

LA NECESIDAD DE LA APERTURA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO A NUEVAS “PERSONAS-SUJETOS” DE DERECHO. CARENCIAS DE LA LOGICA BINARIA EN EL DERECHO

*Collantes Sánchez, Beatriz María
Université Paris X Nanterre- La Défense
Alonso, María Elisa
Université de Lorraine*

LA LÓGICA BINARIA DEL DERECHO

A día de hoy, el sujeto de derecho es la persona física o moral titular de derechos y obligaciones. Se observa que la persona moral aparece como una entidad asexuada, el individuo -persona física- es actualmente en nuestro Estado de derecho positivo, necesariamente hombre o mujer¹.

Ha hecho falta esperar hasta el año 2010, para que una autoridad pública admita la existencia de un género neutro², categoría por tanto omnipresente en el inconsciente colectivo occidental y explícito en el plano gramatical.

Así, el estado de la persona está constituido por el conjunto de reglas que definen su personalidad jurídica y que lo individualiza con respecto a su familia y a la sociedad en su conjunto. El estado de una persona comprende principalmente su nombre, sus apellidos³, su lugar y fecha de nacimiento, su filiación, su nacionalidad, su capacidad civil, su domicilio, su situación con respecto al matrimonio y su sexo.

El sexo designa normalmente tres cosas: el sexo biológico tal y como es asignado en el nacimiento -sexo macho o hembra-, el papel o el comportamiento sexual que se supone le corresponde, el género, que provisionalmente definiremos como los atributos de lo femenino y de lo masculino que la socialización y la educación diferenciada de las personas produce y reproduce. Y finalmente la sexualidad, es decir el hecho de tener una sexualidad, de “hacer” o “tener” sexo (Dorlin, 2011: 5)⁴.

Conocemos que desde su nacimiento, niños y niñas son inscritos en una u otra categoría sexual. Esta asignación universal, que en principio es irreversible, determinará a través de la selección masculino/femenino una socialización diferenciada que, basada en una pretendida realidad biológica, aparecerá además como natural e inevitable.

Eribon (2005), en su análisis crítico del discurso y la práctica del psicoanálisis, señala como ciertos tipos de literatura ligera y de divulgación psicoanalítica, vienen a reforzar la idea según la cual, la diferencia entre sexos no solamente constituye un hecho, sino que además, vehiculiza valores tales como la diversidad y la complementariedad, reservando a unas el papel reproductivo y a otros el productivo y todo ello dentro de un orden conyugal.

El análisis de las tres dimensiones, de las tres acepciones entremezcladas: sexo, género y sexualidad, es objeto de estudio en multitud de ámbitos desde el ámbito académico hasta el ámbito del feminismo militante. Es ingente la producción literaria relativa a este sujeto que debemos a las teóricas feministas⁵.

1) En el caso de España fue en 1993 cuando se aprobó la reforma del art. 170 del Reglamento del Registro Civil, se pasaba así de ser hembras a mujeres.

2) Blake, H. “Briton is recognised as world’s first officially genderless person”. [en línea] The Telegraph, 15 Marzo 2010. Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/newsttopics/howaboutthat/7446850/Briton-is-recognised-as-worlds-first-officially-genderless-person.html> [ref. de marzo 2012]

3) En el Estado español aún se mantienen los apellidos paternos y maternos, a diferencia de lo que pasa en otros Estados de la Unión Europea en los que únicamente se mantiene el apellido paterno, un claro ejemplo de la sociedad patriarcal en la que vivimos.

4) La traducción al español es nuestra.

5) Debemos poner de manifiesto las magníficas aportaciones hechas por algunas de las autoras y algunas de sus obras de mayor calado en este ámbito de investigación que a continuación enumeramos: Butler, Judith *Deshacer el género*. Paidós Ibérica, Barcelona, 2006; *El género en disputa*. Paidós Ibérica, Barcelona, 2007; *Cuerpos que importan*. Paidós Entornos, Buenos Aires, 2002; De Lauretis, Teresa, *Théorie queer et cultures populaires: De Foucault à Cronenberg*. Paris: La Dispute. 2007; Halberstam, Judith (*Masculinidad femenina*, Egales. Barcelona. 2008) y *Preciados*, Beatriz Texto yonkie, Espasa Calpe. Madrid. 2008.

