

DERECHOS DE LAS MUJERES Y DERECHOS HUMANOS: UN CAMINO ENTRE IGUALDAD Y AUTONOMÍA*

WOMEN'S RIGHTS AND HUMAN RIGHTS:
A PATH BETWEEN EQUALITY AND AUTONOMY

ALESSANDRA FACCHI
Università degli Studi di Milano

Fecha de recepción: 2-11-2009

Fecha de aceptación: 13-1-2010

Resumen: *La consolidación de los derechos de las mujeres exige una profunda revisión de dos nociones determinantes en la fundación antropológica y filosófica de los derechos humanos: la idea de autonomía individual y el principio de igualdad. Dos nociones que en la interpretación tradicional liberal favorecieron la exclusión de las mujeres del discurso de los derechos y del ámbito público, y las dejaron recluidas en el espacio de la irracionalidad. Aunque el sufragismo del siglo XIX y el feminismo liberal favorecieron su acceso a la ciudadanía y la igualdad ante la ley, y el feminismo socialista, fusionó su liberación con la de la clase, ninguno de estos movimientos pudo acabar con las estructuras de dominación y con la marginación que las mujeres sufrían. Sólo a partir de los años sesenta, las mujeres conquistan la posibilidad de pensarse a sí mismas independientemente de los varones, reformulando en clave de género las categorías masculinas con las que habían sido concebidas, y planteando, por esta vía, una filosofía para los derechos más incluyente y liberadora.*

Abstract: *The consolidation of the rights of women requires a deep and profound review of two concepts crucial to the anthropological and philosophical foundation of human rights: the idea of individual autonomy and the principle of equality. Two notions that in the traditional liberal interpretation favoured the exclusion of women from rights speech and the public sphere, and confined them to the space of irrationality. Although the nineteenth-century suffrage and liberal feminism favoured access to citizenship and equality before the law, and socialist feminism merged its release with the class, none of these moves could end the structures*

* Traducción de María Eugenia Rodríguez Palop. Universidad Carlos III de Madrid



of domination and marginalization that women suffered. Only after the decade of the sixties, the women acquired a chance to think of themselves independently from males, reformulating in terms of gender the categories with which had been conceived, and raising, in this way, a philosophy for rights more inclusive and liberating.

Palabras clave: autonomía individual y dependencia, igualdad formal y sustancial, derechos de las mujeres, sufragismo, feminismos, derechos sexuados, sujeto situado, diferencias

Keywords: individual autonomy and dependency, formal and substantive equality, women's rights, suffrage, feminism, sexual rights, subject location, differences

PUNTO DE PARTIDA

Durante casi dos siglos, la igualdad en derechos, o sea, el acceso de las mujeres a los derechos fundamentales en condiciones de igualdad con los hombres, ha sido el principal objetivo de la teoría y de los movimientos feministas. Y ello, aunque en las últimas décadas del siglo XIX, desde gran parte de la teoría feminista se lanzaron profundas críticas a los derechos, o bien a causa de sus presupuestos teóricos, o bien por su incapacidad para reflejar los intereses, los valores, y la cultura de las mujeres. En el ámbito internacional los derechos humanos se han venido sometiendo a discusión en cuanto paradigma darwinista, eurocéntrico y paternalista, cuando no, simplemente, en cuanto pretexto para justificar una ingerencia fundada sobre diversos intereses. A pesar de esto, no puede ocultarse que el léxico de los derechos se ha difundido por todo el mundo: la idea de tener un derecho y poder reivindicarlo goza de una fuerza que va más allá de la cultura occidental en la que se formó.

¿Es posible superar las carencias propias de los orígenes (masculinos y occidentales) de los derechos humanos para transformarlos en un lenguaje de comunicación entre diversos mundos femeninos y en un instrumento de reforma útil en diferentes partes del mundo? En el feminismo internacional se ha desarrollado, y todavía está vigente, un intenso debate acerca de la oportunidad y de la potencialidad de los derechos humanos como instrumentos para mejorar las condiciones de las mujeres. La atención se ha concentrado más que en la aplicación de los derechos humanos *a las mujeres*, en la construcción y en la tutela de los derechos humanos *de las mujeres*.



"Women's rights are human rights"¹. Esta afirmación, extendida después de la Declaración de Pechino, y aparentemente obvia, es, sin embargo, la meta final en un largo recorrido marcado por la distancia entre los derechos de las mujeres y los de los hombres. Esta distancia es un rasgo que caracteriza el origen de los derechos de las mujeres y su desarrollo histórico, así como su actual configuración y tutela: "*Human rights have not been women's rights, not in theory or in reality, not legally or socially, not domestically or internationally*"².

Más allá de las múltiples configuraciones y de las garantías concretas que los derechos de las mujeres pueden asumir en las distintas partes del mundo, en la reflexión teórica se plantea el problema de cuánto y de qué manera son relevantes los fundamentos teóricos de los derechos humanos por lo que hace a los derechos de las mujeres. En las páginas que siguen propongo una reconstrucción sintética de las relaciones entre mujeres y derechos trazando una senda que gira alrededor de dos nociones centrales en la fundación antropológica y filosófica de los derechos humanos: la idea de la autonomía individual y el principio de igualdad. Estas dos nociones han jugado un papel fundamental en el desarrollo de la relación entre mujeres y derechos, revelando cada vez más, aunque en diferentes formulaciones, su íntima conexión.

Adoptando una perspectiva histórica, trazo inicialmente las coordenadas de las dos primeras fases – la primera se corresponde con la exclusión de las mujeres del discurso de los derechos del hombre y del ciudadano, y la segunda con el acceso de las mujeres a los derechos, para concentrarme, finalmente, en la fase más reciente, caracterizada por la reformulación de parte de la teoría feminista de los derechos y por la búsqueda, sobre esta base, de nuevos derechos de las mujeres³.

¹ La Declaración de Pechino, adoptada como conclusión de la V Conferencia mundial de las Naciones Unidas sobre mujeres se dirige, entre otras cosas, a "*ensure the full implementation of the human rights of women and of the girl child as an inalienable, integral and indivisible part of all human rights and fundamental freedoms*".

² C. MACKINNON, "Rape, Genocide and Women's Human Rights", *Harvard Women's Law Journal*, núm. 17, 1994, p.5.

³ Este esquema histórico es sólo aplicable a los países occidentales, más allá de los cuales, si bien en algunos contextos se han verificado movimientos feministas inspirados en los europeos y norteamericanos, los derechos de las mujeres han seguido un recorrido distinto y heterogéneo, tanto en el plano jurídico, como en la reflexión teórica.



1. LA EXCLUSIÓN

La historia de los derechos de las mujeres es mucho más corta que la de los derechos de los hombres⁴, dado que ha sido más recientemente, hace aproximadamente un siglo, cuando las mujeres han empezado a poderse ocupar de sus derechos. Durante el largo período en que se abordó la teorización y positivación de los derechos del hombre y del ciudadano, el acceso de las mujeres a los derechos fue severamente limitado, cuando no completamente imposible⁵. El fundamento del particular régimen reservado a las mujeres se identifica desde sus orígenes con los presupuestos antropológicos de los derechos y se construye sobre las características típicas de su sujeto titular.

El titular de los derechos es, en primer lugar, un sujeto racional: el fundamento universalista de los derechos se apoya en la razón como elemento común a todos los hombres. La formación del concepto de derecho subjetivo nace en el ámbito del iusnaturalismo moderno y de la búsqueda de su fundamento no ya en la revelación, sino en la razón humana. De la razón derivan los derechos que el hombre tiene por naturaleza y en la razón reside su capacidad de ejercerlos.

Y la razón camina al mismo paso que la autonomía individual: tanto la tradición jurídica del derecho subjetivo como la filosófica de los derechos naturales del hombre, se apoyan en la concepción moderna de la persona como individuo con un valor ético autónomo, que se presenta como interlocutor del poder político⁶. El contrato social es la manifestación por excelencia de la autonomía individual, lo que exige un individuo libre, racional y responsable, capaz de juzgar el bien y el mal por sí mismo y capaz de asu-

⁴ Para profundizar en aspectos singulares de la historia de los derechos, consultar el volumen: G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Historia de los Derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASÍS ROIG, *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XVIII*, 3 vols., Ed. Dykinson, Madrid, 2001. Para una reconstrucción histórica sintética que considera también los derechos de las mujeres, cfr. A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁵ Para un consolidado estudio de la historia y su división en varios procesos, cfr. G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁶ Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, segunda parte. Para un análisis histórico-sociológico de la afirmación del individuo, cfr. C. LE BART, *L'individualisation*, Sciences PO, LesPresses, Paris, 2008.



mir responsabilidades, de asumir un deber y de cumplirlo. La idea de autonomía se plantea de nuevo en el siglo XVII como el fruto de la abstracción de la persona y de su desconexión de vínculos comunitarios y colectivos. El nuevo orden social – que será recogido simbólicamente en la Declaración de 1789 – está fundado en el individuo autónomo, trabajador y propietario, en su capacidad de afirmación económica y social. El titular de derechos viene a coincidir con “el sujeto físico, un sujeto psicológicamente liberado que no tiene ninguna necesidad de buscar protección en las directrices comunitarias”⁷. Es un individuo portador de intereses y voluntad propia dispuesto a prescindir del grupo de pertenencia.

El titular de los derechos es, pues, un sujeto autónomo: un individuo “replegado sólo sobre sí mismo”, como diría Marx⁸. Y es un sujeto propietario. Vida, libertad, propiedad, no son sólo la tríada originaria de los derechos naturales del hombre, sino que se apoyan en una visión compartida de la relación del sujeto con sus propios bienes, de los cuales es dueño y señor, y de los que, en consecuencia, puede libremente disponer.

