

DE IGUAL TRATAMIENTO A IGUAL DERECHO¹

Rikki Holtmaat
 Profesora de derecho antidiscriminatorio
 Universidad de Leiden
 Holanda

Introducción

Cuando me solicitaron presentar un artículo aquí, en Barcelona, el título del Congreso me convenció a aceptar la invitación, a pesar de otros compromisos que me apremiaban y consumían mi tiempo. Sentí que tenía que venir aquí para encontrarme con gente que está interesada en la "naturaleza androcéntrica del Derecho". Tenía curiosidad por saber cómo otros estudiosos feministas legales interpretarían el tema central de esta reunión. Androcéntrico significa: centrado en lo masculino. El título me hizo pensar en las tres etapas de los enfoques feministas sobre el derecho que Carol Smart describió tempranamente en 1992 (Smart, 1992/1995).

En un principio (en la década de 1970), las juristas y activistas feministas consideraban que el Derecho era *sexista*; es decir, intencionalmente opresivo para las mujeres y expresamente otorgador de privilegios para los intereses masculinos. Luego (en la década de los años de 1980), se le consideró como *masculino*, es decir, tomando la experiencia masculina como punto de partida, dado que durante años, los hombres han diseñado las leyes y (como jueces y académicos) han estado a cargo de su interpretación. Más recientemente, y aún de acuerdo con Carol Smart, los estudios legales feministas habían llegado a describir y a entender el derecho como *dotado de género*, es decir, reflejando la dicotomía del género construida social y culturalmente. A partir del título, parece que esta reunión está tratando con la supuesta calidad del derecho *dotado de género*. Tengo curiosidad acerca de las opiniones de otras ponentes con respecto a este tema. Según mi punto de vista, sería más interesante examinar y discutir la naturaleza *dotada de género* del derecho. Eso implica preguntarse de qué modo el propio derecho contribuye con el proceso de producir y reproducir los dos géneros como categorías socio-culturales opuestas. ¿Cómo podemos develar esta función del derecho y qué se necesita hacer para conseguir un cambio real con respecto a esto?

.....
 1 Traducido por Alejandro Piombo.

Los estudios feministas en el área del derecho, según mi parecer, deberían concentrarse en el aspecto de lo que ocurre si tratamos de resolver a través del derecho los problemas de todos los días que las mujeres experimentan en nuestras sociedades modernas. Tal como Carol Smart nos lo advirtió en su muy revelador libro, titulado *El feminismo y el poder de la Ley* ("Feminism and the Power of Law"), deberíamos ser conscientes del modo en que el mismo derecho (la ley) preserva las relaciones de poder que existen entre los sexos (Smart, 1989). El poder de la ley sirve para mantener el *status quo* de la dominación masculina o de la subordinación femenina. Esto significa que deberíamos examinar de manera crítica el papel "conservacional" que el derecho jugará en una situación donde de hecho se necesita que tengan lugar cambios sociales, culturales y legales; cual es el caso cuando hablamos de abolir o superar relaciones de género "desiguales". He puesto "desiguales" entre comillas pues usar la palabra "inequidad" con respecto a esto ya presenta un serio efecto des-radicalizador. Referirse al problema como un asunto de inequidad a menudo significa que la solución que se ve para ello es igual tratamiento o iguales derechos, lo que – tal como lo argumentaré en este ensayo – podría colocar el caballo detrás de la carreta!

El derecho forma parte de la construcción de la inequidad de género y, por lo tanto, quizás no sea en absoluto capaz de eliminarla. Al menos no cuando asumimos las construcciones legales ya establecidas (normas legales/procedimientos) como el punto de partida para nuestro trabajo. En cambio, deberíamos comenzar por realizar un análisis en profundidad acerca de las realidades de las vidas de las mujeres y ver cómo el derecho tal como se presenta afecta dichas vidas. A continuación, nos deberíamos comprometer en un detallado análisis de la naturaleza *dotada de género* del derecho mismo. En definitiva, el propósito de cualquier feminista que trabaje sobre los derechos legales, debería ser otorgarles a las mujeres la (mejor) posible vida humana en plenitud. Las mujeres tienen el derecho fundamental de desarrollar su completa personalidad y utilizar sus capacidades de modo tal que puedan llevar una vida significativa como seres humanos (Nussbaum, 2000). Los estudios feministas en el área del derecho, según yo lo veo, desde sus mismos comienzos en la década de 1980, están abocados a conseguir tal objetivo (Scales, 1980/1981). Al explicitar esta perspectiva normativa desde el comienzo mismo de este artículo, quiero indicar que éste es un ensayo más que un artículo académico, en el cual se están presentando nuevos e interesantes materiales de investigación, de un modo ordenado y convincente. En lugar de esto, yo presentaré algunos



