujeres recoge nuestra Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos deben ser exigidos en la práctica. No cabe duda, que uno de los problemas más graves en materia de Derechos Humanos es el enorme abismo que existe entre la norma y su aplicación, entre el discurso y la práctica, entre los postulados constitucionales y la vida cotidiana de la población excluida del Ecuador, que resulta ser la gran mayoría.

Contamos con ‘nuevos’ mecanismos jurídicos en el ámbito nacional para la defensa de los Derechos Humanos, particularmente para su exigibilidad y ‘justiciabilidad’. Pero de inicio tenemos un gran muro que derribar, el escepticismo de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos en cuanto a la efectividad de recurrir a la denuncia y de aplicar mecanismos de protección. No en vano, existe la percepción generalizada y descrita en la novela ‘Memorias de Adriano’ de Yourcenar en torno a que:

...una frondosa masa de contradicciones y abusos acaban por convertir al derecho y los procedimientos en un matorral donde las gentes honestas no se animan a aventurarse, mientras los bandidos prosperan a su abrigo (Yourcenar 1985:155).

Nosotras no debemos olvidar que lo legal constituye sólo una herramienta que debemos utilizar para la protección de los Derechos Humanos, pero que esta herramienta tiene que estar necesariamente acompañada de otros elementos si queremos lograr efectividad.

Los procesos de organización y movilización política son cruciales al momento de enfrentar a una Administración de Justicia desconocedora del tema de los Derechos Humanos, o francamente resistente al respecto.

Trabajar en la implementación de Garantías Constitucionales de protección de Derechos Humanos de la mujer a partir de casos paradigmáticos, que desde lo individual nos revelen problemáticas colectivas, lograr alianzas estratégicas con otras organizaciones de la sociedad civil, difundirlos en los medios de comunicación, generar debates públicos al respecto, constituyen elementos necesarios para dotar de efectividad a estos mecanismos de protección.

Finalmente, no debemos descartar la utilización de mecanismos internacionales de protección de los Derechos Humanos de las mujeres, tanto en el Sistema Interamericano como en el de Naciones Unidas.

Estas son solo algunas propuestas para intentar tender un puente entre el abismo que actualmente existe entre los Derechos Humanos reconocidos en la legislación nacional e internacional, y su vigencia real en nuestra vida diaria.

Bibliografía

INREDH

1999 *Cartilla de capacitación: Derechos Humanos y Garantías Constitucionales*. Quito: INREDH.

Chamorro, Fernando

1999 Intervención en acto inaugural de cursos abiertos en la Universidad Andina Simón Bolívar.

Pesantes, Irene

2000 Ponencia sobre Defensoría Adjunta de la Mujer y el Niño. Lago Agrio

Trujillo, Julio César

1994 *Teoría del Estado en el Ecuador: Estudio de Derecho Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional – Editorial Ecuador.

Yourcenar, Marguerite

1985 *Memorias de Adriano*. Barcelona: Círculo de Lectores S. A.

La Ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y la administración de justicia

Rocío Salgado Carpio*

Me interesa recordar, como punto de partida, que la Ley 103, que aborda el tema de la violencia contra la mujer y la familia fue concebida, por quienes la trabajamos, como un instrumento para enfrentar la violencia contra las mujeres, exclusivamente; luego, en la negociación, su denominación abarcó el término 'familia'. Resultaba inconcebible para casi la totalidad de legisladores, que las mujeres no aparezcamos, ligadas, de alguna manera, a la familia.

Transcurridos cuatro años de la promulgación de esta Ley, el Consejo Nacional de las Mujeres -CONAMU-, con el fin de conseguir sus objetivos en lo relacionado con la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, a través de la puesta en práctica y del seguimiento de esta disposición legal, ordenó una investigación sobre la forma en la que se la aplicaba. Por otra parte, el Proyecto de Fortalecimiento a las Comisarías de la Mujer, apoyado financieramente por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional -USAID-, realizó una sistematización de los datos levantados en cinco ciudades, sobre la violencia intrafamiliar y su tratamiento en las instancias penales. Los dos documentos mencionados han servido de base para esta exposición.

La aplicabilidad de este instrumento legal presenta diferentes problemas, unos se derivan de la 'norma agendi' de la ley formalmente publicada -que según distintos criterios debería ser objeto de reforma- en tanto que la mayoría de conflictos radican en la interpretación, selección, combinación y aplicación que en torno a esta disposición legal realizan los operadores de justicia. Es decir, que aquellos aspectos que no se hallan regulados por escrito resultan problemáticos.