Así, no resulta extraño comprobar cómo gran parte de las teorías feministas trabajan a la vez en las distinciones históricas que se han establecido entre el sexo, el género, la sexualidad y su relación:

¿Se trata de relación causal que el sexo biológico determine el género y la sexualidad? ¿O bien se trata de una relación de simultaneidad no vinculante entre el sexo biológico de una parte y la identidad sexual (de género y la sexualidad) de otra? ¿O es quizás una relación de normalización? ¿Es la heterosexualidad reproductora, como organización social dominante de la sexualidad, la norma legal, social y además médica, a la luz de la cual deben ser examinadas en incluso cuestionadas las categorías de sexo y género? (Dorlin, 2011: 9).

Y es que debemos señalar que las teorías feministas no se centran únicamente en la delimitación teórica y práctica de lo que debería ser “natural”, “cultural” y “social”, entre el sexo el género y las sexualidades; sino que se centran principalmente en el estudio de los principios, postulados e implicaciones ideológicas, políticas y epistemológicas que pueden entrañar esta delimitación y las excluyentes asignaciones genéricas (masculinas/femeninas) que de ellas se desprenden.

En este sentido y profundizando en las posibles implicaciones que pueden derivarse de esta asignación a un rol u otro, desde un punto de vista jurídico, Borrillo (2011: 264) analiza cómo dependiendo de la interpretación de la realidad social que se haga, ésta tendrá traducción jurídica concreta.

En el orden binario de los sexos, los individuos son necesariamente distribuidos en dos grupos: machos y hembras. Los comportamientos esperados por cada “nomenclatura sexual” determinan las relaciones sociales del sexo, es decir la referencia, el prototipo de la masculinidad y de la feminidad, construido por cada sociedad y a partir de la cual se miden el conjunto de los comportamientos humanos.

A través de la lectura de su análisis, llegamos a la conclusión de que el binarismo intenta representar las realidades no-binarias mediante formas binarias o duales, sin distinguir tampoco entre unas y otras. Estas formas (1,0 y A, B) están caracterizadas sin embargo, por ser excluyentes de otros elementos, por lo que el binarismo no consigue dar cuenta de otras realidades que se engloban en un limbo jurídico.

El sistema sexual no es binario, en primer lugar, porque Macho no es no-Hembra, ni viceversa. Ontogénicamente, se puede decir que Macho es Hembra + Andrógenos (simplificando). Como el flujo individual de andrógenos en hembras y machos es diferencial, se puede hablar legítimamente de diversos grados de masculinización en cada individuo, hembra o macho.

Ni siquiera Macho y Hembra son duales, es decir, dos aspectos de una sola realidad, lo mismo que el polo positivo y el negativo (llamados así porque se ha querido llamarlos así, no porque cada uno suponga ausencia del otro) son partes inseparables y siempre presentes a la vez en el campo electromagnético.

Biológicamente, Macho y Hembra son dos funciones relacionadas con la aportación de ADN para formar nuevos seres, que además incluyen muchas variaciones de unas especies a otras, como la inversión del sexo en algunas de ellas y en determinadas ocasiones (Pérez, 2009).⁶

Este binarismo ha afectado hasta ahora a los conceptos de intersexualidad (viéndola como inter, no como extra), transexualidad (o paso de A a B, sin pensar en AB ni en C ni en D) e incluso al feminismo (los objetivos de liberación de la opresión de género y en particular, de las imposiciones de género, no requieren una polarización dualista varón/mujer; también hay opresiones e imposiciones de género varón heterosexual/varón homosexual).

Tomando como ejemplo la transexualidad,⁷ vemos como ésta pone en evidencia la complejidad del sexo y de sus diversos componentes: sexo genotípico, sexo fenotípico, sexo endocrino, sexo psicológico, sexo cultural y sexo social.