Ya en el siglo XVI la noción de propiedad, *dominium*, expresaba, según varios autores, la relación de exclusividad que tiene la persona con sus bienes⁹. El hombre, ser racional, es propietario de sí mismo, de su propio cuerpo, de sus acciones, y en cuanto tal es un hombre libre que goza de derechos. En la teoría política inglesa del siglo XVII se consolida la teorización del individuo propietario de su persona, libertad, capacidad y bienes; una propiedad a través de la que realizará su propio proyecto de vida¹⁰. En las Declaraciones del finales del siglo XVIII este sujeto se someterá a una ley igual para todos, expresión de la desaparición del orden corporativo, comunitario y jerárquico del medievo, y de la afirmación del individuo propieta-

⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p.73.

⁸ K. MARX, *Zur Judenfrage*, 1843. Trad. it. *Sulla questione ebraica*, Bompiani, Milano, 2007.

⁹ Según Francisco de Vitoria: “Está claro que la propiedad es derecho”, *Relectio de Indis*, Levante editore, Bari, 1996, p. 26. Sobre la doctrina de la libertad como posibilidad de dominación, cfr. P. GROSSI, “Usus Facti, La nozione di proprietà nell’inaugurazione dell’età nuova”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 1, 1972, pp. 287-355. Sobre la superposición entre propiedad y derecho a la libertad, también B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Scholars Press, Atlanta, Georgia, 1997.

¹⁰ “Cada hombre goza de la propiedad sobre su persona: sobre ésta nadie tiene derecho excepto él. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos, podemos decir, son propiamente suyos”, J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, V, 27.

rio de sí mismo y de su suerte. En el siglo XVIII este conjunto de rasgos asumidos como típicos del sujeto titular de derechos civiles, derechos de libertad y propiedad, va poco a poco reflejándose en el derecho positivo, con la noción de autonomía individual, que adquiere un valor completamente nuevo. Menores e incapaces son excluidos de la gestión de los derechos propios, sin embargo el sujeto autónomo puede disponer de sus propios bienes, de su propio cuerpo, de su propia libertad. Y este *status* de autonomía es el presupuesto también del ejercicio de los derechos políticos. El sujeto autónomo y el propietario se superponen: sólo los propietarios tienen derecho a participar en la elaboración de las leyes, dado que son hombres libres y generalmente gozan de un cierto grado de educación.

Autonomía, razón, propiedad, responsabilidad, son, pues, los rasgos típicos de los sujetos titulares de derechos civiles y políticos. Y estos sujetos son varones.

La mujer no es racional. Es destacable el modo en que, durante siglos, se ha negado la “razón” a la mujer, es decir, ese rasgo común a todos los hombres del que se derivan los derechos. La mujer es un ser instintivo, afectivo, irracional, apreciada y temida precisamente por estos rasgos que la diferencian del hombre.

El ser dotado de razón es por excelencia el varón, mientras se asume que en las mujeres prevalece la emotividad, el sentimiento, en suma, un carácter poco apto para las decisiones económicas y políticas, para la asunción de responsabilidad pública, las relaciones contractuales o las profesiones jurídicas. De hecho, la exclusión de las mujeres de la esfera pública estuvo siempre justificada con base en su “natural” diferencia, la misma que determinaba su tendencia a desarrollar ciertas actividades y su inaptitud para otras.

En definitiva, la mujer no es autónoma sino que depende de otros sujetos: maridos, padres, hermanos, hijos. Una dependencia que es sobre todo moral y cultural. Las mujeres no pueden decidir porque no juzgan “con criterio propio” y, en todo caso, es mejor que no lo hagan: para las mujeres la educación está clausurada o, mejor, se les reserva una educación adecuada al ejercicio de sus futuros deberes de esposa, madre y ama de casa¹¹. Los ras-

¹¹ No por casualidad, la primera reivindicación feminista fue la del acceso a la educación pública y obligatoria, necesaria para que las mujeres pudieran sustraerse de la dependencia moral y económica que tenían de los hombres. La educación es central también para la clásica teoría feminista: cfr. M. WOLLSTONECRAFT, *A Vindication of the Rights of Woman* (1792); J.S. MILL, *The Subjection of Women* (1861); V. WOLF, *Three Guineas* (1938).

gos que son apreciados socialmente en las mujeres son los de la dedicación, la capacidad afectiva, la comprensión, mientras que el conocimiento, el razonamiento, el juicio moral, son valorados en ellas negativamente.

La dependencia de la mujer es también material y económica. Es el hombre quien accede al mercado de trabajo y quien gana dinero. A la mujer se le reserva el trabajo doméstico, el cuidado de los familiares y de la casa, la educación de los hijos, la asistencia a los ancianos, las relaciones sociales: todas las actividades no remuneradas, que no son consideradas propiamente “trabajo” y cuyo valor depende de la discrecionalidad de los hombres que la rodean.

La erradicación de los vínculos colectivos y de la moral comunitaria que caracteriza al individuo moderno y la paralela afirmación de la familia mononuclear son procesos que, por un lado, exaltan la interdependencia del hombre, padre, marido, “trabajador”, y, por otro, requieren de la actividad doméstica de la mujer, esposa y madre¹².

En el orden económico, cultural y político burgués los papeles que desempeñan hombre y mujeres son distintos y complementarios, pero son los masculinos los que componen el eje en torno al que se construye la complementariedad femenina. La diferencia de roles asigna a los hombres la esfera pública y a las mujeres la esfera privada. Los derechos de libertad, propiedad y participación política se ejercen en la esfera pública, derechos que el individuo hace valer esencialmente frente al Estado y, así entendidos, tienen muy poca incidencia en la esfera privada.

La división-complementariedad entre esfera pública masculina –el espacio de los derechos, de la razón y la autonomía– y la esfera privada femenina –el lugar del cuidado, las necesidades, la dependencia, se institucionaliza con el proceso de positivación de los derechos: mientras las Declaraciones del siglo XVIII hablan de hombres y ciudadanos, dejando indeterminada la posibilidad de incluir a las mujeres y las ciudadanas, en el siglo siguiente el discurso de los derechos jurídicamente reconocidos comprende disposiciones explícitas de exclusión de las mujeres. Si en un nivel abstracto se podía mantener una aparente neutralidad y universalidad de los derechos, en el momento en el que los derechos del hombre se convierten en derechos del ciudadano, o sea, los derechos naturales se convierten en derechos positivos, se hace necesario formalizar las diferentes categorías de sus titulares.

¹² Cfr. sobre este asunto, J. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, New York, 1993.



En el siglo XIX se comienza a delinear una noción de ciudadanía como frontera de exclusión: sólo las personas que cumplen determinados requisitos son titulares de un conjunto de derechos, y sus deberes correspondientes, frente al Estado soberano. Durante mucho tiempo los derechos políticos no fueron reconocidos a quienes eran económicamente dependientes de otros, quienes tenían una educación insuficiente o eran incapaces de escoger libremente y de plantear un juicio competente, en otras palabras, a los que no eran autónomos. Si no formalmente, al menos de hecho, son siempre los mismos sujetos los que gozan del pleno ejercicio de los derechos civiles de libertad y propiedad.

En la categoría de los derechos civiles se consolida la superposición entre libertad y propiedad y la confusión entre derechos fundamentales y patrimoniales¹³. Una superposición repetidamente confirmada por la teoría política liberal a través de la teorización de una esfera de soberanía/libertad individual. Basta recordar las palabras de John Stuart Mill: "Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su mente, el individuo es soberano"¹⁴. Los derechos se convierten, pues, en los vigilantes del espacio de autodeterminación y soberanía del individuo adulto y capaz, de aquel espacio en el que cada uno conoce y puede decidir sobre su propio bien.

Sujeto autónomo y sujeto propietario se superponen, pero las mujeres no pueden ser ni autónomas, ni propietarias, sea porque están privadas de racionalidad, sea porque económicamente son dependientes de los hombres. Una dependencia de la que no pueden sustraerse desde el momento en el que quedan excluidas de la educación y del acceso a los trabajos remunerados.

Las mujeres no sólo fueron marginadas del discurso de los derechos políticos, es decir, de los derechos por excelencia, sino que les fue limitado el ejercicio de los fundamentales derechos civiles de libertad y propiedad, así como de los derechos patrimoniales y de la libertad de movimiento¹⁵. Cuando tal cosa no sucedía en nombre de su diferencia/inferioridad natural, sucedía en nombre de la tutela de la familia, de la estabilidad conyugal, del

¹³ Sobre esta cuestión, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. I, pp. 636 y ss.

¹⁴ J.S. MILL, *On Liberty*, 1869.

¹⁵ En esta exclusión se encontraban a menudo con otros grupos de personas. Por ejemplo, en Italia la ley electoral del 17 de marzo de 1861, dispone que "no pueden ser electores ni elegidos los analfabetos, mujeres, incapaces, condenados e insolventes".



bien de los hijos, o sea, de los valores centrales de la ética burguesa del siglo XIX: las mujeres casadas eran de hecho las que sufrían las mayores limitaciones¹⁶.

La familia, sujeto colectivo, se construye como una entidad autónoma, un sujeto individualizado al que se le atribuyen intereses y derechos propios. Quienes forman parte de ella, en particular, el marido y la esposa, tienen intereses diversos y a menudo en conflicto: para reconducirlos a un interés único, el de la familia (y por tanto a sus derechos correspondientes) es necesario un compromiso, y en este compromiso se han sacrificado históricamente los intereses de la esposa¹⁷. Así, durante mucho tiempo (y todavía hoy) se ha legitimado la discriminación en nombre de la familia y se han interpretado los derechos de las mujeres, únicamente, en cuanto esposas y madres. La separación entre la esfera pública y la privada ha tenido como consecuencia, entre otras cosas, que la familia se ha constituido como una jurisdicción autónoma, protegida de la ingerencia del Estado y gobernada por las costumbres, por la ética tradicional y religiosa, y por los equilibrios del poder patriarcal¹⁸.