Son motivo de confusión además, las costumbres, tradiciones y actitudes con las que los grupos humanos refuerzan, crean mantienen y legitiman estas normas

* Doctora en Jurisprudencia. Directora Ejecutiva de la Corporación Mujer a Mujer, Cuenca, Ecuador. Consultora de la Mesa de Trabajo Sobre Violencia, 1999. Catedrática constitucionalista en la Universidad Católica de Cuenca.

no escritas, que en muchos casos son más fuertes que las que se hallan expresadas en los códigos.

En el artículo 8 se establecen la jurisdicción y la competencia al enunciar que el juzgamiento para las infracciones previstas en esta Ley corresponderá a los ‘jueces de familia’, quienes resultan instancias creadas pero no vigentes, a pesar de la reforma pertinente en la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1997. Tienen atributos a este respecto las Comisarías de la Mujer y la Familia, los intendentes, comisarios nacionales, tenientes políticos, juzgados y tribunales penales.

Resulta interesante saber que de las 1.187 instancias competentes¹ para juzgar los hechos de violencia contra la mujer y la familia en el ámbito nacional, únicamente 21 Comisarías de la Mujer aplican esta Ley (este tema será abordado parcialmente más adelante). Muy pocos intendentes y menos jueces penales toman en cuenta sus disposiciones. Para la mayoría, el volumen de trabajo constituye la excusa; los actos de violencia son asuntos de poca monta que pueden resolverse en las Comisarías la Mujer y/o en la cama².

Este criterio se ve ratificado en la investigación del Proyecto de Fortalecimiento de Comisarías, que da cuenta por ejemplo, de las resoluciones emitidas en la etapa intermedia, en Cuenca. Para los jueces, el 38% de las causas no reúnen los elementos que permiten demostrar la existencia del delito: un 17% son sobreesidos provisionalmente, el 21% definitivamente, se ha dictado auto de llamamiento a plenario en un 35% y en un 25% de los casos se ha dictado sentencia. En Quito, de 133 casos de lesiones por violencia intrafamiliar (VIF) ingresados en 1996, apenas uno de ellos ha recibido sentencia.

Las Tenencias Políticas constituyen capítulo aparte, en ellas confluyen el desconocimiento de la Ley y la dificultad de emprender en campañas de sensibilización o capacitación debido a la movilidad de sus funcionarios, sujetos a los vaivenes de la política.

Volvamos ahora a las Comisarías de la Mujer. Desde su creación, se las ha integrado en un proceso de capacitación para incluir la perspectiva de género en la práctica jurídica: es decir, para procurar a las usuarias una atención que les permita superar la marginalidad y la subordinación, condiciones a las que han sido sometidas socialmente como resultado de la desigual distribución del poder.

Se presenta sin embargo, el problema que imponen las normas no escritas. Son necesarias, por ejemplo, diligencias previas a la entrega de medidas de amparo, que al tenor de la ley son de concesión inmediata ‘...a veces mienten...’ es el argumento. La demora en la entrega de las medidas de amparo, no se compadece con

1 Se trata de 150 Juzgados Penales, 41 Tribunales Penales, 211 Comisarías Nacionales, 27 Intendencias, 732 Tenencias Políticas.

2 De esta afirmación dan cuenta las entrevistas realizadas a algunos jueces en la investigación del Consejo Nacional de las Mujeres -CONAMU-, cuando responden: “Directamente al juzgado no vienen esos casos”. “Son casos de las Comisarías”. “Conocemos estos hechos cuando son delitos” (nuestra legislación no considera la violencia doméstica como delito independiente y usualmente se la asimila al delito de lesiones).

la urgencia de los casos. La medida 2: “Ordenar la salida del agresor de la vivienda si la convivencia implica riesgo para la seguridad física o psíquica o la integridad sexual de la familia” es la que más problemas trae. Cuando se pregunta por el tiempo empleado, las comisarías responden: “Uno o dos días; dos días cuando hay interés de la usuaria; mínimo tres y máximo quince; cuarenta días, cuando se las dictan en audiencia.”

Hasta hace poco, uno de los ‘cuellos de botella’ en la aplicación de la Ley -esperamos que ya no lo sea, pues el tema ha sido ampliamente debatido- consistía en la transacción, es decir la concesión que se hacía al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aún cierto de la razón o la justicia propia (Cabanelas). En muchas Comisarías se acostumbraba a pedir que de mutuo a cuerdo, de mutuo respeto, de conciliación, el y la comparecientes firmaran un acto con diferentes nombres, en este documento las partes se obligaban a “guardarse respeto”.