puntos de vista centrales que he aprendido durante los últimos 30 años.² Esto implica un momento de reflexión sobre las experiencias pasadas y presentes, por consiguiente, preparándonos para asumir un nuevo paso hacia adelante con respecto al proyecto que llamo “estudios feministas en el derecho”. Ahora, después de haber dado una *declaración de mi misión*, presentaré una breve revisión de lo que ustedes pueden esperar del resto de este artículo.

1: Una breve discusión acerca del dominio de la igualdad en el derecho.

2: La discriminación múltiple o intersectorial como ejemplo de por qué el tratamiento igualitario fracasa en resolver la subordinación y la opresión de ciertos grupos de mujeres.

3: La necesidad de develar la naturaleza *dotada de género* del derecho y construir lo que yo denomino el *Otro Derecho*.

4: El papel que podría jugar el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (en adelante *CEDAW*, por sus siglas en inglés de *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*) en este asunto.

A modo de conclusión, resumiré brevemente lo que considero como la metodología para construir el *Otro Derecho*.

El Derecho a la Igualdad y el Derecho a la Igualdad Sexual: La brecha entre el derecho y la realidad.

El principio fundamental de la igualdad humana presenta un gran atractivo, especialmente para los grupos más carenciados o discriminados en la sociedad. Presenta efectos emancipadores y habilitadores, dado que las personas –al compararse con las demás, que a sus ojos están “en una condición mucho mejor”– se alzarán contra sus opresores y demandarán igualdad o el mismo tratamiento. Algunos análisis no paran de enfatizar que la igualdad presenta un potencial revolucionario. Lo mismo ha ocurrido con el movimiento de las

.....
 2 La caracterización de este artículo explica por qué falta la general abundancia de citas al pie y referencias bibliográficas. En cambio, he escogido referir a mis lectoras y lectores a una corta selección bibliográfica de libros y artículos que, según mi punto de vista, son cruciales para comprender el modo en el que se han desarrollado los estudios feministas en derecho durante las cuatro últimas décadas.

mujeres, tanto a comienzos como al final del siglo; tal vez podríamos decir que la igualdad presenta un gran atractivo sexual (*sex-appeal*).

Sin embargo, no sólo los grupos que luchan por la emancipación de las mujeres son afectos a la igualdad. Las y los abogados, según mi experiencia, también están en gran medida a favor de este principio. La igualdad es un principio general del derecho y, a la vez, es una herramienta capacitadora o habilitadora. Tal vez la palabra “dominio” no sea lo suficientemente fuerte como para expresar lo que yo he vivido durante los últimos 30 años; quizás debería hablar acerca de un *paradigma* que evita que las y los abogados, las y los activistas y las y los políticos presten atención a los “problemas de las mujeres” (¡por usar una jerga legal neutral!) desde otra perspectiva.

Cuando soy crítica acerca del paradigma legal de nuestro tiempo y de nuestra cultura, por favor no me malinterpreten: de ningún modo pretendo decir que las mujeres no deberían tener iguales derechos. Lo que intento decir es que – considerando que la igualdad es un principio general del Derecho– resulta natural que las mujeres sean iguales en derechos³. El hecho de que las mujeres aún tengan que pelear por la igualdad y por sus derechos revela que hay una gran brecha entre el ideal de igualdad -tal como se expresa en el derecho- y las realidades de las vidas de las mujeres.