Durante, al menos, dos siglos, movimientos y teoría feminista se orientaron esencialmente a conquistar la ciudadanía, a remover las normas que impedían que las mujeres fueran tratadas como hombres. Así, la “primera ola” del feminismo estuvo ligada a la consecución de la igualdad ante la ley, o sea, de aquella igualdad que se expresaba ya en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, y según la cual las diferencias,

¹⁶ En el Código Civil italiano de 1865 las esposas no tienen libertad de movimiento, dado que deben acompañar al marido al lugar en el que él decide vivir (art. 131), y tienen menos poder por lo que hace a los hijos: la potestad es “patria”. Sus derechos de propiedad están también fuertemente limitados, en cuanto que no pueden “donar, alienar bienes inmuebles, ceder o rescatar capitales, contratar seguros, ni disponer de bien alguno o intervenir en un juicio en relación a tales actos, sin autorización del marido” (art. 134).

¹⁷ Este mecanismo fue ya señalado por J. Bentham (cfr. A. FACCHI, “Culturas, género, orientación sexual. Derecho y diferencias en la obra de Jeremy Bentham”, en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Ed. Dykinson, 2006). Bentham justifica la preeminencia jurídica del marido con base en la necesidad de atribuir a una de las dos partes mayor poder que a la otra y así evitar una situación de conflicto perjudicial para los hijos y para la familia en su integridad. Un argumento que ha sido adoptado, de hecho, por legisladores europeos para justificar las discriminaciones jurídicas entre cónyuges.

¹⁸ Para una discusión, desde esta perspectiva, de la teoría política clásica y contemporánea, cfr. S.M. OKIN *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, 1989.

como rasgo colectivo, no existen para el derecho, que debe dispensar idéntico trato a todos los ciudadanos. Una igualdad indiferente a las diferencias del grupo, para la que sólo es relevante una pertenencia, la de la nacionalidad.

Para conquistar la igualdad jurídica las mujeres exigen ser consideradas iguales por naturaleza, iguales en valores y capacidad¹⁹, iguales para acceder a un *status* de racionalidad y responsabilidad, de independencia. En otras palabras, para ser tratadas iguales las mujeres han de asumir los rasgos típico-ideales del individuo titular de derechos civiles.

Ya en la *Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana*, de 1791, Olympe de Gouges reivindicó a la mujer como persona, responsable e igual al hombre en derechos y en deberes, con idéntica contribución al gasto público e idéntica sujeción al rigor de la ley penal. El feminismo de la igualdad se opuso al papel socialmente institucionalizado de la mujer, a la negación de las diferencias entre los sexos, porque estas diferencias se traducían en inferioridad, exclusión y subordinación. El objetivo fundamental de la primera fase del feminismo fue la constitución de las mujeres como sujetos autónomos, responsables, “propietarias” de sí mismas, con plena capacidad de decisión sobre su cuerpo, su vida, sus bienes, y por su sustracción a la definición que familiares e instituciones hicieran de sus intereses (padres, maridos, legisladores, sacerdotes, etc.). En fin, la autonomía personal y la igualdad formal confirmaron su estrecha correlación histórica también en el origen de los derechos de las mujeres.

2. EL ACCESO A LA CIUDADANÍA

Mientras el titular de los derechos de primera generación es, por excelencia, el individuo aislado y autónomo, los derechos económicos y sociales nacen y se afirman como derechos de la persona con necesidades insatisfechas, considerada en cuanto parte de un grupo social. Derechos de la perso-

¹⁹ “La teoría de la emancipación femenina surgió del tronco del determinismo sociológico iluminista...asignar a la desigualdad un origen social y moral implicaba eliminar cualquier justificación para la discriminación”. N. URBINATI, *Alle origini del femminismo teorico*, en J.S.MILL y H. TAYLOR, *Sull'eguaglianza e l'emancipazione femminile*, Einaudi, Torino, 2001. De hecho Mill sostiene la igualdad de trato jurídico entre los sexos a partir de la imposibilidad de demostrar la desigualdad natural (*The Subjection of Women*, 1869).

na socialmente situada²⁰, miembro de las “formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad” (art. 2 de la Constitución italiana).

Los derechos de segunda generación se incorporan a las Constituciones nacionales y a los Tratados internacionales posteriores a la segunda guerra mundial, pero su primera manifestación se remonta a una serie de medidas adoptadas por parte de los gobiernos europeos en el siglo XIX, a fin de ayudar a los miembros más pobres (y numerosos) de la población nacional, a tutelar a los trabajadores asalariados y a sus familias en situaciones de enfermedad e invalidez, y a asegurar garantías mínimas para los trabajadores en el ámbito laboral. Estas medidas, dirigidas finalmente a evitar las formas más agudas del conflicto social y, en consecuencia, las disfunciones del capitalismo, fueron reconocidas para casos de necesidad, de marginación social, y de retroceso del mercado de trabajo. O sea, no al objeto de alcanzar un *status* pleno de ciudadanía, sino, al contrario, en los supuestos de inferioridad social, en los que quedaba excluida la posibilidad de disfrutar de la plena titularidad de los derechos.

Las mujeres, junto a los niños, los enfermos, los ancianos, estuvieron entre los primeros beneficiarios de estas medidas, en cuanto sujetos sin autonomía, débiles, y carentes de la plena ciudadanía²¹. En estos casos la conexión entre autonomía y derechos se manifiesta en sentido contrario respecto de los derechos civiles, dado que para las mujeres el acceso a estos últimos sólo se da en el momento en que el “titular” se convierte en “destinatario”, pasa de ser sujeto autónomo a ser sujeto necesitado. La conquista de una parte de las mujeres de este *status* de autonomía e igualdad en derechos habrá de esperar, en los países occidentales, a la primera mitad o –en varios casos– a la segunda mitad del siglo XX, y vendrá de la mano del proceso de internacionalización.

Se superponen de este modo dos recorridos alternativos en la universalización de los derechos. Así, titulares de derechos humanos son, sobre el papel, todas las personas del mundo²². Constituciones, Declaraciones y Con-

²⁰ Cfr. G. GURVITCH, *La Déclarations des droits sociaux*, Editions de la Maison Francaise, New York, 1944.

²¹ T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, 1950.

²² La *Declaración Universal de los derechos del hombre* de 1948 afirma la igualdad en derechos y libertades de todos los seres humanos e incluye el sexo entre los rasgos que no pueden estar en el origen de discriminación alguna. Una igualdad jurídica que en los *Pactos sobre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales* de 1966, se presenta como un deber para los Estados (artículo 3).

venciones internacionales proclaman la plena titularidad de derechos fundamentales para hombres y mujeres, y en modalidades cada vez más precisas, prevén cláusulas antidiscriminatorias, esto es, la prohibición para sujetos públicos y privados de sufrir una discriminación fundada en la raza, la lengua, el sexo, las opiniones políticas, etc. Las mujeres, pues, pueden elegir representantes y ser elegidas, y gozan también, al menos sobre el papel, de todos los derechos civiles, en igualdad de condiciones que los hombres²³.

Sin embargo, la satisfacción dura poco: la consecución de la igualdad jurídica se sigue, de hecho, poco después de la constatación de su insuficiencia, de la dificultad de acceso efectivo a los derechos y de la enraizada y extendida discriminación que de facto existe respecto a los hombres. Las mujeres sufren una violencia mayor en casa y fuera de casa, reciben menos cuidados, tienen un nivel inferior de educación, mayores dificultades de acceso a los trabajos más cualificados y a los cargos públicos, a menudo, por el mismo trabajo disfrutan de una retribución más baja y suelen tener un doble trabajo, en el hogar y fuera del hogar. De este modo, empieza a evidenciarse que las reformas fundadas en la igualdad de derechos, sobre todo en el campo del derecho de familia y en el derecho laboral, y precisamente por basarse en el mismo trato, pueden producir también efectos negativos, en cuanto no tienen en cuenta las condiciones reales de vida de las mujeres, los recursos económicos de los que disponen, los condicionamientos culturales que sufren, las relaciones de poder y la división del trabajo en el seno familiar.

Fue a finales de los años sesenta cuando finalmente despegó la incruenta revolución de las mujeres, acompañada de la llamada “segunda ola” del feminismo²⁴. En los movimientos feministas se afrontó una nueva percepción: la igualdad jurídica no basta, la discriminación y la opresión tienen su

²³ A pesar de las previsiones constitucionales, la igualdad jurídica entre los sexos será un recorrido difícil que sólo se logrará progresivamente a través de reformas legislativas y jurisprudenciales. En Italia, por ejemplo, la Constitución de 1948 prevé la igualdad en el acceso a los derechos e incluye el sexo entre los rasgos que no pueden estar en el origen de discriminación alguna (art. 3). La igualdad de trato entre sexos ha sido rebatida en artículos específicos, en relación al trabajo, al sufragio, y al acceso a cargos públicos y electivos (artículos 37, 48 y 51). La conquista de la igualdad jurídica, de la posibilidad de estar presentes en el ámbito público y de ejercer profesiones “masculinas”, sólo tuvo lugar varios años después. Basta pensar que el acceso de las mujeres a la magistratura data de 1963, la reforma del derecho de familia que establece la paridad de los cónyuges es de 1975, y la igualdad jurídica en el trabajo se consiguió en 1977.

²⁴ Sobre la “democracia” en el movimiento feminista, cfr. A. TOURAINE, *Le monde des femmes*, Fayard, Paris, 2006.



raíz en la sociedad. Parece evidente la necesidad de ir más allá de la igualdad formal, sea como fruto de un proyecto activo contra la discriminación, sea como un replanteamiento del derecho y de las instituciones a partir del punto de vista de las mujeres.