Pensamos que la disposición incluida en el artículo 401 del nuevo Código de Procedimiento Penal, permitirá volver a esta práctica que contradice los avances alcanzados por las mujeres que en el ámbito internacional, permitieron se considere a la violencia contra la mujer como una violación de los Derechos Humanos, en cuyo caso, los actos que atentaren contra los derechos fundamentales: la vida, la integridad física, psicológica y sexual, la libertad, la identidad, no podrían ser objeto de transacción. Se puede llegar a acuerdos en torno a los bienes, pensión alimentaria, tenencia, mas la acción de acusar y pedir castigo por actos antijurídicos no puede ser objeto de transacción.

En cuanto a las sanciones, las críticas a la aplicación de la Ley se han centrado en el número de sancionados. Este punto llama la atención dada la falta de correspondencia entre el número de denuncias y el de sancionados.

En el período de octubre de 1998 a marzo de 1999, el Proyecto de Fortalecimiento de Comisarías da cuenta de la relación entre el número de denuncias y las sanciones con pena privativa de libertad.

Ciudad	Sancionados	Denuncias	Porcentaje
Quito	408	4.408	9%
Guayaquil	205	7.061	3%
Cuenca	241	1.005	24%
Portoviejo	25	471	5%
Esmeraldas	33	677	5%
Total	912	13.822	7%

Fuente: CEPAM-AID-DINAMU. Proy. Fortalecimiento de Comisarías.

La Ley 103 contempla sanciones de tipo civil que muy pocas veces son aplicadas. Los criterios de las Comisarías al mentar el asunto, suelen ser los siguientes: “Estas sanciones se aplican en los casos de violencia psicológica; no está reglamentada la forma de hacer efectivas estas sanciones; no están establecidas las redes de apoyo comunitario”.

No puedo dejar de referirme en esta brevísima exposición, a los tratados y convenciones que de acuerdo con los artículos 163, 17 y 18 de la Constitución, reciben el rango de infracostitucionales pero supraleales. En el caso de las Comisarías no podemos decir que exista desconocimiento, puesto que se han distribuido entre ellas las distintas ediciones de la Convención de Belem do Para, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer -CEDAW-, la Convención de Viena, y se las menciona en todas las reuniones; sin embargo, en el momento en que se realizó la investigación, las respuestas de las Comisarías al respecto, fueron las siguientes: “Las uso para las audiencias; las usamos en los casos de denunciantes extranjeras; las he usado en pocas oportunidades”.

En el caso de los jueces, la realidad es otra. En un diagnóstico realizado en Cuenca, con jueces de primera instancia, sobre conocimiento y aplicación de tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos en general, y derechos de las mujeres, un 95% desconoce especialmente cuáles son los documentos firmados por el Ecuador.

De acuerdo a los datos extraídos de la investigación del CONAMU, ellos contestaron: “Es difícil conseguirlos; en estos casos pido apoyo a la Fundación ‘María Guare’, entiendo que allí manejan estos tratados; la rigidez de nuestras leyes impiden que se apliquen estos tratados, que deberían estar ajustados a las leyes vigentes”.

Para finalizar, me interesa destacar que a pesar de los abrojos expuestos en aquellas ciudades para las que se cuenta con estadísticas para los años 1995 a 1998, Quito, Guayaquil, Cuenca, Portoviejo y Esmeraldas, ‘105.345 mujeres’ han tenido la posibilidad de hacer público su problema. Que hasta 1995, no había en el país ni un solo detenido por violencia intrafamiliar. Que la promulgación de la Ley permite hacer afirmaciones válidas para períodos anteriores a la promulgación de la Ley como para los posteriores, y eso nos permite volver al fondo de la ‘caja de Pandora’, para extraer de ella el último dioscello, el de la esperanza.

Bibliografía

- CEPAM y otras
 1999 *La justicia presa*. Cuenca.
 1998 *Investigación de Impacto de Comisarías*. Quito.
- CONAMU
 2001 *Investigación sobre la aplicación de la Ley 103*. Quito.
- Facio, Alda
 1992 *Cuando el género suena cambios trae*. San José: ILANUD

Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia.

El concepto internacional de igualdad formal y la disputa en torno a la custodia de menores en el Ecuador

Ximena T. Avilés*

Introducción

La presente ponencia enfoca el descubrimiento del nuevo concepto de maternidad conforme a las leyes y teorías feministas que se aplican en Estados Unidos, Canadá y Ecuador y sus implicaciones cuando se trata de establecer la custodia de las hijas o hijos, a favor de uno de los progenitores. En sus legislaciones relacionadas con las disputas de custodia de menores, estos países han implementado el principio de 'igualdad formal'. Éste otorga un tratamiento igualitario a los individuos: quienes son iguales deben ser tratados como tales, de acuerdo a sus características.