En el movimiento feminista de las décadas de 1970 y 1980, la mayoría del tiempo estas realidades no fueron descritas por medio de la palabra “inequidad”. Las feministas hablaban de opresión, violencia, subordinación, explotación y de la desvalorización de las mujeres como personas, así como de la productividad de las mismas. Hablaban de sexismo y patriarcado; y también hablaban de liberarse de la estigmatización y de los estereotipos de género. Sin embargo, cuando las demandas del movimiento de las mujeres se incluyeron en la agenda (política) de la reforma legal, casi todos estos reclamos se redefinieron automáticamente en términos de igualdad e igual tratamiento *en el ámbito del sexo*.⁴ De repente, ya no estaba en juego la *opresión* de las mujeres sino su desigualdad o, incluso más aún, su “neutralidad”: el fenómeno se redefinió como una instancia de la *discriminación sexual*. A lo largo de las líneas de la neutralidad y la

3 Cuando digo iguales derechos, en realidad me refiero a “igualdad ante la ley”.

4 Este fue el caso predominante en la esfera de los aspectos políticos, sociales y económicos, como el derecho al voto, el acceso al empleo, iguales beneficios sociales, impuestos y pensiones. Sin embargo, también en el área del derecho familiar y en la del derecho penal, el paradigma legal de la igualdad obtuvo una gran influencia. Ver los numerosos ensayos sobre el papel que la igualdad juega en esta variedad de esferas (Rosemary Hunter, 2008).



objetividad del derecho en general, estas reformas legales negaron que lo que estaba en juego era un aspecto de relaciones (de poder) desiguales entre ambos sexos, lo que resultaba en la dominación y la subordinación u opresión de las mujeres. En lugar de esto, se precisó que *tanto* las mujeres como los hombres *merecían* igual tratamiento sobre la base de ambos sexos *al ser comparados uno con el otro*. Ya no iba a ser más la abolición de la opresión de las *mujeres* la (nueva) norma legal, sino que en su lugar, la igualdad se transformó en el principio fundamental del ordenamiento jurídico occidental. La opresión no era el comportamiento que se prohibía, en cambio lo era el tratamiento desigual.

Esto se hace evidente cuando se observa la estrecha definición de discriminación de las directivas de la Unión Europea (en adelante UE) que prohíben la discriminación sexual. Esta definición se concentra en la comparación entre hombres y mujeres.⁵ Más aún, nunca se encontrará un sistema legal donde el sexismo y el patriarcado, términos predominantes del segundo movimiento feminista temprano, se “codifiquen” como conceptos legales (¡Al menos, yo no conozco ni uno!). Lo que ocurrió fue que (1) los conceptos con los cuales se describían los “problemas de las mujeres” se cambiaron a partir de los que prevalecían en el movimiento feminista (que se debatía alrededor de las palabras “subordinación” y “opresión”) por la frase “desigualdad entre las mujeres y los hombres”; y (2) el concepto que se consideró como más adecuado para resolver la llamada “inequidad” estaba exactamente en línea con esta descripción del problema: se consideraba necesario ofrecer a las mujeres mas “igualdad con los hombres”, “iguales derechos”, “igual tratamiento” o “iguales oportunidades”. Esta última rama del árbol de la igualdad en el ámbito del derecho, que aún está creciendo, es supuestamente una “libre postura del derecho a la igualdad”, tal como se propuso en los recientemente proclamados “Principios sobre la Igualdad”⁶.

El movimiento feminista (de las juristas) de las décadas de 1980 y 1990 ha malgastado una penosa cantidad de tiempo y de energía trabajando sobre los problemas de igualdad e igual tratamiento. La razón de esto es que (después de que se transformaron/incorporaron sus reclamos en el paradigma de la igualdad) las juristas feministas muy pronto se vieron atrapadas en el debate acerca de la igualdad (legal) de dos modos diferentes. La

5 Recién hace muy poco esto se expandió como título, cuando el acoso (sexual) se incluyó en las directivas de igualdad de género. Sin embargo, el modo en el cual se realizó esto no es muy satisfactorio, ver Holtmaat, 2009.