La nueva perspectiva ligada a la afirmación del Estado social que domina en términos generales el debate público se refleja también en los movimientos y en el pensamiento femenino. Se renuncia a la visión “sustancial” de la igualdad en favor de aquella diferencia femenina que origina la desigualdad y la discriminación, legitimando la intervención del Estado para reequilibrar las relaciones, redistribuir los recursos y atenuar las desventajas.

El acceso al mundo del trabajo y de la política visualizan las dificultades reales que plantea el choque con las estructuras institucionales y culturales construidas durante siglos de dominio masculino, es decir, los costes de una igualdad fundada sobre la adopción de modelos masculinos. Y es que si los tiempos del trabajo son establecidos por una organización que presume una mujer en casa, a las mujeres –que no tienen una mujer en casa– les costará mucho más adaptarse o acabarán por renunciar al trabajo fuera de casa.

En el ámbito de los derechos positivos se inaugura una temporada de reformas dirigidas a introducir en todos los campos la igualdad declarada en las Constituciones. Los movimientos femeninos se movilizan por grandes batallas como la del divorcio o el aborto, la paridad en la familia o las oportunidades laborales. A la simple igualdad como idéntico trato se añaden políticas públicas que, partiendo de la constatación de la discriminación y de las diferencias existentes entre los sexos, pretenden hacer realidad la igualdad de oportunidades. De esta manera, se recogen en las legislaciones nacionales disposiciones que tienen en cuenta los rasgos específicamente femeninos, sin que todavía pueda hablarse de tutela. Tal es el caso del derecho laboral por lo que hace a la maternidad, o de las normas que garantizan la libre decisión de la mujer sobre su propio cuerpo en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. En los años ochenta se extienden también entre los países europeos varias formas de apoyo a la presencia femenina en el ámbito público, sobre todo a fin de favorecer su participación política: acciones positivas y cuotas, por ejemplo, que son medidas muy discutidas también al interior del pensamiento femenino²⁵.

²⁵ Letizia Gianformaggio ha demostrado cómo en realidad sólo algunas de estas medidas comportan una violación del principio de igualdad formal, cfr. *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

La dimensión de la libertad se liga estrechamente a la de la igualdad llevando al primer plano el papel de los derechos económicos y sociales, así como el de los servicios públicos. La libertad ya no puede ser sólo libertad abstracta de elección o sustracción a las imposiciones, sino que se construye como una autodeterminación que exige una cierta conciencia cultural y determinadas condiciones materiales. Para las mujeres, la reivindicación de la autodeterminación sobre su propio cuerpo y sobre su destino se desarrolla en relación a la sexualidad y a la maternidad, y se apoya en las posibilidades abiertas por las nuevas técnicas que permiten el ejercicio de una libertad responsable: contracepción e interrupción voluntaria del embarazo.

Al feminismo liberal, que aportó la igualdad de derechos, o al feminismo socialista, que fusionó la liberación de la mujer con la de la clase (aunque en el movimiento se reproducen las relaciones de subordinación de las mujeres a los hombres), se une poco a poco otro enfoque, que busca las raíces de la opresión femenina.

A finales de los años sesenta las mujeres inician su paulatina separación de los hombres y conquistan la posibilidad de pensarse a sí mismas independientemente de la mirada de los otros²⁶. Los grupos de autoconciencia no sólo revelan a muchas mujeres las múltiples y ocultas dimensiones de la opresión sexual y su participación en tal opresión, sino que les animan a reflexionar sobre ellas mismas, a buscar un pensamiento propio, no contra los hombres, sino prescindiendo de ellos. La atención ya no se orienta prioritariamente al cambio de las instituciones, sino a la transformación de la cultura, incluida la propia cultura femenina. La noción de “género” referida a la construcción cultural de lo femenino y de lo masculino se afianza frente a la de “sexo”, reconducida a la dimensión biológica de la diferencia. Precisamente, sobre esta base se construyen los *Gender Studies*.

Tanto por lo que se refiere a la igualdad, como por lo que hace a la autonomía, se superan las declaraciones formales: no es suficiente ser declarado autónomo para serlo realmente. La autonomía personal no se plantea como un punto de partida, sino como un objetivo accesible, o bien gracias a la remoción pública de los obstáculos, económicos, culturales e institucionales, o

²⁶ En Norteamérica y no sólo allí, tuvo un fuerte impacto el libro de Betty Friedan, *The Feminine Mystique* (1963) que a partir de la infelicidad del ama de casa modélica criticó a una cultura que producía e imponía a las mujeres la valoración positiva de un conjunto de roles femeninos.



bien a través de la eliminación de los mecanismos de opresión y subordinación ligados al sexo femenino.

El paradigma liberal antipaternalista concentrado en la elección de un individuo adulto y capaz, o sea, autónomo, se revela claramente inadecuado tanto frente a la dependencia material y psicológica de las mujeres, como frente a la interiorización de un rol subordinado, por parte de muchas de ellas. De hecho, la posible distancia entre los intereses y la voluntad de un sujeto se presenta en toda su complejidad cuando se vierte un poco de luz sobre aquellas elecciones que no son el fruto de la libre voluntad. Dado que tales elecciones derivan de formas variadas de constricciones indirectas y de una estructura opresiva consolidada, no pueden ser consideradas verdaderamente libres. En general, la concepción de autonomía personal que se maneja ha de relacionarse con el contexto al que se pertenece.

En el feminismo de las últimas décadas del siglo XIX, tanto en la teoría como en los movimientos sociales, se prestó una particular atención a la especificidad de las situaciones singulares, de los vínculos concretos, de las diferencias entre las mujeres. Y ello nos descubrió la realidad de un sujeto situado, que no estaba sólo marcado por el punto de vista del género: la mujer blanca, de clase media, heterosexual, laica o de religión cristiana, que fue después radicalmente cuestionada por el feminismo negro y el lesbiano²⁷. La existencia de diferencias internas en el movimiento de las mujeres, de personas con historias, valores y exigencias diversas que no pueden reconducirse a modelos únicos, ha planteado la necesidad de renunciar a la creación de un sujeto-mujer falsamente universal y neutral, en el que se reproduce la distorsión tantas veces criticada de la cultura masculina. Evitar la asimilación quiere decir que las diferencias de clase, de cultura, de raza, de religión, entre las mujeres no pueden ser ignoradas y que tampoco puede asumirse un único "punto de vista de las mujeres"²⁸.

El camino hacia la construcción de un sujeto concreto, definido por su especificidad individual, es el que ha tenido mayor desarrollo en la teoría jurídica y política feminista. Una aproximación que se ha impuesto también cuando se ha tratado de dar un contenido concreto al proceso de internacio-

²⁷ Una de las autoras más representativas de los problemas que plantea el feminismo negro es B. HOOKS. Cfr. B. HOOKS, *Ain't I a Woman? Black Woman and Feminism*, South End Press, 1981, y el más reciente, B. HOOKS, *Feminist Theory. From Margin to Center*, Pluto Press, London, 2000.

²⁸ Cfr. M. MINOW, "Feminist Reason: Getting it and Losing it", *Journal of Legal Education*, 1988, vol. 38, pp. 47-60.



nalización de los derechos y que se ha mostrado en el desencuentro entre el feminismo de matriz occidental y las mujeres no occidentales.

Los problemas de relación entre el universalismo de los derechos y la particularidad de las culturas surgen con fuerza en las dificultades que encontramos no sólo para hacer realidad los derechos de las mujeres sino también para darles un contenido común –o, al menos, compatible– en las diversas partes del mundo. La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (Cedaw)* adoptada por las Naciones Unidas en 1979, es el documento que recoge la internacionalización de los derechos de las mujeres y se apoya en la constatación de la discriminación existente entre hombres y mujeres por lo que hace al acceso a los derechos, o sea, en la necesidad de transformaciones no sólo jurídicas sino también económicas y socio-culturales²⁹, y en la obligación del Estado de asumir la garantía, el control y el apoyo a una igualdad efectiva (artículo 2)³⁰. En la *Cedaw* se manifiesta ya la conciencia del papel determinante de la cultura de pertenencia, en particular de la cultura tradicional, por lo que se refiere a la realización de los derechos; se admite que los derechos de las mujeres pueden tener aplicaciones diversas en diversos países, pero se enuncia un principio fundamental: su realización será siempre en interés de la humanidad en su conjunto.

3. DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

3.1. El alejamiento del derecho y la deconstrucción de los derechos

La fase más reciente en la relación entre mujeres y derechos es también la más compleja, diversificada y problemática. Esta fase refleja un cambio sustancial en el pensamiento femenino que incorpora los planteamientos del feminismo de la diferencia y de los estudios de género, es decir, de un conjunto de teo-

²⁹ “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (*Cedaw*, art.5).

³⁰ El artículo 4 de la *Cedaw* no considera discriminación “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer [...]”, medidas que “[...] cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

rías y movimientos que profundizan y reivindican el valor de la especificidad femenina, rechazando la asimilación a los modelos masculinos. Hasta la segunda mitad del siglo XIX el derecho fue considerado un territorio masculino, la primera ola del feminismo lo había conquistado ganando el acceso a las profesiones jurídicas y consiguiendo reformas legales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Muchas exponentes de la teoría feminista de la segunda ola replantearon la marginación³¹ femenina en el ámbito jurídico, subrayando algunos de los rasgos fundamentales de la visión masculina de las relaciones sociales y la gestión masculina del poder. Partiendo de la insuficiencia de las reformas jurídicas para responder a las necesidades de las mujeres y para introducir una igualdad real entre los sexos, se sometió a discusión el recurso al derecho como instrumento de transformación social y a los derechos como nociones adecuadas para expresar los intereses, los valores y la cultura femenina. De este modo, se enfatizó la libertad de elección individual sobre el propio cuerpo y la vida propia, apuntando a la ampliación de los espacios de autodefinición, sustraídos finalmente a la regulación del derecho y el Estado.