6) Pérez, Kim Estatuto epistemológico del binarismo y no binarismo sexual, Conjuntos Difusos. Grupo de debate sobre lo no binario. 15 de septiembre de 2009 [en línea] Disponible en: <http://conjuntosdifusos.blogspot.com/2009/09/estatuto-epistemologico-del-binarismo-y.html> [ref. de marzo de 2012].

7) Conocida en la comunidad científica como «síndrome de disforia de género» puede definirse como el sentimiento, convencimiento, pensamiento de pertenencia al sexo opuesto al que se asignó en el nacimiento.

Durante muchísimo tiempo la justicia española y francesa (territorios administrativos objeto de nuestra investigación) han hecho oídos sordos a las peticiones del colectivo TRANS y aunque la operación de cambio de sexo, reasignación de sexo, se ha tolerado, la modificación del estado civil ha sido rechazada históricamente sobre la base del principio de orden público.

En España la cuestión ha cambiado sustancialmente desde 2007 permitiendo a las personas TRANS cambiar de nombre y sexo en el Registro Civil sin someterse a cirugía. El objeto de esta ley es facilitar el cambio de la inscripción relativa al sexo de la persona en el Registro Civil armonizándola con su género y con el nombre propio que elija⁸. Queda pendiente la despatologización del proceso, pero esto excede de los objetivos de la presente investigación.

El rechazo a poner en concordancia el sexo recogido en el documento nacional de identidad con el nuevo sexo, ha sido considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como contrario al respeto del derecho a la vida privada⁹.

Vemos como la transexualidad nos sirve de ejemplo para comprobar una vez más, cómo la distinción entre macho/hembra está fundada en el postulado de la dualidad biológica de los sexos (sistema binario) y de su “inevitable” complementariedad; pero además, este sistema binario, tan excluyente, va más allá, pues como señalábamos anteriormente, las imposiciones dualistas han llevado también a una polarización dualista del género: varón/mujer, excluyendo de este modo, de nuevo, a otros conceptos no basados en un binarismo sexual, y provocando de nuevo lagunas jurídicas difícilmente resolubles, pues la realidad social va por delante de la realidad jurídica y de momento el corpus legislativo no ha encontrado la o las figuras jurídicas que den cabida a estas realidades sociales.

Como posible solución a esta disfuncionalidad jurídica, encontramos la siguiente propuesta enunciada por Borrillo (2011: 274):

Fundamentada en una idea culturalista, la tradición feminista no esencialista que va desde Simone de Beauvoir a Judith Butler, propone una crítica radical del sistema sexo-género. La multiplicidad de géneros propuesta por J. Butler, a través de la noción performativa, podría traducirse jurídicamente por el silencio de la “privacy”: cada individuo adopta el género que desee. Así en revancha, un sujeto de derecho sin género (más que plurigenérico) se convertiría en el principio rector de la nueva gramática sexual. Bastaría para ello con finalizar con la práctica de la inscripción del sexo de los individuos en el certificado de nacimiento. Esto permitiría solucionar a la vez el problema de los intersexuales y transexuales y terminar de una vez con los problemas de matrimonio y adopción por parte de las parejas del mismo sexo (...). Un orden jurídico democrático no puede continuar funcionando basándose en la división binaria de los géneros y en el imperativo heterosexual.

Tenemos que desterrar la idea de que el derecho únicamente evidencia la realidad, lo natural. Lo que en realidad evidencia el derecho es la existencia de un sistema patriarcal y heterosexista (socialmente aceptado) que divide a los sujetos de derecho en “mujeres y hombres” institucionalizando las diferencias entre unas y otros.

8) España. Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas *Boletín Oficial del Estado*, núm. 65 de 16 de marzo 2007, concretamente su art. 6 se refiere a inscripción en el Registro y a la concreta modificación del art. 93.2 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957.

Debe destacarse la pluralidad de terminología utilizada en la citada Ley 3/2007, que intentar explicar la transexualidad como una patología, así en ella se emplean términos como Identidad de género en la exposición de motivos, en el art. 4 Disforia de género Genero fisiológico.