6 Equality Trust, LONDON, Nov. 2008; ver <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Pages%20from%20Declaration%20perfect%20principle.pdf>

primera de estas trampas se refería a la supuesta incompatibilidad de la igualdad y la diferencia (que implica que las mujeres que abogaban por cualquier tipo de reforma legal feminista fueron presionadas para escoger entre dos posiciones opuestas): ellas no podían reclamar ser iguales y, al mismo tiempo, luchar por “derechos especiales” para las mujeres. La segunda trampa se relacionaba con la lucha por un enfoque (más) sustancial sobre el principio de la igualdad para superar el enfoque de igualdad legal formal, que (tal como casi todas coinciden) tendía a asimilar las preocupaciones de las mujeres a las necesidades e intereses de los hombres y hacía muy poco para abolir las “desigualdades reales” de las mujeres (en comparación con los hombres). De hecho, la discusión acerca de la igualdad sustancial asume como punto de partida las diferencias reales (o la diferente situación *de facto*) y desea “adjudicar” o “volver a adjudicar” estas diferencias. Sin embargo, tarde o temprano, los planteamientos por la igualdad sustancial también corren en sentido contrario de la inevitable *lógica* de la igualdad legal: las mujeres no pueden al mismo tiempo reclamar ser *iguales* y ser distintas. Ambos lados de los dos debates relacionados (similitud/diferencia + formal/sustancial) han dado largas listas de pros y contras para cada enfoque. No repetiré estos argumentos aquí; sólo quiero demostrar las deficiencias de todas estas discusiones: no están tomando como punto de partida las necesidades concretas de las mujeres, sino que parten de un principio legal abstracto (la igualdad) y, por consiguiente, luchan acerca de cómo conceptualizar este principio de un modo tal que pueda ser útil para poner fin a la experiencia de subordinación de las mujeres, su opresión o el menosprecio de la contribución de las mujeres a la existencia humana. Esto se hace claro cuando observamos el problema de la discriminación múltiple o intersectorial.

El caso de la discriminación múltiple o intersectorial

Todas las discusiones acerca de la “igualdad de las mujeres y la igualdad de la ley” caen, de algún modo, en la trampa de la simplificación de lo que “son” los hombres y las mujeres (ver, por ejemplo, Marshall, 2006 y Fegan, 1996). Se toma como precepto (a menudo no hablado) que los hombres y las mujeres, o lo masculino y lo femenino, constituyen dos categorías *fijas* y *separadas* que se pueden o bien igualar (es decir, deberían tratarse de la misma forma) o bien son esencialmente diferentes (lo que implicaría que se deberían tratar de manera distinta), o están en diferentes posiciones sociales (es decir, necesitan una acción positiva para alcanzar una “igualdad real”). Tal como nos lo ha señalado correctamente Carol Smart, una tercera



corriente de pensamiento en los estudios legales feministas ha criticado profundamente esta postura opositora, y enfatiza que se debería evitar encerrar a los seres humanos en tales categorías; en lugar de tomar a la “mujer” y al “hombre” como categorías abstractas, fijas, unificadas y naturales, las que determinan lo que ellos y ellas “son”, y consiguientemente están destinados a “ser” o “convertirse” (lo que implica: tomarlos como dos *identidades* dotadas de género), este enfoque muestra que en el mundo real, los hombres y las mujeres reales se encuentran en posiciones muy diferentes, y que su condición de vida (sus posibilidades de cumplir las promesas de una vida humana plena) no está solamente determinada por su sexo biológico. En lugar de verse a sí mismos como una unidad o un “ser” humano único, abstracto y general (mujer u hombre), las mujeres al igual que los hombres experimentan una gran variedad de diversas clases de “(des)ventajas” en la vida real, lo que jamás puede ser capturado por una sencilla esfera de no discriminación como el “sexo”. La situación real (oportunidades de vida/obstáculos de la vida) de los seres humanos como individuos se está determinando por medio de un completo rango de factores, de los cuales el sexo es sólo uno de ellos. Otros importantes “determinadotes” son la raza, la clase social, el origen étnico, el idioma, la nacionalidad, la herencia familiar, el nivel de educación, la edad, la riqueza, y la condición de la salud. Durante los últimos 50 años, algunos de estos factores han sido reconocidos como ámbitos de no discriminación; sin embargo, la legislación sobre la no discriminación regula estas esferas una a una, como “marcadores de identidad” por separado, los cuales determinan si una persona está siendo posiblemente discriminada o no. Se argumenta que las mujeres, dado el efecto simplista de la igualdad legal que se ha llegado a cuestionar y debatir seriamente por parte de las abogadas feministas, experimentan muchas clases distintas de desventajas en la intersección de varios campos de no discriminación (Crenshaw, 1989; Hernandez-Truyol, 2004).