Así, mientras el feminismo de la igualdad se desarrollaba a través de movimientos sociales, caracterizándose por las conquistas políticas y jurídicas, aquel que podemos llamar feminismo de la diferencia se caracteriza por una retirada de la escena pública y de la confrontación política, y por un desarrollo paralelo de la reflexión teórica, concentrada en la construcción de una cultura femenina. A partir de los años ochenta las movilizaciones colectivas de las mujeres se reducen notablemente mientras se incrementa la diversificación interna del pensamiento feminista, al punto que llega a ser muy difícil hablar de feminismo *tout court* y se plantea la definición misma de "feminismo". En la teoría feminista anglosajona toman forma tres principales enfoques: la liberal, que reclama los conceptos de la tradición político-jurídica liberal y enfatiza la elección individual, la cultural, que se centra en la profundización del ser de la mujer y se desarrolla en torno a la actividad del cuidado, y la radical, que se concentra en el proceso de control y opresión y en los instrumentos para eliminarlos.

En el plano teórico, varias estudiosas de diferentes disciplinas se dedican a la deconstrucción de nociones y categorías consolidadas en el pensamiento liberal, occidental y masculino. La sensibilidad hacia las diferencias

³¹ En Italia se afirmó también el pensamiento de la diferencia sexual. Cfr. Libreria delle donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1987, y para una síntesis, F. RESTAINO y A. CAVARERO, *Le filosofie femministe*, Paravia, Torino, 1999.

entre las mujeres, la crítica a los planteamientos fundamentales del pensamiento político liberal, la reivindicación de políticas públicas a favor de grupos vulnerables, aproximó a la teoría feminista a otras corrientes de pensamiento, en particular al comunitarismo y al multiculturalismo.

La crítica a la pretendida universalidad de los derechos se posterga no sólo desde el punto de vista de las diferencias culturales sino también desde la diferencia de género³². En la literatura feminista se reelabora una crítica fundamental a los derechos, que se presentan como expresión de un sujeto universal, el Hombre, sin raza, sexo, ni clase social, cuando en realidad son la expresión de un individuo concreto: el hombre, blanco, de clase media, y propietario.

Los derechos no son, pues, ni universales ni neutrales, sino derechos de sujetos particulares, dado que no sólo son inadecuados para traducir los valores, intereses, estilos de vida de personas distintas, sino que son potencialmente dañinos. La construcción teórica de los derechos es el éxito político de una lógica sexuada, la que se corresponde con el punto de vista masculino y se funda en la exclusión y subordinación de las mujeres. De hecho, la lógica de los derechos y de las formas de regulación social que se derivan de ellos, ha sido considerada por muchos, extraña a la cultura y las necesidades de las mujeres.

En esta fase, se cuestiona radicalmente tanto la idea de igualdad jurídica como la de autonomía individual. El debate sobre el concepto de igualdad normativa marca gran parte de la teoría jurídica y política feminista de las últimas décadas del siglo XX que pone el acento en su carácter discriminatorio y sus pretensiones de asimilación. La igualdad que se traduce en igualdad de trato, es inadecuada porque – ignorando las diferencias – se convierte en una discriminación de facto. Una norma/normalidad construida sobre determinados modelos necesariamente penalizará a las personas que les son ajenas: las mujeres encuentran mayores dificultades respecto a los hombres para participar y ganar en un juego en la elaboración de cuyas reglas no han contribuido, y que, además, tiene efectos asimiladores; derechos y políticas fundadas en la igualdad de trato empujan a las personas a adoptar valores, comportamientos, prácticas institucionalizadas, estilos de vida propios del

³² Sobre la convergencia/incompatibilidad entre dos aproximaciones críticas al universalismo de los derechos, cfr. los ensayos recogidos en *Diritti delle donne tra universalismo e particolarismo*, en *Ragion Pratica*, 2004.



grupo dominante. La adopción de los modelos propuestos como “normales” permite, en efecto, que algunos individuos se incorporen al poder, consiguiendo objetivos sociales y económicos prominentes, pero a cambio de la renuncia, al menos parcial, a la propia identidad de grupo.

La crítica a la visión liberal de la igualdad ha ido también más allá del punto de vista femenino para adoptar el de los miembros de los grupos no dominantes, subrayando las relaciones que existen entre diferencia y opresión, reivindicando políticas de emancipación, que se afirman como valores del grupo y que exigen también un tratamiento diferenciado en favor de los desaventajados³³.

En el ámbito de la teoría jurídica feminista anglosajona se ha consolidado la división entre las que son partidarias del *Equal Treatment* y las que se apoyan en el *Special Treatment*. Por un lado, se sitúan los que, en línea con la tradición liberal, creen que a las mujeres también les vale la lógica de los derechos, y el correspondiente modelo de responsabilidad individual, y, en general, sostienen que las mujeres deben ser tratadas del mismo modo que los hombres. Por otro lado, están aquellos que subrayan la inadecuada estructura que presenta esta lógica, rechazan su extensión a las mujeres y defienden la necesidad de un tratamiento distinto³⁴.

Un buen ejemplo de estas dos posiciones es la divergencia que existe entre los planteamientos de Carmel Shalev y Carol Pateman³⁵ en relación con el problema de los efectos jurídicos de la maternidad subrogada. Shalev, liberal, sostiene que de la autonomía de la mujer se sigue la responsabilidad hacia los deberes asumidos que son, además, inderogables; Pateman, radical, rechaza la aplicación del modelo contractualista³⁶. Para Shalev cada vez que se reconoce la especialidad de esta situación y, por tanto, la ausencia de responsabilidad de la madre gestante, se arrastra a la mujer a un *status* de debilidad y dependencia. Para Pateman la particularidad de la situación no

³³ Cfr. I.M. YOUNG, *Justice and The Politics of Difference*, Princeton U.P., 1990.

³⁴ F. GOLDSTEIN (ed), *Feminist Jurisprudence. The Difference Debate*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1992.

³⁵ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Polity Press 1988; C. SHALEV, *Birth Power*, Yale U.P., 1989.

³⁶ Come subraya Pitch, la diferencia de fondo en la diversa noción de sujeto es que para Shalev el sujeto del derecho y de los derechos, debe ser considerado en abstracto, mientras que para Pateman, al contrario, la diferencia sexual debe tomarse en cuenta desde un punto de vista jurídico. *Un diritto per due*, Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 39.

permite identificar a la madre gestante con un sujeto abstracto, ni su deber con cualquier deber de naturaleza patrimonial. El valor que se atribuye a la autonomía del sujeto, en este caso, de la mujer que asume su embarazo, exige también contemplar la posibilidad de cambiar de opinión en el curso del mismo, decidiendo ser madre no sólo natural sino social. Las dos posiciones se traducen, pues, no sólo en diferentes concepciones de la relación entre igualdad y derecho, sino también en diferentes concepciones de la autonomía personal.

En suma, en el paradigma de la igualdad normativa se encuentra, en efecto, la concepción liberal del sujeto titular de derechos. Se puede tratar a todos/as de la misma manera si todos/as son considerados/as en función de algunos caracteres asumidos como comunes y jurídicamente relevantes y si las relaciones entre ellos se reconducen a un modelo dominante de interacción social.

Desde esta perspectiva la teoría feminista incorpora y reelabora una crítica clásica al paradigma de los derechos fundados en una visión atomista de la sociedad, en una concepción contractual de las relaciones sociales y en una antropología individualista. Tres modelos que no se corresponden, al menos no exclusivamente, con la realidad.

En primer lugar, se señala la diferencia entre sujeto construido y sujeto real: el ser humano (varón o mujer) no está, o al menos no está siempre, en condiciones de ser racional, autónomo y consciente, sino que, por el contrario, está en condiciones de dependencia, incertidumbre y necesidad. Por otra parte, la autonomía para las mujeres es considerada como una condición no sólo limitada por factores contingentes, sino constitutivamente inalcanzable, precisamente porque está construida con instrumentos conceptuales y dispositivos jurídicos que se apoyan en su negación. De este modo, se hace necesario no sólo considerar los límites –formales y empíricos– que impiden el acceso a condiciones adecuadas de autonomía sino también replantear los rasgos de esta noción tal como se ha consolidado en el pensamiento liberal así como sus aplicaciones actuales³⁷.

³⁷ D. MEYERS, "Feminist autonomy and the Paradox of Feminine Socialization", en *Journal of philosophy*, vol. 84, núm. 11, 1987, pp. 619-28; J. CHRISTMAN, "Feminism and Autonomy", en D. BUSHNELL (ed.), *Nagging Questions*, Rowman & Littlefield, 1995, pp.17-39. Para un debate sobre las diversas nociones de autonomía, cfr. *The Inner Citadel, Essays on Individual Autonomy*, J. Christman (ed.), Oxford U.P., 1989.



A la ética de los derechos, apoyada en la autonomía del sujeto, se contraponen una ética del cuidado, fundada sobre su interdependencia. Como es sabido, la idea de una ética del cuidado tiene su origen en los estudios de la psicóloga Carol Gilligan³⁸, y ha tenido después formidables desarrollos y reelaboraciones.

Según Gilligan es posible identificar dos tipos de razonamiento moral, que se evidencian en casos de conflicto: una ética del cuidado o de la responsabilidad, por un lado, y una ética de la justicia o de los derechos, por el otro. La ética de los derechos se apoya en el concepto de igualdad y en la aplicación de principios “justos”, mientras que la de la responsabilidad descansa en el reconocimiento de la diversidad y de las necesidades personales.