Este concepto se aplica independientemente de presunciones estereotípicas relativas a las personas y a su género. Es válido tanto para individuos, al proteger el derecho a la autonomía, o para colectividades, si los miembros de un grupo social ven afectado alguno de sus derechos.

Sin embargo, a lo largo de veinte años de experimentación con este método, se han presentado nuevas teorías, pues por su rigidez, el concepto de igualdad formal ha fallado al desconocer que existen verdaderas diferencias que no permiten a los individuos competir al mismo nivel. Como consecuencia, en estas nuevas teorías se habla acerca de la 'igualdad sustantiva' la cual demanda reglas que produzcan resultados o efectos más reales. "Las reglas de la igualdad formal por lo general, no producen iguales resultados debido a las significativas diferencias en las características y circunstancias de las mujeres y de los hombres" (Bartlett 1993: 249). Quienes acuden al principio de igualdad sustantiva demandan que las leyes tomen en consideración estas diferencias, de tal suerte que se eviten injustos resultados relacionados con el género.

* M.A. Women's Studies, LL.M. International Trade Law. University of Arizona. Consultora y Directora del Área de Género del Centro Ecuatoriano de Desarrollo Ambiental -CEDA- .

El principio de igualdad sustantiva no contempla solo una, sino varias teorías que reflejan la cantidad de fuentes y los tipos de diferencias existentes, así como el número de alternativas ideales que se pueden alcanzar. La igualdad sustantiva trata de remediar los efectos discriminatorios producidos en el pasado. Por ejemplo, como solamente las mujeres se embarazan, la aplicación del principio de igualdad formal implica una desventaja competitiva para ellas. La igualdad sustantiva procura neutralizar estas desventajas laborales a través del mejoramiento de los resultados: la creación de guarderías, el derecho de ausencia mesurado y compartido con el padre, entre otros.

Por otra parte, existe un tercer principio feminista, el de ‘las diferentes voces’, que critica el derecho en sí mismo. De acuerdo a este principio, el derecho ha sido creado por quienes se han mantenido en el poder, es decir por los hombres; a ello responde la fatídica situación en que se encuentran las diferentes sociedades. Es el momento de utilizar la capacidad femenina como un valor potencial que pueda servir para mejorar el modelo organizacional de la sociedad, sin que las influencias masculinas se dejen sentir en la nueva legislación.

La legislación de la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, a través de la Comisión de los Derechos Humanos, así como de la Comisión de los Derechos de la Mujer, ejerce presión en varios países para lograr condiciones de igualdad para las mujeres. La Convención en favor de la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW, 1981¹) se basa en principios de igualdad formal, los cuales en determinadas circunstancias pueden resultar perjudiciales, puesto que no toman en cuenta las diferencias que la multiculturalidad provoca en el Ecuador.² Cada país tiene que presentar un reporte a la Comisión para demostrar las mejoras relacionadas con el tema mujer, en el que se incluya su condición de madres.

Como se verá más adelante, las propuestas feministas dejan de lado ciertas costumbres ancestrales como las de las madres indígenas, quienes difícilmente se separan de sus hijas e hijos. El hecho de que las mujeres deban enfrentar solas la responsabilidad de la crianza y educación de los menores es visto como un obstáculo para su desarrollo individual y profesional.

El objetivo del presente estudio es el de vislumbrar la problemática que provoca la influencia de ciertas leyes internacionales estandarizadas que se aplican no sólo en países como Estados Unidos o Canadá sino también en otros multiculturales, como el Ecuador. Este trabajo analizará cómo el principio de igualdad formal puede generar desigualdades e injusticias a propósito de las disputas sobre custodia

1 *Convention for Eliminate Discrimination Against Women -CEDAW-* (por sus siglas en inglés).

2 Como ejemplo de algunos de los artículos que ejercen presión a favor de la igualdad de los sexos a través de la igualdad formal, se cita el Art. 16.1. de la CEDAW. “Los Estados deberán tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en contra de la mujer en las relaciones matrimoniales y de familia y en particular, deberá asegurar, sobre la base de la igualdad entre los hombres y las mujeres” (Traducción de la autora).

de menores en los Estados Unidos, Canadá y Ecuador. Se cuestionará qué tan anacrónicos pueden resultar los efectos que produce una ley con ideas preconcebidas acerca de la familia nuclear y las relaciones de la familia misma.

La legislación ecuatoriana debe hallar concordancia con las necesidades de una población multicultural, hecho que favorecería la condición de las mujeres ecuatorianas en relación con sus disputas referidas a la custodia de sus hijas e hijos. La intención es buscar respuestas locales para poder resolver requerimientos globales abstractos.