En los dos años pasados, el reclamo de la inclusión, dentro del derecho de igualdad sexual, de lo que también en las comunidades legales políticas y positivistas (de la UE) es ahora conocido como “discriminación múltiple”, se ha hecho cada vez más notorio y de viva voz. Existe un volumen cada vez más creciente de ediciones y estudios sobre este tópico.⁷ Hasta hoy, se había conseguido un escaso progreso con respecto a esto. ¿Qué podemos aprender sobre este fracaso en relación con el modo en el cual la igualdad de sexo ha sido construida como norma legal?

.....
7 Sólo para mencionar uno (en el cual el lector puede encontrar una guía para muchas otras publicaciones): Ver Schiek, 2008.

La discusión acerca de la pregunta de cómo “acomodar la discriminación múltiple” de modo tal que (este fenómeno recientemente reconocido pueda caer bajo la consideración de la existencia de normas legales de no discriminación) revele que el derecho de igualdad sexual de la UE (y todos los sistemas nacionales que reflejan la misma construcción legal) presenta ciertas características que hacen que sea muy difícil utilizar esta legislación en el caso de la discriminación que tiene lugar en la intersección de una multitud de campos de discriminación (más los factores que aún no se reconocen como tales). Muy brevemente resumidas, las mencionadas características son las siguientes:

- El Derecho de Igualdad Sexual en la UE utiliza un concepto de identidad basado en un solo (o singular y exclusivo) campo de discriminación (es decir, el sexo); presupone que sabemos exactamente lo que significa ser “hombre o mujer” y “masculino o femenino”; y también presupone que los hombres y las mujeres concretos experimentan que su identidad sexual es el fundamental “marcador de identidad” (lo que implica decir que éste determina cómo ellos vivirán su propia persona como seres humanos).
- Aunque existe una fuerte presión por parte de ciertos grupos de opinión para tratar a todos los campos de discriminación de la misma forma y para extender la lista de los ámbitos de no discriminación o “marcadores de identidad” (o inclusive para adoptar una lista de final abierto), los diferentes campos todavía caen bajo regímenes legales diferentes; esto en parte tiene que ver con el hecho de que, según la experiencia de muchas personas, por cierto hay (y debería haber) una diferencia entre, por ejemplo, la edad y la raza, como categorizaciones que son más o menos “sospechosas” y deberían permitir más o menos espacio para usarlas para clasificar a la gente sobre esta base.
- No obstante que en Europa se puede hablar mucho sobre la “igualdad de género”, el derecho de la UE no considera al “género” como estructura cultural y social, como el punto de partida de su definición legal de discriminación, sino que tiene en cuenta las categorías biológicas de “masculino” y “femenino”; de hecho, el Derecho de la UE se refiere al sexo como una categoría *biológica* sobre la base de la cual no deberían existir clasificaciones que no se pudieran justificar. Esto de ninguna manera contempla al género como una construcción social y cultural.



- El derecho a un tratamiento igualitario en la UE se basa en una conceptualización de poder y neutral (o simétrica) del principio de igualdad sexual: el derecho de igual tratamiento no se preocupa por mejorar las condiciones de vida o por garantizar la íntegra *condición de persona* de las mujeres; en lugar de esto, les ofrece el derecho a un tratamiento igual que el de los hombres sobre la base de la igualdad. Sin embargo, la discriminación intersectorial nunca se puede reconocer ni remediar cuando no se toman en cuenta las diferencias en el poder político, económico y social entre ciertos grupos de la sociedad.
- El derecho de igual tratamiento en la UE se basa principalmente en una conceptualización formal de la igualdad. Eso implica que asume un concepto idealista y abstracto de la misma, pues su punto de partida se orienta hacia los derechos individuales (a igual tratamiento) y ve las medidas de acción o los grupos positivos o las políticas sociales apoyadas por ciertos grupos (que se encuentran entre otras basadas en la llamada categoría sospechosa, como el sexo) como una *excepción* al principio de la igualdad, en lugar de verlas como los medios necesarios para conseguir una sustancial igualdad.