Aunque en Francia la transexualidad ya no sea considerada como un perturbación psiquiátrica, esto no evita que sólo puede solicitar un cambio de estado civil la persona que haya sufrido una operación de reasignación de sexo o bien que al menos haya estado sometida a tratamientos médicos irreversibles. La circular de 14 de mayo de 2010 hace que no sea necesario sufrir una operación de reasignación de sexo para poder solicitar el cambio de sexo en el Registro Civil, pero el tratamiento médico irreversible es *condition sine qua non*.

9) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13343/87, de 25 marzo de 1992. B. contra Francia. En esta sentencia el TEDH ha encontrado que las obligaciones bajo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales son tanto negativas como positivas y ha decretado el deber de los Estados de proteger a las personas transexuales en varios aspectos de su vida en sociedad, tales como el reconocimiento legal del cambio de sexo y la correspondiente modificación del registro civil de nacimiento.

Necesitamos el poder de las teorías críticas sobre el modo en el que significado y cuerpo son fabricados, no para negarlos, sino para poder vivir en significados y cuerpos que tengan una posibilidad en el futuro (Haraway, 2007: 113)¹⁰.

LA DIMENSIÓN GENÉRICA: “MUJERES Y HOMBRES”, EN EL DERECHO

Así pues; y a la espera de que se produzcan cambios normativos que permitan una apertura en las categorías jurídicas; este trabajo conceptualizará al sujeto de derecho como la persona física o moral titular de derechos y obligaciones, teniendo en cuenta que en la actualidad, la persona física es en nuestro Estado de derecho positivo, o mujer u hombre. Esta división binaria jurídica se ha convertido en un criterio válido y pertinente para conferir derechos y obligaciones y regular determinadas situaciones.

No obstante, el hecho de que haya sido el derecho (patriarcal y heteronormativo) el que haya establecido como sujetos de derecho a mujeres y hombres, no ha significado en ningún caso que las consecuencias jurídicas sean las mismas para las unas que para los otros.

a. Breve historia del origen de la (des) igualdad política de las mujeres

No es ningún secreto que en el reparto de prerrogativas (que no de obligaciones) entre mujeres y hombres, estas se llevaron la peor parte. Hablar de igualdad de mujeres y hombres es un fenómeno político reciente, como señala Borrillo (2009: 89) “*el cambio de estatus de las mujeres ha constituido uno de los eventos más importantes del siglo XX, poniendo fin a la hegemonía de la sociedad patriarcal.*”. Si Bobbio calificó el periodo de la Ilustración¹¹ como “el tiempo de los derechos”, las mujeres quedaron excluidas de este proyecto ilustrado. Aunque las mujeres participaron activamente en la Revolución francesa de 1789, su *status* no mejoró sustancialmente. Las reivindicaciones de algunas mujeres de la talla de Theroigne de Mericourt o de Olympe de Gouges (autora de la “*Declaración de los derechos de la mujer y de la Ciudadana*”) no fueron tenidas en cuenta en dichos Acuerdos. De hecho, Rousseau, desarrollará un concepto de naturaleza que excluye a las mujeres como sujetos del pacto político y por tanto de la ciudadanía¹².

Rousseau a diferencia de Hobbes o de Locke, establece un estado de naturaleza con un cierto desarrollo histórico: en sus comienzos no hay agrupaciones humanas, sino aislamiento individual. En esta primera etapa Rousseau no constata ninguna diferencia entre la naturaleza masculina y la naturaleza femenina. Es en un segundo momento de ese estado de naturaleza, en el que los individuos empiezan a organizarse socialmente, cuando surge la familia y la diferenciación (Cobo, 1995: 113).

Se legitimaba de esta manera una desigualdad “natural” entre hombres y mujeres en función de la división sexual del trabajo. Quedaba pues, la naturaleza de las mujeres, definida por sus funciones sexuales y reproductoras, convirtiéndolas en seres dependientes de los hombres. Así, lo expresaba el propio Rousseau (1775) en su discurso: “Cada familia vino a ser una pequeña sociedad [...] Y fue entonces cuando se estableció la primera diferencia en la manera de vivir los sexos, que hasta ese momento solo habían tenido una [...] Las mujeres se hicieron más sedentarias y se acostumbraron a guardar la choza y los hijos mientras que el hombre iba en busca de subsistencia común”.