Situación legal en el Ecuador

En el Ecuador, es a la madre de las hijas o hijos que no han alcanzado aún la pubertad a quien se le asigna su custodia cuando se divorcia del padre. Las hijas mujeres quedarán al cuidado de la madre hasta que cumplan la mayoría de edad. Los niños varones podrán elegir custodia, una vez alcanzada la pubertad (Art. 107, Código Civil).

Por lo expuesto, se asume que la madre es la responsable directa de la crianza de sus hijas e hijos. En muy raras ocasiones, se le consulta si desea o no continuar con la educación y crianza de los menores; la opinión de la madre por lo general, no es tomada en cuenta. Sin embargo, en la actualidad se vislumbran procesos de cambio en esta situación ante la presencia de casos en los que la madre no desea asumir la responsabilidad de criar a los menores. Desafortunadamente, para lograr un resultado favorable a este pedido, tendrá que declarar que se siente incapaz de cuidar de sí misma y peor aún de su descendencia. Al parecer, esta es la única alternativa para las madres que no desean tener esta responsabilidad.

El concepto de maternidad ha cambiado mucho, a la par que el rol de la mujer en la sociedad, hecho que debe ser tomado en cuenta para hallar alternativas que den respuesta a estas situaciones y no se provoque un vacío legal. De esta manera se evitaría la aplicación abstracta y generalizadora de normas internacionales que existe actualmente en la legislación ecuatoriana.

Estados Unidos y Canadá: el desarrollo de las doctrinas de custodia infantil

Hasta el siglo XIX, las mujeres de estos países no ejercían ningún derecho sobre su descendencia. En caso de divorcio, si las madres abandonaban el hogar, ellas perdían su hogar y sus hijos e hijas. En ese tiempo las mujeres trabajaban y daban a luz, mientras que los hombres manejaban el poder. Un famoso jurista británico, Sir William Blackstone afirmaba lo siguiente: “La madre como tal, no tiene poder sino solamente deber de reverencia y respeto” (Crean 1988: 20). Se conoce a esta época como la de ‘ausencia de los derechos maternales’.

Con los cambios que trajo la Revolución Industrial como la intensa migración de la población del campo a la ciudad, la tradición rural de la familia ampliada se redujo a la llamada ‘familia nuclear’. En este tipo de familias, especialmente en las de la clase media alta, las mujeres y los niños pasaron a ser parte de la vida privada de los hogares (Davin 1997: 53).

Esta coyuntura condujo a la sublimación de la maternidad, principalmente entre los miembros de las clases medias y altas de la población blanca de los Estados Unidos y Canadá, así como de ciertas zonas europeas. También emergió por tanto, la tendencia a reconocer los derechos maternales. En 1917, las provincias occidentales de Canadá introdujeron una de las más radicales revisiones a las leyes de custodia legal, el Estatuto de Igualdad de Custodia que reconoció la equidad en el derecho de los padres en cuanto a la custodia de sus hijos (Crean 1988: 20).

La situación en los Estados Unidos de Norteamérica fue igual. Los jueces comenzaron a emitir resoluciones en favor de las madres, bajo la idea de que los menores se desarrollan mejor en la convivencia con mujeres solas antes que con hombres solos. Este período es conocido en la doctrina legal como ‘los años de la ternura’. Se consideraba que las madres estaban mejor equipadas que los padres para el cuidado de las niñas y niños; es decir que se mantenía el punto de vista patriarcal sobre la maternidad, basado en lo que se conoce como ‘determinismo biológico’.

Para las décadas de los 60 y 70, cuando nace el pensamiento feminista, los movimientos que se respaldaban en esta tendencia empezaron a protestar en contra de la idea del determinismo biológico. Buscaban la independencia de la mujer y el reconocimiento de su capacidad para obtener su propia autonomía. Planteaban que el principio del ‘instinto maternal’ les impedía realizar sus ideas de liberación y que ellas necesitaban recobrar su autoestima después de haber estado atrapadas en el hogar como amas de casa sin ningún reconocimiento económico (Friedan 1963).

Las propuestas lanzadas en la época de la liberación femenina dieron como resultado que las resoluciones que se tomaron en cuanto a la custodia de los menores, se basaran en un nuevo principio conocido como ‘el mejor interés del niño o la niña’ (*the best interest of the children*). El principio de igualdad de los sexos permitió inclusive que en los Estados Unidos se aplicara la cláusula de protección de la igualdad en la Constitución Federal. La asignación de la custodia a favor de la madre por el mero hecho de ser mujer, se veía como una violación a la igualdad de los sexos.