El hecho de que la legislación de igual tratamiento presente una gran dificultad para lidiar con la discriminación múltiple o la intersectorial (Es decir, tiene grandes problemas para tratar con la vulnerabilidad especial ciertos *grupos* de mujeres) ilustra la ineficacia de la estrategia para la reforma legal que parte de un sistema legal ya existente, de campos fijos (sexo, raza, etc.) y de definiciones (de discriminación directa e indirecta) que existen en ese contexto. Tal enfoque se preocupa principalmente por el “ajuste” de una situación real y objetiva en las construcciones legales existentes, en lugar de comenzar por un análisis fenomenológico de los “verdaderos rostros de la opresión” de las mujeres (Iris Marion Young, 1990). De acuerdo con Young, usar este concepto de opresión revela que lo que las mujeres enfrentan es una *mezcla* de explotación, marginalización, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia. Según mi punto de vista, este concepto de la opresión de las mujeres está centrado mucho más en encuadrar y prometer que en la estrecha definición de discriminación sexual que el derecho (especialmente el de la UE) nos ofrece (especialmente al padecer una desventaja particular al compararse con los hombres). Éste reconoce el hecho de que lo que tienen que combatir las mujeres no es sólo un “tratamiento desigual” o un “acoso (sexual);”⁸ sino que precisamente esta mez-

.....
8 Las dos principales instancias de discriminación que se reconocen en el derecho de igual tratamiento de la UE. Discutiré el aspecto del acoso sexual en el último párrafo de este artículo.

cla de factores opresivos hace que muchísimas mujeres, de un modo u otro –y a menudo en la intersección con otros factores, tales como la raza, o la clase social, o su condición (ilegal)–, experimenten que son incapaces de llevar una vida completa (y digna) como seres *humanos*.

La necesidad de desarrollar el *Otro Derecho*

La preeminencia de estereotipos de género en todos los aspectos de la vida humana significa que es de vital importancia no tomar al derecho tal como se da por garantido. El enfoque del *Otro Derecho*, por el que he abogado durante mucho tiempo (Holtmaat, 1989), asume como punto de partida que el derecho, al igual que cualquier otra institución o característica estructural de la sociedad y del Estado-nación moderno, está *dotado de género*. Esto implica que las estructuras y los conceptos centrales del derecho en sí mismo, reflejan un orden jerárquico de las esferas de la vida, las preocupaciones humanas, etcétera, a lo largo de las mismas líneas en que están estructuradas y jerárquicamente ordenadas las relaciones de género. La dominancia de la *norma de igualdad sexual*, presumiblemente neutral y general (u objetiva), sobre los reclamos feministas más radicales de abolición de la *opresión*, el *patriarcado* y el *sexismo*, ya es materia suficiente para ilustrar este punto. En la práctica de las luchas legales por mejorar las condiciones de vida de las mujeres, la norma formal y abstracta de igualdad procesal, en consecuencia, invalida un enfoque más sustancial y contextual sobre la igualdad, que toma como punto de partida las experiencias de la vida real de las mujeres.

Sin embargo, finalmente, tampoco el enfoque sustancial sobre la igualdad agrega demasiado como para conseguir cambios fundamentales en la construcción de las relaciones de género (¿de tal modo que el lado femenino de la dicotomía siempre está representado como el inferior o el más débil!). En todo enfoque sobre la igualdad, las diferencias (naturales o construidas) entre hombres y mujeres se toman como punto de partida; entonces, la estrategia consiste en superar estas diferencias garantizando a hombres y mujeres *iguales derechos y/o iguales oportunidades*, u ofreciendo acuerdos o programas que puedan conseguirnos la igualdad *de facto*. Por otra parte, el *Otro Derecho* está comprometido en revelar (o deconstruir) la naturaleza sistémica y estructural de la opresión de las mujeres. Escondidos detrás del velo de la objetividad y la neutralidad del derecho, los conceptos centrales y las construcciones del derecho se refieren al género. Para dar un ejemplo de esto, describiré brevemente la investigación que llevé a cabo en mi tesis doctoral (Holtmaat, 1992).