Para la ética del cuidado el fundamento de la responsabilidad y de las pretensiones morales reside en el sufrimiento del sujeto, mientras que el de la ética de los derechos reside en la violación de una norma: si la ética del cuidado mira hacia el futuro, procurando salvaguardar las relaciones, y centra su atención en las necesidades de los sujetos implicados, la ética de los derechos mira hacia el pasado, favoreciendo la aplicación de principios y normas, pero prescindiendo de sus consecuencias sobre las personas implicadas³⁹. Al principio, se vio en la ética del cuidado un componente típico de la moral femenina, y en la de la justicia, un elemento de la moral masculina, pero esta visión ha sido después superada por la constatación de que en ambos sexos pueden presentarse ambas actitudes.

El hecho de que los derechos se apoyen en un presupuesto que no siempre podemos encontrar en la realidad, la autonomía y la racionalidad de sus titulares, no significa – o, al menos, no en todos los casos – que los derechos deban ser rechazados, sino sólo que deben usarse con cautela. Elisabeth Wolgast explica con gran claridad esta posición, según la cual la voluntad y la rei-

³⁸ En el libro *In a Different Voice*, de 1982, Gilligan, utilizando varias entrevistas a hombres y mujeres de edades distintas, reconstruye la concepción de la moralidad y las experiencias personales frente a conflictos y dilemas éticos. La particular configuración de la moral femenina es para Gilligan una actitud digna de defensa y desarrollo en el campo de la ética, que puede integrarse con e incluso sustituir a la masculina.

³⁹ La obra de Gilligan ha saltado al plano jurídico en la búsqueda de modalidades alternativas, a las institucionalmente consolidadas. Así, por ejemplo, la ética del cuidado ha inspirado posiciones de apoyo a la mediación familiar, en cuanto modalidad negociadora, flexible, capaz de tener en cuenta las situaciones particulares y de valorar las estrategias de la acción femenina.



vindicación, siguiendo a Joel Feinberg, son elementos esenciales de los derechos: “El derecho coloca a quien los detenta en una posición asertiva...los derechos colocan a sus titulares en el puesto de guía”⁴⁰. Precisamente porque la autonomía, la racionalidad y la reivindicación es lo que da lugar a los derechos, hay algunas situaciones en las que los derechos se “equivocan”. Se trata de aquellas situaciones en las que los sujetos a los que se les atribuyen se encuentran en una relación compleja de dependencia frente a los que tendrían que reivindicarlos⁴¹. Sujetos “no autónomos” que a menudo no tienen la capacidad concreta, al menos en aquellas situaciones específicas, de dar un contenido a los derechos propios y de hacerlos valer. El caso más evidente es el del enfermo frente al médico o al personal sanitario, respecto al que se encuentra en una relación de dependencia material o psicológica, y muchas veces también de incapacidad cognitiva para comprender la información que le afecta. En este caso, el titular no sólo no es capaz de ejercer sus derechos, sino que, según Wolgast, el hecho de habérselos reconocido evita que se recurra a otras formas de tutela más adecuada a sus necesidades. En ciertos momentos, atribuir un derecho se convierte en un modo de eludir responsabilidades por parte de aquellos que están en posición de fuerza o de control.

En conclusión, pues, los derechos son funcionales en algunas relaciones, pero no en todas: de hecho, en situaciones extrañas a la antropología y a la visión de las relaciones humanas con base en las que se formularon, no funcionan, e incluso pueden ser dañinos.

3.2. La construcción de los derechos sexuados y los retos del feminismo fuera de Occidente

A partir de los años noventa, mientras se continuaban desarrollando los *Gender Studies*, disminuyó la desconfianza hacia el derecho y los derechos.

⁴⁰ E. WOLGAST, *The Grammar of Justice* (1987), ed. it. *La grammatica della giustizia*, Ed. Riuniti, Roma, 1991, p. 35.

⁴¹ Los derechos pueden ser inadecuados, incluso, erróneos, cuando se hacen valer por parte de sujetos íntimamente conectados, como en el caso de la madre con el feto, dado que aumentan, en lugar de disminuir, la tensión entre ellos. Ninguna de las dos estrategias que se han formulado para afrontar la relación entre la madre y el feto, en función de sus derechos, funciona: ya sea porque se considera al feto persona autónoma con intereses y derechos propios, eventualmente contrapuestos a los de la madre, ya sea porque se le considera una emanación del cuerpo de su madre, como si fuera de su propiedad y formara parte por completo de su esfera de autodeterminación.



La teoría feminista se concentró en cuestiones que tenían que ver con la vida y la discriminación, y las diferentes formas de opresión se sometieron al debate público. De este modo, se buscaba una formulación nueva de normas y principios que consiguiera reflejar el punto de vista de las mujeres.

En los países anglosajones y escandinavos se consolidan aproximaciones como la *Women's law* y la *Feminist Jurisprudence* cuyo presupuesto es que el derecho no es constitutivamente masculino, o sea, sexista, sino que sólo lo es en cuanto ha sido formulado por hombres. De aquí la necesidad de deconstruir categorías y normas jurídicas existentes que enmascaran las opciones ideológicas, para formularlas de manera que recojan los caracteres, la cultura, los valores y las necesidades femeninas; para construir un derecho y un sujeto de derechos que no se presente ya como neutral, sino explícitamente como sujeto sexuado⁴².

Catharine MacKinnon, jurista estadounidense exponente importante del feminismo radical, es una de las principales representante de aquella parte de la teoría jurídica feminista⁴³ que adopta y reformula principios y derechos de la tradición liberal para utilizarlos en batallas políticas orientadas a eliminar comportamientos opresivos y discriminatorios contra las mujeres. MacKinnon considera la sexualidad como un ámbito privilegiado de opresión masculina que aglutina, si bien de distintas formas, a todas las mujeres en el mundo. El problema para el derecho no es que se deba tratar a las mujeres de la misma o de diferente manera que a los hombres, sino más bien que hay que evitar su transformación en un instrumento de subordinación y opresión. La atención de la reflexión femenina debe pasar de la diferencia a la opresión, sin abandonar el debate público, la arena política, la elaboración jurídica⁴⁴.

Es notablemente conocida la apuesta que MacKinnon hace en sus escritos por la ley contra el acoso sexual en el trabajo, la prohibición de la pornografía,

⁴² Este tema lo he tratado más extensamente en A. FACCHI, "El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", *Academia*, núm. 6, 2005, pp. 27-47.

⁴³ Cfr. C. DALTON, "Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought", en *Berkeley's Women's Law Journal*, núm. 3, 1988, pp. 1-13, C. BROOKS WHITMAN, "Review Essay: Feminist Jurisprudence", en *Feminist Studies*, vol. 17, 1991, pp. 493-507 y J. MORGAN, "Feminist Theory as Legal Theory", en *Melbourne University Law Review*, 1988, vol. 16, pp. 743-759. Los tres se recogen también en F. OLSEN (coord.), *Feminist Legal Theory*, Dartmouth, 2 vols., 1995.

⁴⁴ Para un análisis del concepto de opresión referido a los movimientos estadounidenses de los años sesenta, cfr. I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, 1990.



que propone imágenes de sometimiento femenino, y contra la violencia contra las mujeres, defendiendo la tipificación internacional del estupro étnico como genocidio, y en favor de una redefinición del principio de igualdad que permita intervenir en los casos de prácticas dañinas contra las mujeres⁴⁵.

También la ética del cuidado se desarrolla en el plano de la política pública: de la descripción de un conjunto de actividades y de la actitud moral individual que tales actividades exigen, pasa al plano normativo, orientando el contenido de reformas políticas y jurídicas. Necesidades y derechos no se contemplan ya como instancias contrapuestas sino en su dimensión complementaria⁴⁶. En esta dirección se sitúa el trabajo de la filósofa norteamericana Joan Tronto que se propone como un buen instrumento para afrontar las necesidades humanas en una sociedad en la que la dependencia se asume con normalidad, es decir, no se interpreta como un estigma negativo, sino como un rasgo necesario y universal de las relaciones humanas.

Tronto parte del análisis de la importancia que en todas las sociedades tiene la actividad de cuidado y, contemplando su desigual distribución y su infravaloración económica y cultural en tales sociedades, plantea una propuesta política dirigida en primer lugar, a hacer visible y conferir valor público tanto a estas actividades como a quienes las protagonizan, y en segundo lugar, a redistribuir la carga entre los diferentes miembros que componen la sociedad, sean hombres o mujeres.

Las personas no son autónomas y autosuficientes: el cuidado es, de por sí, una actividad que no tiene lugar entre sujetos iguales y autónomos, sino que implica situaciones de dependencia y necesidad. El cuidado comporta una actitud paternalista/maternal: “el riesgo de que quien recibe el cuidado pierda su autonomía y su sentido de independencia, va siempre implícito en el proceso del cuidado”⁴⁷. Sin embargo, para Tronto, esto no significa que

⁴⁵ Pueden consultarse los dos volúmenes: C. MACKINNON, *Feminism unmodified, Discourses on Life and Law*, Harvard U.P., Cambridge Mass, 1987 y *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Harvard U. P., Cambridge Mass, 2006.

⁴⁶ Cfr. J.A. WHITE y J. C. TRONTO. “Political Practices of Care: Needs and Rights”, *Ratio Juris*, núm. 17, 2004, p. 426. Para el debate anglosajón sobre la relación entre lenguaje de las necesidades y lenguaje de los derechos, cfr. J. WALDRON, *Rights and Needs: The Myth of Disjuncture*, en *Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives*, A. SARAT y T. KEARNS (eds.), Michigan U.P., Ann Arbor, pp. 87-109.

⁴⁷ J.C. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, New York, 1993 (ed. it. *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, Diabasis, Reggio Emilia, 2006, p. 163.)



haya que renunciar a la autonomía de la persona, que se considera central en la interpretación y en la elección de las necesidades dignas de satisfacción. El paso del cuidado de actividad privada a deber público, debe ser sometido a un procedimiento democrático, de modo que en la definición del proceso de cuidado participen también sus destinatarios. Este es el único camino que puede transitarse si se pretende mitigar el desequilibrio de poder que se aprecia entre el que presta el cuidado y el que lo recibe.