Según Crean, al aplicarse el mejor interés del menor se ingresó en una etapa “obscura y confusa” (*grey area*), pues por mucho tiempo la custodia le fue asignada al padre, luego a la madre y finalmente, a quien estableciese mejores vínculos con los niños o las niñas. Para la asignación de la custodia, los jueces toman en cuenta el estado emocional del menor, su deseo, la capacidad del padre o de la madre para el cuidado, en donde se incluyen sus condiciones emocional y financiera.

El hecho de probar la preferencia del menor se ha convertido en todo un acontecimiento en el cual intervienen profesionales de toda índole: sicólogos, siquiátras, trabajadores sociales, mediadores, etc. Esta etapa es conocida como la de 'desjudicialización del proceso'. Sin embargo, como opina Crean, las mujeres se encuentran en desventaja pues la mayoría de los jueces son hombres. Las madres por lo general, tienen inferiores condiciones financieras en relación a los padres, dado el prejuicio existente en contra de las mujeres trabajadoras. Por último, el criterio sobre quién se vincula mejor con los menores ofrece una amplia flexibilidad que puede dar paso a la toma de decisiones injustas.

El nuevo criterio de *joint custody* ha emergido tanto en los Estados Unidos como en Canadá. Es un mecanismo mediante el cual los padres no solamente comparten la custodia legal del menor sino también la física. Fineman considera que este moderno sistema es un retroceso, pues otorga al menor el tratamiento de una propiedad que se divide en partes iguales (Fineman 1987; Crean 1988: 163, 164).

Susan Crean observa que el impacto social, financiero y psicológico en el que las mujeres se ven envueltas en las disputas frente a los hombres por la patria potestad de sus hijos e hijas, les resultan perjudiciales. Como producto del balance realizado a las leyes de tenencia y custodia de menores se deduce que es importante no idealizar la imagen de la madre natural pero tampoco dar por hecho que los padres deban asumir automáticamente la custodia de las hijas o de los hijos. En la búsqueda de soluciones, es importante tomar en cuenta a las mujeres que no desean ser madres a tiempo completo y brindarles apoyo en su decisión. Sin embargo, en la práctica, estos no son los casos más comunes. Es esencial evitar que las madres pierdan la custodia de sus hijas e hijos en contra de su deseo y que los padres la asuman sin ninguna evidencia de su convencimiento para responsabilizarse por la crianza de los menores.

Se puede observar a través de este estudio, que la ley no cubre las necesidades de todos, al contrario, tiende a establecer generalizaciones. La historia de cómo la ley se produce y reproduce, independientemente de los requerimientos de la individualidad de las personas involucradas, es algo que la nueva generación de abogados y abogadas tiene que enfrentar, especialmente las mujeres abogadas. Es importante que los legisladores comprendan que las mujeres experimentan las instituciones jurídicas de la maternidad de diversas maneras, de acuerdo a las distintas sociedades y culturas. El hecho de que vivamos en la posmodernidad no quiere decir que no podamos hablar de la ley, al contrario, esta realidad requiere que se haga referencia al tema y de una forma diferente.

Ecuador

Es importante estudiar las experiencias de Canadá y Los Estados Unidos pues la influencia directa o indirecta de estos países sobre los movimientos que trabajan por los derechos de las mujeres en el ámbito internacional, es innegable. La ONU ha implantado principios ‘universales’ y ‘abstractos’, basados en el concepto de igualdad formal, que se aplican en los sistemas norteamericanos.

En otras palabras, durante el proceso de adaptación y traducción al aplicar las técnicas del Derecho Comparado, no se requiere estudiar solamente lo que las mujeres ecuatorianas necesitan, sino también investigar si su cultura en particular, podrá responder efectivamente a los diferentes cambios que se proponen a favor de la igualdad. Igualdad que se debe alcanzar a través de la búsqueda de respuestas efectivas que no afecten su cultura y necesidades particulares.

En el Ecuador, al igual que en los sistemas jurídicos mencionados -entre los que se incluye también el francés- se han derogado en lo posible, la mayoría de las normas que mantenían este anacrónico sistema patriarcal y patrimonial que disminuía la situación de la mujer. Si hacemos una comparación con el sistema estadounidense, se puede decir que esta situación responde a la doctrina de los *tender years* (años de la ternura). Ya llegará el momento en que se revisen las doctrinas sobre custodia y patria potestad.

La situación social ecuatoriana es diversa, es importante tomar en cuenta este particular antes de proceder a la simple importación de normas, que a la hora de su aplicación, poco o nada tienen que ver con la realidad social existente.