10) La traducción es nuestra.

11) El origen teórico de la teoría feminista lo encontramos en la Ilustración; momento histórico en el que se vindica la individualidad, la autonomía de los sujetos y los derechos. La adscripción genealógica del feminismo al siglo de las luces no quiere decir que hasta ese momento no se plantearan discursos en favor de la igualdad; recordemos que ya en la antigua Roma las mujeres estaban desprovistas de ciudadanía, y eran excluidas de la vida política, y en el ámbito de lo privado, como señala Borrillo, su subordinación se articulaba en torno a la institución del matrimonio.

A lo largo de toda la Edad Media la condición jurídica de las mujeres fue extremadamente precaria, se había instalado en Occidente una nueva misógina que mantuvo esta precariedad hasta bien entrado el siglo XX. En este sentido es muy interesante la obra Amorós, C; y De Miguel Álvarez, A, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Minerva Ediciones, Madrid, 2007, *passim*.

12) Esta teoría fue especialmente contestada por Mary Wollstonecraft en 1792 en su “*Vindicación de los Derechos de la Mujer*”.

Según este texto, se establece como natural la familia patriarcal, en la que las mujeres quedan confinadas en el ámbito privado, mientras que se reserva para los hombres el ámbito público, sabiendo que ambos ámbitos tienen un carácter infranqueable.

Pateman (2010: 21-43) en su obra *El contrato sexual*, explica como esta desigualdad “natural” se convierte en desigualdad política; y es que según ella, el origen del espacio público se encuentra en el contrato social que establece un pacto entre iguales, de carácter democrático; mientras que el espacio privado presenta su origen en el contrato sexual de subordinación.

El contrato social es por tanto aquel que se realiza entre iguales- los varones-, mientras que las mujeres al no ostentar el atributo de la igualdad, son heterodesignadas como idénticas y como señala Amorós (1997: 100-159), quedarán excluidas como sujetos del contrato pero no así como objetos de transacción de este.

b. Los movimientos feministas y post feministas, en el siglo XXI ante la desigualdad política de las mujeres

Veámos como durante la Ilustración los anhelos por alcanzar la igualdad de derechos para las ciudadanas recibieron pronto carpetazo con la naturalización de los sexos, que según “insignes ilustrados”, impedía pensar en un sujeto mujer con plena libertad y autonomía como el sujeto hombre.

La idea de igualdad estaba disponible con su enorme potencia. El feminismo se la apropió. Entonces sabemos que a la vindicación de igualdad se respondió con la naturalización del sexo. Que las mujeres fueran sexo dominado era designio de la naturaleza, orden inalterable, condición prepolítica, para cumplir la cual también era útil que se le impidiera el acceso a la educación y se les prohibiera el ejercicio de toda profesión. Así se comportaron los primeros democratismos, así lo entendieron los fundadores de la filosofía política moderna. Pero la idea de igualdad es pertinaz, incluso cabezota. Ahí seguía disponible y quienes la usaban cada vez tenían mayores dificultades para ponerle fronteras (Valcárcel, 2000: 116).

Deconstruir esta naturalización y esencialismo ha supuesto prácticamente el trabajo de casi dos siglos de feminismo. La revisión feminista del corpus filosófico que se viene realizando de manera intensa principalmente desde los años 70 se ha centrado mayoritariamente en tres tipos de tareas:

- Revisión de la producción filosófica de los hombres a lo largo de la historia de la filosofía, con los hallazgos consecuentes de posturas contradictorias.
- Estudio de la historia con el interés de buscar los textos y las experiencias de las mujeres, normalmente invisibilizadas y ocultadas por la historia oficial.
- Construcción y reconstrucción de discursos filosóficos feministas que forman principalmente lo que se llama actualmente “teoría feminista”, compuesta por una amplísima variedad de discursos y filosofías. A su vez, en este área podemos encontrar, que junto a las investigaciones sobre la sexualidad iniciadas por Foucault, aparecen por lo menos dos grandes tipos de contribuciones sobre la cuestión del sexo y la filosofía:
 - Trabajos relativos a las mujeres, como los llevados a cabo por Luce Irigaray, Michele Le Doeuff o Sara Kofman por citar a algunas.
 - Trabajos relativos a las diferencias entre los sexos, destacadas son las aportaciones en este campo de Genevieve Fraisse o Françoise Collin.