Mientras en el feminismo teórico occidental, en particular en el anglosajón, vuelve a emerger en cierta forma el interés por la política, el derecho y los derechos, en el ámbito internacional, a partir de la *Cedaw*, se extiende el debate sobre los derechos de las mujeres. Un debate que no se limita al ámbito de las instituciones supranacionales y ONGs, sino que alimentan también las reivindicaciones de grupos y movimientos feministas, la construcción de redes de mujeres, así como una literatura multidisciplinar que reinterpreta los derechos a partir de historias, culturas y religiones diferentes⁴⁸.

Las dificultades de relación entre el universalismo de los derechos y la particularidad de las culturas emergen con fuerza cuando se trata de los derechos de las mujeres, precisamente porque los espacios tradicionales de la vida femenina son aquellos más profundamente regulados por las religiones y las tradiciones. Aunque en la discusión intercultural volviera a surgir durante la conferencia de Pekin, la identificación de los derechos de las mujeres como derechos humanos universales ha debido superar diferentes tensiones: la distancia entre la visión de los derechos de las mujeres consolidada en la tradición occidental y la interpretación local, comunitaria y religiosa de aquellos derechos, se puso de manifiesto continuamente, sobre todo en relación a las prácticas tradicionales más enraizadas. La necesidad de superar los problemas planteados por la universalización de los derechos, ha sido un acicate para buscar otros instrumentos más adaptados a las necesidades y características particulares de las mujeres, compatibles con su pertenencia y evitando el riesgo de eurocentrismo⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. *Encountering Human Rights: gender/sexuality, activism and the promise of law*, especialmente, "Feminist Legal Studies", 2008, 16, editado por E. GRAHAM y R. HUNTER.

⁴⁹ Entre tales instrumentos destaca la aproximación a las capacidades de Martha Nussbaum, que se propone como fundamento de una teoría normativa de la justicia social aplicada a las mujeres, y que aspira a tener validez universal y a orientar el comportamiento de los gobiernos y las instituciones supranacionales. M.C. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge U.P, 2000.

De todos modos, es indiscutible que la afirmación de los derechos de las mujeres se debe traducir en primer lugar en la denuncia y la búsqueda de una tutela real contra las prácticas que comienzan con el exterminio de las niñas antes de nacer o justo después, prosiguen con su explotación, la segregación impuesta, los estupro y abusos sexuales, la utilización forzada de su cuerpo y de su vida, y comprenden, en suma, todas las variadas formas de opresión extendidas por el mundo; formas de violencia y de discriminación ejercidas en casa, en el trabajo, en las calles, en la guerra y en la paz, por parte de amigos y de enemigos, sobre personas del género femenino.

Como ya es sabido por todo el mundo, incluidas las naciones occidentales, la mayor parte de la violencia y la discriminación que se practica contra las mujeres tiene lugar en el ámbito familiar y comunitario⁵⁰. Si los derechos de las mujeres no son todavía propiamente considerados derechos humanos es porque la violencia, las amenazas, la discriminación, proceden de personas cercanas, de familiares, de miembros de la propia comunidad, de parte del poder privado, y no sólo de poderes públicos, porque la violación de sus derechos está culturalmente enraizada y legitimada, y a menudo también apoyada por instituciones y narraciones religiosas. Esto ha llevado a exigir tanto la reformulación de los derechos de libertad como las normas que permiten su ejercicio, de forma que puedan ofrecer tutela especial a las personas frente a sus propios grupos de pertenencia, es decir, frente a los sujetos que a menudo están socialmente legitimados para definir los intereses de la mujer, pero que son sus principales enemigos⁵¹.

La preocupación por tutelar a las mujeres frente a los grupos a los que pertenecen se ha presentado como una exigencia fundamental desde una perspectiva liberal no sólo en contextos tradicionales y patriarcales sino también en las sociedades multiculturales de occidente⁵². La acusación lan-

⁵⁰ Este asunto lo he tratado más profundamente en "Mujeres inmigrantes, libertad individual y políticas sociales", *Revista Internacional de Filosofía Política*, 2006, núm. 27, pp.117-127.

⁵¹ Cfr. C. MACKINNON, "Crimes of War, Crimes of Peace", en *On Human Rights*, S. SHUTE and S. HURLEY (eds.), Basic Books, New York, 1993. También el Consejo de Europa ha expresado recientemente su preocupación: "*quant au vide juridique constaté en matière de protection des droits de la personne humaine des femmes immigrées et au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans les communautés immigrées*", Résolution 1478, 2006.

⁵² MacKinnon subraya cómo el pensamiento postmoderno ha sido el fundamento de las justificaciones multiculturales a la violencia machista, mientras "*defense of local differences, as they are called, are often simply a defense of male power in its local guise*". "Postmodernism and Human Rights", en *Are Women Human?*, cit., p. 52.



zada por la filósofa Susan Moller Okin según la cual el extremo “respeto por la diferencia” mostrado por el feminismo ha producido “mucho daño a las mujeres en el mundo”, ha roto la alianza entre feminismo y multiculturalismo; una alianza que se había consolidado en nombre de las políticas de la diferencia y de la crítica a la neutralidad del Estado⁵³.

Si es verdad que la pertenencia al grupo, a la familia, a la comunidad, ha sido siempre y es todavía, una fuente de violencia, de opresión y de discriminación contra las mujeres, también es cierto que la pertenencia comprende una dimensión de adhesión subjetiva y que a menudo las dos dimensiones están indisolublemente unidas. Cada mujer está determinada por sus pertenencias y por ello es imposible crear un modelo universal de bienestar⁵⁴. Las construcciones identitarias, sobre todo las identidades/pertenencias incompatibles, son por lo general construidas desde el exterior, etiquetas que no se corresponden con la percepción de los miembros del grupo, sino sólo de una minoría instrumentalizada. La pluripertenencia de las personas y la formación de la identidad “mestiza” alimentada por el fenómeno de la globalización, la migración y la transmigración, han venido siendo subrayadas desde hace tiempo por la literatura sociológica. Poner el acento en la incompatibilidad entre diferentes pertenencias resulta cómodo, por diversas razones, para muchos sujetos, pero raramente para los más directamente interesados que tienden más bien a mezclarlas, a conciliar sus distintas pertenencias más que a tratarlas como fuente constante de conflicto.

Si, como ya es opinión extendida, en la conversión de los derechos de las mujeres en derechos humanos: “*The real questions are: Who defines legitimate human rights issues and who decides where the state should enter and for what purposes?*”⁵⁵, también la conciliación entre pertenencia de género y pertenencia religiosa y cultural tiene que confiarse a la interpretación que las mujeres ofrezcan de sus derechos así como de los instrumentos más adecuados para defenderlos.

En esta dirección van las voces cada vez más numerosas del feminismo internacional, que pretende desvincularse de la hegemonía del feminismo occidental buscando nuevas alternativas frente a la opresión, sea en el plano

⁵³ S.M. OKIN and others, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton U.P., 1999.

⁵⁴ En este sentido, me permito reenviarles a A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2007 (3ª ed).

⁵⁵ C. BUNCH, “Transforming Human Rights from a Feminist perspective”, en *Women's Rights, Human Rights*, J. PETERS and A. WOLPER (eds.), Routledge, New York, 1995.



de la reflexión teórica o en el de la lucha política; alternativas que no colisionen con las culturas, tradiciones, religiones, en las que las mujeres se reconocen. En esta línea se sitúan las importantes contribuciones que provienen del feminismo musulmán y que se oponen a la discriminación y a la violencia sobre las mujeres legitimadas por algunas versiones del Islam, y construyen una formulación de los derechos de las mujeres desde la religión, frecuentemente, a través de una relectura de los textos sagrados⁵⁶. También está disfrutando de una importancia creciente el feminismo indígena en América Latina, que ha empezado a crear redes transnacionales de mujeres para reflexionar y combatir formas de discriminación, violencia y opresión que les afectan en cuanto mujeres y en cuanto indígenas. Su objetivo es el de defender el desarrollo de sus derechos en el seno de la comunidad, sus tradiciones y movimientos, es decir, tomando algunos elementos del feminismo occidental, pero también rechazando otros.

4. FRONTERAS ACTUALES: SUJETO SITUADO E IGUALDAD INCLUYENTE

Después del accidentado recorrido que en las páginas precedentes sólo he acertado a esbozar, ¿qué queda de la noción liberal de autonomía individual y de igualdad ante la ley? ¿Cuál es su espacio vital en la fundación de los derechos de las mujeres?

Los derechos para ser efectivos, además de reconocidos y garantizados en normas jurídicas, tienen que ser justiciables. Lo que esto significa realmente es que no basta con disponer de canales institucionales, sino que hay que tener las posibilidades concretas de ejercerlos, posibilidades materiales, culturales y morales, así como la consciencia de que se tienen, “*creer tener un derecho*”, saber que puede reivindicarse, saber que se corresponde con obligaciones, propias y ajenas⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. C.E. BUNCH, “Women’s Rights as Human Rights. Toward a Re-vision of Human Rights”, en *Human Rights Quarterly*, 1990, núm. 12, pp. 486-498.

⁵⁷ Su reivindicación es un elemento esencial de los derechos. Joel Feinberg capta plenamente este rasgo cuando escribe: “*it is claiming that gives rights their special moral significance [...] Having rights enables us to “stand up like men”, to look others in the eye and to feel in some fundamental way the equal of anyone*” (J. FEINBERG, “The Nature and Value of Rights”, en *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton U.P., Princeton, 1980, p. 151).