El Ecuador es un país multicultural en donde si bien gran parte la población es mestiza, existe un gran número de grupos campesinos e indígenas con otra idiosincrasia, e inclusive, otro idioma. El reto radica en entender estas diferencias sociales y culturales, para, en el momento del cambio, resistir a la extraordinaria simplificación construida socialmente sobre la idea de la mujer. Esta simplificación -diríamos masificación- se refleja en la legislación. Leyes que fueron importadas y que a través del tiempo se han modificado bajo la estructura nacionalista, han reflejado básicamente los intereses del Estado, más no los de la población.

Como ejemplo de esta disociación se presenta un estudio de caso de las mujeres de una comunidad campesina en Cangahua. En lo referente a la condición étnica de las mujeres, el 89% fueron clasificadas como indígenas y el 11% como mestizas. Para la clasificación se tomaron en cuenta en mayor medida, los aspectos culturales que los raciales.

Cangahua es una zona donde los grupos indígenas guardan gran cohesión cultural: el vestido, el idioma, las costumbres, etc., lo cual denota claramente el origen étnico de este grupo. El sector mestizo, que emerge históricamente de la unión del blanco con el indígena, se distingue por su situación económica y social así como por sus rasgos culturales: vestimenta, costumbres y hábitos de tipo “occidental” (Estrella 1991: 38).

Este grupo de extracción indígena, vive lo que se podría llamar una 'simbiosis legal', pues dentro de esta comunidad se mantiene el matrimonio aborigen, *sirvinato* o *sirvinacu*, cuya finalidad es la de probar la capacidad reproductiva de la mujer y la capacidad de trabajo del varón. Esta es una modalidad de unión por medio de la cual la comunidad trata de reproducir sus propios esquemas con base en la reproducción de sus miembros. Solamente cuando el varón comprueba la capacidad reproductiva de la mujer, la pareja procede a legalizar su situación bajo las normas civiles 'occidentales', es decir, el matrimonio legal. Sus costumbres se han visto forzadas a cambiar en favor de las leyes nacionales en el momento de formalizar sus uniones frente al Registro Civil.

Cuando las mujeres de Cangahua inscriben a sus hijos en el Registro Civil, ellas aparecen como 'madres solteras', pese a considerarse a sí mismas como casadas pues ya han pasado por el *sirvinacu*. Esta situación representa un conflicto para estas mujeres pues legalmente pasan a ser las únicas responsables de la crianza de sus hijos y pierden su derecho a cualquier reclamo por alimentos en lo posterior.

Este es uno del sinnúmero de ejemplos de situaciones en las que la ley no respeta la diversidad cultural. La ley ha extendido sus dominios 'occidentales' hasta estas comunidades, de tal suerte que su influencia ha destruido buena parte del sentido de comunidad, rasgo considerado fundamental en la caracterización de estos grupos.

Según Estrella, las comunidades indígenas se han aislado como método defensivo frente a las otras realidades. Consideran que así las mujeres se hallan más 'protegidas' frente a los mitos y tabúes sobre la sexualidad que maneja la sociedad 'occidental'. Sin embargo, esta situación las margina de sus posibilidades de crecimiento individual.

Cabe remarcar, por otro lado, la importancia que tienen los hijos en estas comunidades, pues les significan la recreación de los valores de la familia, la historia y la cultura. Un hijo es considerado en las comunidades indígenas, como una persona más, que permite a la comunidad mantener los nexos tradicionales con la naturaleza, además de representar un brazo más para el trabajo comunitario.

Ante los preceptos de la legislación vigente, estas comunidades viven al margen de la ley, sus principios y estilos de vida no están representados en las normas establecidas. El caso analizado, es uno de tantos ejemplos de muchas otras comunidades con características propias.

Se evidencia que en el proceso de colonización y en el posterior, de independencia, los sentimientos nacionalistas han marcado la pauta. La ley refleja estos intereses, pues al crearse la nueva nación poco o nada se rescató de las costumbres existentes, es decir de lo que en doctrina jurídica se llama 'la costumbre'. Los grupos que se encontraban en el poder importaron la legislación sin respetar las costumbres existentes, así, las relaciones de género fueron afectadas, especialmente las de la mujer, que incluyen también a la mujer urbana.

Conclusiones

En la búsqueda de una mejor situación para las mujeres ecuatorianas, afectadas actualmente por condicionamientos sexuales y económicos, la respuesta debe venir de ellas mismas y basarse en un acercamiento multicultural, no generalizador.

En el momento de encontrar el mejor camino para enfrentar las disputas de custodia de menores, es importante que se tomen en cuenta principios como el de la igualdad sustantiva que espera efectos prácticos y coherentes. Será importante también que ingresen voces diferentes que permitan enfocar la realidad multicultural.