Así, estos tipos de trabajos en muchos casos se han centrado bien, en el lugar que ocupan las mujeres, o bien se han tratado de trabajos que se interesaban por la filosofía de las mujeres; en un sentido más amplio, por la filosofía relativa a “la igualdad de sexos” desde una perspectiva histórica de la filosofía.

En este sentido Reverter Bañón (2003: 33-50) señala que la teoría feminista supone la revisión más contundente de lo que se llama el “canon filosófico”, el cual pese a las enormes diferencias en los discursos mantiene un cierto punto de homogeneidad cifrado en el concepto de sujeto que está a la base de las filosofías oficiales, es decir el sujeto varón.

El proyecto feminista como tal, es un proyecto que forma parte de la historia de la modernidad, (insistimos que el nacimiento del feminismo como proyecto en ningún caso sitúa el origen del feminismo en la modernidad).

Señalaremos a continuación únicamente cuáles son las principales características de los movimientos feministas en el momento actual, justo ahora cuando el espectro de una crisis económica y de valores recorre el mundo entero.

Nos interesa conocer cómo el feminismo ha diversificado su agenda y sus perspectivas en esta época en que gran parte de los pilares fundamentales de la modernidad están cuestionados; al mismo tiempo que también nos interesa conocer cuál es la postura de los movimientos feministas con respecto al planteamiento inicial sobre la lógica binaria imperante.

Así pues, nos interesa profundizar en el pensamiento feminista frente a las categorías jurídicas binarias mujer/hombre, que como señalábamos anteriormente son tan excluyentes.

Si hacemos un rápido repaso de la historia encontraremos que si bien en la década de los 80 florecían los discursos del feminismo de la diferencia, en la década de los 90 estos movimientos se van a cuestionar directamente el concepto de género y el sistema sexo/género organizado sobre él. “*Un sistema de género/sexo es un conjunto de dispositivos mediante los cuales una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana y con los cuales se satisfacen estas necesidades sexuales transformadas*” (Gayle Rubin, 1975: 159).¹³

La década de los 90 vendrá marcado por la aparición del libro de carácter constructivista “El género en disputa” de Judith Butler quien afirma en él, que también el sexo es construido. Se daba así el pistoletazo de salida para que en la filosofía constructivista de esa década, se incorporara cada vez de manera más clara y contundente, la identidad como “artefacto” básicamente construido en todas sus dimensiones y coordenadas. Se borran las fronteras que el sistema sexo/género mantiene en cierta manera entre el sexo biológico y el género social.

Presenciamos así la tan necesaria apertura a la revisión al sistema sexo/género al entender que el género, como producto de la cultura no lleva necesariamente a la liberación; es más, empieza a razonarse que el género puede ser en realidad uno de los mecanismos por los que seguir regulando el comportamiento de hombres y mujeres. En definitiva las pautas “aceptables” para mujeres y para hombres se siguen produciendo “social y culturalmente” en base a un sexo, que se dice biológico, pero que se moldea realmente en conjunción con el género.

Las posturas post-feministas actuales instan a la “desestabilización” del tándem sexo/género y el binarismo biológico y social alineado con él. Tanto los sexos como los géneros no sólo son múltiples, sino que además son variables; sólo un entramado patriarcal que crea un género sobre una supuesta naturaleza biológica sexual dicotómica está convirtiendo en esencial y “natural” la distinción entre dos sexos.

LA NECESIDAD ACTUAL DE LA NOCIÓN “GÉNERO” COMO MEDIDA PARA EVITAR SITUACIONES JURÍDICAS DISCRIMINATORIAS. LAS ACCIONES POSITIVAS

La designación expresa del género en el ámbito jurídico en el que desarrollamos nuestra investigación, (y pese a que como ya venimos expresando, consideramos que el problema se centra en el concepto reduccionista, binario, que se tiene de la categoría género, y que lo traduce a una categoría excluyente) se convierte en una herramienta absolutamente necesaria para poner de manifiesto situaciones en las que las mujeres son discriminadas.