Los derechos antes de ser normas jurídicas son elementos culturales formados por un conjunto de creencias, valores, comportamientos y prácticas. Se puede decir, modelos de comportamiento que se corresponden con expectativas legitimadas social y moralmente. Si estos modelos faltan, si no hay una cultura de los derechos, es difícil que las normas que los reconocen y garantizan puedan ser efectivas. La fuerza de los derechos depende no sólo de su reconocimiento en documentos internacionales, sino también de la existencia de esta cultura de los derechos⁵⁸.

Me parece difícil que los derechos humanos puedan mantenerse en el mundo negando sus presupuestos teóricos y antropológicos; parece difícil que una cultura, incluso antes que una praxis de los derechos, pueda expandirse sin apoyarse en alguna idea de igualdad jurídica y de autonomía del sujeto⁵⁹. Esto afecta en particular a los derechos de las mujeres: la posibilidad de delegar el ejercicio de los derechos propios y de trato desigual no puede sino perjudicar a los sujetos con menos poder, como es el caso, todavía hoy, de las mujeres.

Si igualdad jurídica y autonomía personal son dos principios ineludibles si se pretenden afirmar los derechos de las mujeres, la reflexión crítica a la que han sido sometidas estas dos nociones por parte de la teoría feminista, y no sólo feminista, en las últimas décadas, nos ha llevado a delinearlas de una forma nueva. Como se ha dicho, forma parte de la tradición feminista la crítica a un titular de los derechos entendido como sujeto autónomo, aislado, guiado esencialmente por una racionalidad económica, al que se contraponen, en cambio, un sujeto con necesidades, dependiente, inmerso en un contexto racional, pero determinado por las emociones. La apertura a las diferencias, a la diferencia de género primero y a las diferencias entre las mujeres después, nos ha llevado a una noción concreta de sujeto, anclada en la especificidad individual: "Women in feminist theory are concrete; they are not abstract. [...] Feminism does not "assume" but rather builds, its "women" from women who socially exist"⁶⁰. La crítica a la subjetividad abstracta y la contextualización del sujeto no ha supuesto, sin embargo, la infravaloración de la autonomía y de la responsabilidad de la persona, sino una reformulación de estas nociones en el

⁵⁸ Cfr. A. FACCHI, *Diritti*, en E. SANTORO (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Greffichelli, Torino, 2010.

⁵⁹ Cfr. T. PITCH, "L'antropologia dei diritti umani", en *I diritti: fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁶⁰ C. MACKINNON, "Postmodernism and Human Rights," en *Are Women Human?*, cit., p. 51.

sentido de una mayor atención a los vínculos concretos, a los intereses en juego y a su representación por parte de los sujetos implicados.

Cuando se trata de derechos fundamentales como los que tenemos sobre nuestro propio cuerpo, sobre la propia vida, la salud propia, la elección personal es el punto de referencia principal al que, tanto desde una perspectiva liberal como feminista, no es posible sustituir⁶¹. En varios ámbitos, en particular en los de la bioética y el pluralismo cultural, el intento de superar las tensiones entre las diferentes visiones del bien no puede sino pasar por de la valoración de la elección y, por tanto, de la autonomía del titular de los derechos, pero en estos ámbitos la capacidad de elegir lo mejor para cada uno, no se entiende como un punto de partida sino como un objetivo.

La autonomía del citado titular no se entiende entonces como un factor descontextualizado: la lectura feminista ha prestado atención a los procesos que construyen la autonomía así como a los factores que la obstaculizan, proponiendo nociones complejas, en las que se considera la influencia de las relaciones sociales y culturales⁶². Desde un punto de vista político-jurídico, esta reconsideración de la idea de autonomía personal exige verificar la voluntad de los sujetos implicados, el apoyo a la formación y elaboración de una elección consciente, de una elección lo más libre posible de limitaciones externas y no deseadas, materiales y morales. Así pues, se traduce en mayores garantías del derecho a la autodeterminación, a la libertad personal, a la libre disposición del propio cuerpo, del presente propio y del futuro. Garantías que no pueden derivar sólo de prohibiciones y amenazas de sanción, es decir, de un uso represivo del derecho, sino que deben traducirse también en oportunidades reales, en un uso promocional del derecho, que incluya el acceso efectivo a los principales derechos económico-sociales.

Un sujeto situado y concreto, que sustituye al sujeto abstracto y universal, una idea de la autonomía como objetivo, que tiene en cuenta los vínculos y los límites de cada uno, no encuentran su adecuada correspondencia en la noción

⁶¹ El acento puesto sobre la autonomía y la voluntad del titular reenvía a una concepción del derecho como elección-voluntad (*will-choice theories*), que se ha contrapuesto siempre a la del derecho como interés (*interest theories*). En mi opinión, los derechos de las mujeres, para poder realizarse, deben orientarse hacia la primera más que hacia la segunda, cfr. A. FACCHI, "Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti", *Ragion pratica*, núm. 31, 2008, pp. 313-336.

⁶² Cfr. C MACKENZIE y N. STOLYAR (coords.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, New York, 2000.

de igualdad formal, esto es, en la versión clásica de la igualdad ante la ley, indiferente a las diferencias. Para tutelar los derechos de este sujeto no es suficiente ni siquiera una visión de igualdad sustancial que se limite a poner remedio a las diferencias, entendidas como factores negativos de desigualdad⁶³.

La reflexión feminista se ha centrado, en efecto, en la búsqueda de una nueva noción de igualdad fundada en las diferencias entre las personas⁶⁴, que tome en consideración las pertenencias, al menos, las esenciales para su bienestar, como la pertenencia de género, cultura y religión. Una igualdad que no se traduce en el tratamiento especial que podría exigir la derogación de la igualdad formal, atribuyendo ventajas a los desaventajados, sino en un tratamiento diferenciado que se apoye en una visión pluralista de la sociedad, en la que no existe un modelo dominante de valores y prácticas considerado normal, respecto al que los demás sean especiales. Una versión de la igualdad que en última instancia aparece como el verdadero contenido de una igualdad efectiva ante a la ley.

En concreto, esto puede significar, por ejemplo, que ciertos derechos sociales como la asistencia sanitaria, la organización del trabajo y la educación, no sean ya pensados y ejercidos como neutrales respecto al género, a la religión, a la cultura de los sujetos; se puede traducir en la persecución de un comportamiento percibido como lesivo desde un punto de vista particular (como en el caso del acoso sexual en el trabajo o los discursos racistas) pero puede significar también que el mismo comportamiento pueda ser objeto de un tratamiento jurídico distinto en relación a las características del grupo –consideradas relevantes– de quien actúa⁶⁵.

⁶³ En esta dirección se sitúa también la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que bajo el título « Igualdad » plantea también en el artículo 2 : « La unión en la diversidad cultural, religiosa y lingüística ».

⁶⁴ En Italia, puede verse: L. FERRAJOLI, “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, en *Democrazia e diritto*, núm. 2, 1993 y L. GIANFORMAGGIO, que reconduce esta forma de igualdad a la igualdad sustancial entendida como “consideración de las diferencias”, o sea, como el fundamento de las normas jurídicas diferenciadas por categorías de individuos, en “L’eguaglianza e le norme”, *Eguaglianza, donne e diritto*, Mulino, Bologna, 2005, pp. 141-2.

⁶⁵ El ámbito de los derechos económicos y sociales es aquel en el que son más demandadas formas de actuación diferenciadas en razón de sus destinatarios, dado que en ellos se afrontan diferentes visiones del cuerpo, de la familia, del trabajo y del papel de la mujer en la sociedad, de las relaciones entre individuos y grupos, de la religión, etc. Para ser efectivos, para ser “iguales”, estos derechos no pueden ignorar las diferencias de género, cultura y religión, basta pensar en el derecho a la salud o a la educación.



Por tanto, si se asume esta perspectiva, la igualdad sustancial –entendida como aquella que se realiza también a través de la diferencia de trato– comprende o bien la adopción de medidas orientadas a eliminar o atenuar las consecuencias negativas de las diferencias de origen, o bien de medidas tendentes a fortalecerlas o a tenerlas en cuenta, en todo caso, en la articulación de una política pública.

En el recorrido de los derechos de las mujeres se pueden pues evidenciar tres perspectivas fundamentales desde las que se considera la relación entre igualdad normativa y pertenencias relevantes. La primera es la clásica de la igualdad formal, que se traduce en igualdad de trato e implica indiferencia del derecho respecto de las diferencias. La segunda, que es la que comunmente llamamos igualdad sustancial, considera las diferencias, económicas, sociales, naturales, desde el punto de vista de la desigualdad que generan, y las interpreta como desventajas que tienen que ser eliminadas o, al menos, atenuadas. Una tercera visión –que se puede denominar igualdad “incluyente”– implica que las diferencias de grupo no pueden ya ignorarse como en la igualdad formal, sino que han de ser consideradas rasgos positivos o, en todo caso, jurídicamente relevantes.

Estas tres concepciones de la relación entre igualdad normativa y diferencias de facto, y las normas y políticas que de ellas se derivan, no deben ser entendidas como alternativas, sino más bien como complementarias: las tres han de confluir en la construcción y aplicación de los derechos fundamentales y en la realización de un justo tratamiento del caso individual⁶⁶.

Una concepción amplia de la igualdad de oportunidades incluye las tres concepciones. Su integración, en lugar de su contraposición, constituye un objetivo central en la formulación y en la garantía de los derechos humanos desde el punto de vista de las mujeres.

ALESSANDRA FACCHI
Università degli Studi di Milano
Dipartimento giuridico-politico,
via Conservatorio, 7
20121 Milano
e-mail: alessandra.facchi@unimi.it

⁶⁶ Se puede mencionar aquí el cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias delineado por L. FERRAJOLI en *Principia Juris*, cit., vol. I, pp. 795 y ss.