Los movimientos internacionales a favor de los derechos de las mujeres han promovido su autonomía e independencia a través del principio de igualdad formal, sin embargo, para lograrlo se tendría que cambiar las actitudes presentes que caracterizan la estructura social ecuatoriana, siempre y cuando exista ese interés entre las mujeres. De lo contrario, se podría caer en el error muy común de importar leyes sin hacerlas pasar por los filtros necesarios que requiere un determinado lugar geográfico con culturas diversas.

Si la que se aplica actualmente en el Ecuador es la teoría de la igualdad, cuya vigencia se ve facilitada por el principio de igualdad formal, establecido en art. 22 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana, por lógica se puede argumentar que las resoluciones sobre disputas de patria potestad están siendo discriminatorias, pues deberían ser opcionales tanto para las madres como para los padres, independientemente de la edad y sexo del menor.

Más aún, si se aplica el concepto teórico de igualdad formal de los sexos para la resolución de disputas de custodia, tal como se establece en la Constitución ecuatoriana, se producirían un conjunto de disparidades. Estas disparidades se basarían en aspectos relacionados con la raza, la clase, la identidad y el estatus económico de las mujeres. Sin embargo, dadas las circunstancias reales de la sociedad, desde el punto de vista económico, las mujeres perderían la custodia de los menores con gran facilidad, pues pocas son las que han logrado alguna independencia en este sentido.

Por lo tanto, de aplicarse este principio, la posibilidad de perder la custodia de sus hijas e hijos no resultaría difícil. Hasta la fecha, la mayoría de las mujeres ecuatorianas se han formado con la idea de que su rol primario es el de la maternidad. Por lo tanto, la posible pérdida de la tenencia de sus hijas e hijos podría provocarles un impacto emocional muy fuerte. Así, si se consideran las realidades sociales y culturales, el hecho de crear cambios radicales como la utilización de la doctrina del mejor interés del menor o la llamada *joint custody* podría traer resultados desastrosos.

Por otra parte, el principio de igualdad formal no toma en cuenta las diferencias en los estilos de vida de las mujeres, como es el caso del ejemplo de la comunidad de Cangahua, así como en los de otros grupos rurales. En la mayoría de los

casos, entre las mujeres indígenas son las madres quienes se encargan del cuidado de sus niñas y niños.

Estos aspectos serán importante materia de investigación para el futuro, puesto que las diferencias basadas en el género, raza, clase, integridad cultural e identidad deberán ser tomadas necesariamente en consideración. Observar los principios establecidos por la igualdad sustantiva, que se orientan con mayor énfasis hacia la obtención de resultados prácticos y reales, así como el principio de relativismo cultural, que incluye la doctrina conocida como ‘diferentes voces’, es altamente recomendable. De esta manera, se evitaría caer en el error de la importación de leyes -o el llamado ‘imperialismo feminista’- que no reflejen el deseo y sentimiento de las mujeres ecuatorianas, caracterizadas por su realidad multicultural.

Buena parte de los argumentos presentados en esta ponencia se encuentra reflejada muy sucintamente en el ilustrativo artículo: ‘*Under Western Eyes*’³ en el que se plantea que la mujer de los países en vías de desarrollo no solo tiene que enfrentar dos proyectos simultáneos: la crítica interna de la influencia del pensamiento feminista occidental y la formulación de estrategias autónomas, basadas en principios feministas, geográficos, históricos y culturales propios (Chandra 1991).

Bibliografía

- Bartlett, Katherine T.
1993 *Gender and Law. Theory, Doctrine, Commentary*. Little Brown and Company.
- Chandra Talpade, Mohanty
1991 *Under Western Eyes, Feminist Scholarship and Colonial Discourses*. Indiana University Press.
- Crean, Susan
1988 *In the Name of the Fathers, The Story Behind Child Custody*. Toronto: Amaniita Enterprises.
- Davin, Anna
1997 Imperialism and Motherhood, en Ann Laura Stoler y Frederick Cooper (Editores) *Tensions of Empire: Colonial Cultures in a Bourgeois World*. Berkeley: University of California.
- Estrella, Eduardo
1991 *Función maternal y sexualidad: un estudio en mujeres de una población campesina de la provincia de Pichincha*. Quito: Abya-Yala.

3 “Bajo los ojos de Occidente”. Traducción de la autora de esta ponencia.

Fineman, Martha L.

1987 Dominant Discourse: The Professional Appropriation of Child Custody Decision Making. *Working Papers*. Madison Wisconsin: Institute for Legal Studies.

Friedan, Betty

1963 *The feminine Mystique*. New York: W.W. Norton &Co.