Y es que la actual preocupación por la reintroducción del concepto género en el ámbito jurídico se hace patente cuando se constata que la realidad jurídica no es suficiente para asegurar una igualdad real. Aunque como señala Lochak (2011: 55): “En el momento que se decide que hay que adoptar medidas

13) [En línea]. Disponible en: <http://cedref.revues.org/171> [ref. de febrero 2012].

En esta obra se puede apreciar el feminismo foucaultiano de Rubin como concepciones antiesencialistas feministas de la diferencia. Así En 1975 Rubin, incidió en que la cuestión constructivista que el género abre tiene un alcance que llega a la misma sexualidad. Así, según sus propuestas, que reinterpretan las tesis antropológicas de Lévi-Strauss sobre la exogamia de las mujeres, no sólo el género es construido, sino también la sexualidad, y precisamente a través del género. De igual manera Rubin, en el capítulo “Reflexionando sobre el sexo: nota para una teoría radical de la sexualidad”, lanza una propuesta que se adelanta a las corrientes posfeministas y toma ejemplos legales para ilustrar las jerarquías sexuales en el ámbito jurídico más allá del binarismo. Este artículo se encuentra en Vance, C, S, *Placer y Peligro*. Revolución, Madrid, 1989.

de carácter preferencial a favor de las mujeres, medidas que tengan como objetivo la reducción de las desigualdades de las que ellas son víctimas, la ley no puede ser ciega al género¹⁴.

Por esta misma razón, encontramos que incluso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, al intentar precisar los conceptos de igualdad de oportunidades e igualdad de trato, encuentra serias dificultades para articular de manera satisfactoria estos dos principios potencialmente contradictorios: la igualdad de trato o igualdad jurídica supone que la ley debe ser ciega al género, mientras que la igualdad de oportunidades desemboca ineludiblemente y a la vez, en la toma en consideración del género y en la ruptura con la igualdad en derecho¹⁵.

Con el fin de encontrar una respuesta satisfactoria a este dilema, el Tribunal de Justicia Europeo argumenta que las disposiciones que autorizan medidas preferentes a favor de las mujeres deben ser interpretadas estrictamente como derogadoras del principio de igualdad de trato.

Para que sean consideradas como lícitas, las medidas de acción positiva no deben garantizar una prioridad absoluta e incondicional a las mujeres en el momento de su elaboración y puesta en funcionamiento, y el objetivo de igualdad de oportunidades no debe convertirse en un objetivo de igualdad sustancial o de igualdad de resultados, por tanto la fijación de una cuota sería la última opción¹⁶.

Ha de señalarse que el derecho comunitario no impone su adopción, pero permite que los Estados miembros las adopten para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas en este caso desfavorecidas por motivo de su sexo. No obstante el Tribunal de Justicia Europeo solo acepta que la norma no sea ciega al género únicamente en los casos en los que simultáneamente ella tampoco es ciega a otras categorizaciones.

14) La traducción es nuestra.

15) Son ejemplo de ello las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo: Defrenne II de 8 de abril de 1976 (asunto 43/75), donde el Tribunal reconoció el efecto directo del principio de la igualdad de retribución para hombres y mujeres y declaró que el principio es aplicable no solo a la actuación de las autoridades públicas, sino también a todos los convenios de carácter colectivo para regular el trabajo por cuenta ajena. Caso Bilka-Kaufhaus GmbH, de 13 de mayo de 1986 (asunto 170/84): En este asunto el Tribunal consideró que una medida que excluya a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituye una «discriminación indirecta» y es, por tanto, contraria al artículo 119 del Tratado CEE si afecta a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que pueda demostrarse que la exclusión se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

En el caso Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group, de 17 de mayo de 1990 (asunto 262/88): el Tribunal decidió que todas las formas de pensiones profesionales constituyen una retribución a los efectos del artículo 119 del Tratado CEE, por lo que les es aplicable el principio de la igualdad de trato. El Tribunal declaró que los trabajadores de sexo masculino deben disfrutar sus derechos en materia de pensiones de jubilación o de supervivencia a la misma edad que sus colegas de sexo femenino.

16) En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha considerado también que era contraria a las exigencias del derecho comunitario, una *disposición de la Ley de Alemania de Bremen; que proporcionaba a las mujeres con idéntica cualificación, una preferencia automática* en el acceso a los empleos públicos donde ellas estaban subrepresentadas. Vid. Caso Kalanke TJCE 17 de octubre 1995: “Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva (LCEur 1976/44).” [TJCE 1995/172, apdo. 22]. Esta sentencia desde nuestro punto de vista estuvo poco argumentada en cuanto a la infracción hacia el principio de igualdad y no discriminación.

A partir del caso Kalanke la jurisprudencia europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres permite que se rompa la igualdad de trato para alcanzar la igualdad real. Comienzan a otorgarse ventajas tasadas con la intención de conseguir una representación más equilibrada entre hombres y mujeres en la promoción profesional: “a igualdad de curriculum profesional se preferirá al sexo menos representado”.

También en este sentido es bastante ilustrativo el caso Hellmut Marschall contra Westfalen: Sentencia de 11 noviembre 1997 TJCE/1997/236 competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres [TJCE/1997/236: “27.- Así, dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción que, favoreciendo especialmente a las mujeres, estén destinadas a mejorar su capacidad de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno)”].

En el caso Marschall, sucederá lo mismo respecto de la Administración: “en aquellos sectores de la actividad de la Administración que, en el nivel del correspondiente puesto de promoción de una carrera, tengan un menor número de mujeres que de hombres, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, en caso de igual capacitación (aptitud, competencia y prestaciones profesionales) de candidatos de uno y otro sexo, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos particulares que inclinen la balanza a su favor”. Se puede afirmar que ambas sentencias transformaron el sistema de cuotas, “matizando” entre el rígido y el flexible.

Y más recientemente el apartado 34 de la Sentencia de 30 de septiembre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), sobre acceso al empleo y a las condiciones de trabajo de madres y de padres. (Sentencia del TJUE 30-09-2010, Asunto C-104/09 (TJCE 2010, 280) , Roca Álvarez/Sesa Star ETT, S.A.) se ha establecido que: “Sin embargo, la normativa española objeto de litigio no constituye una desigualdad de trato admisible con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, ya que, si se analiza en detalle, no se trata de una disposición de protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad en el sentido de dicha Directiva”.

En cualquier caso, concluiremos, haciendo nuestra la advertencia de Lochak, (2011: 56) que señala cómo detrás del hecho de que sea tomada en cuenta la diferencia entre hombre y mujeres se perfila el riesgo de una regresión hacia lo “natural” y lo “biológico”. Es por ello que la promoción de la igualdad real que supone una ruptura con la indiferenciación de la norma, hace surgir inevitablemente el “dilema de la diferencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Amoros, C., *Tiempo de feminismo*, Madrid, Cátedra feminismos, 1997.
- Borrillo, D., *Le droit des sexualités*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- , « Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi » *Jurisprudence Revue Critique*, Université de Savoie, 2011.
- Cobo, R., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Madrid, Cátedra feminismos, 1995.
- Dorlin, E., *Sexe, genre et sexualités: Introduction à la théorie féministe*. Presses Universitaires de France, Paris, 2011.
- Eribon, D., *Echapper à la psychanalyse. Notes sur l'amour et l'amitié*, Paris, Léo Scheer, 2005.
- Haraway, D., *Manifeste cyborg et autres essais*, Paris, L. Allard, 2007.
- Lochak, D., « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Jurisprudence Revue Critique*, Université de Savoie, 2011.
- Pateman, C., *Le contrat sexuel, La découverte*, Paris, Institut Émile du châtelet, 2010.
- Valcárcel, A., *Las filosofías políticas en presencia del feminismo*, Madrid, Feminismo y Filosofía, 2000.