En este proyecto de investigación, exploré, por una parte, la naturaleza *dotada de género* de la construcción dicotómica del sistema social holandés en la legislación de la seguridad social, y una ley sobre la beneficencia social (básica), por otra parte. Mi investigación esclareció que el llamado concepto legal neutral, como “riesgo social asegurable” (que constituía el principal pilar de esta dicotomía), estaba cubriendo el hecho de que sólo ciertos “riesgos” que fundamentalmente experimentaban los hombres (tales como el desempleo y la discapacidad) eran cubiertos por el sistema de seguridad social. Éste se basaba en *derechos individuales e independientes*; en tanto que, por otra parte, la pérdida de ingresos que estaba causada por “hechos de la vida”, y que era sufrida en gran medida por las mujeres (en hechos como casarse,⁹ dar a luz o divorciarse), se dejó a cargo del sistema de beneficencia social de la provincia, que se basaba en *necesidades definidas con base en relaciones de parentesco*. Mientras que el primer sistema era abstracto, formal y basado en el Estado (y, por ende, se consideraba que era “objetivo”), el otro parecía ser concreto y basado en la familia (y, por lo tanto, se veía como “subjetivo”). Donde el primer sistema se refería a categorías presumiblemente neutrales, como la del “trabajador” desocupado o discapacitado; el segundo sistema era responsable de crear una nueva identidad legal, personal y subjetiva, específicamente la “madre del Estado benefactor (*Welfare State*)” (es decir, una mujer divorciada con hijos, incapaz de vivir por medio del apoyo de su ex-marido e imposibilitada de ganarse la vida). En tanto que el receptor de un beneficio social era considerado como víctima inocente de las fuerzas sociales que escapaban a su control, y, por lo tanto, era un pobre con merecimientos; la otra era responsable de su propio mal destino (casarse, divorciarse, tener hijos, todo como consecuencia de su “elección personal”) y, por consiguiente, se la etiquetaba como una pobre sin merecimientos. En todo caso, era al ex-esposo o a sus familiares a quien ella debía recurrir en primer lugar para solicitar apoyo económico; no existía ningún derecho independiente para la autorización de asistencia de mantenimiento (y tampoco existe hoy en día) para estas mujeres. El contenido del concepto de riesgo social asegurable, parece ser, se ocupaba hasta un gran punto por nociones acerca de cuál es el papel “correcto” de los hombres (como procuradores del sustento) y de las mujeres (como responsables de la procreación de la humanidad). Los primeros son merecedores de una completa protección por parte del modelo de seguridad social del Estado; las segundas, dado que no encajaban en ese modelo, fueron libradas a la compasión de sus familias (o de sus

9 No se debe olvidar que hasta comienzos de la década de 1960 fue obligatorio para las mujeres que se casaban renunciar al trabajo pago si trabajaban para la administración pública o en ciertas profesiones (tal como en educación).

ex maridos) y sólo en caso de una emergencia real fueron elegibles para una clase inferior de apoyo por parte del Estado. En otros proyectos de investigación, he examinado el concepto de empleado de acuerdo con el derecho laboral holandés, el concepto de madre en el sistema de asistencia o Estado benefactor (*Welfare State*), y la idea de propiedad matrimonial. Tales conceptos legales centrales reflejan en su totalidad construcciones estereotipadas de masculinidad y feminismo (ver, para más ejemplos de un estudio similar, Dalton, 1985).

Sin revelar esta dimensión de género de las construcciones y los conceptos legales, ningún proyecto feminista de reforma del derecho puede en ningún momento tener algún tipo de éxito en conseguir cambios para la situación de las mujeres. En mi libro concluyo que lo que se necesitaba para superar esta dicotomía dotada de género, era una completa reevaluación o reconstrucción de este sistema dual de seguridad social (Ver también Holtmaat, 1999 y 2001). Esto significa que, en segundo lugar, el *Otro Derecho debería ocuparse* en reconstruir otras o nuevas normas legales que podrían dejar más espacio o dar un crédito más positivo a la "otredad" de las mujeres. El *Otro Derecho* no se encuentra muy abocado a la igualdad como principio fundamental o como elemento legal habilitante, sino que se preocupa por encontrar un remedio efectivo contra la subordinación/opresión de las mujeres, cualesquiera sean las formas que estas asuman. Con respecto a este punto, el *Otro Derecho* no se encuentra circunscrito a la igualdad como principio fundamental, sino que también valora otros principios –como la libertad y la solidaridad. El punto central en este enfoque es que los principios y las leyes no son suficientes como para cambiar las vidas de las mujeres. La subordinación de las mujeres no va a desaparecer nunca si negamos las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, las cuales se basan en estereotipos de género y en construcciones dotadas de género, que también son las que se esconden en el mismo derecho (Eileen Fegan, 1996).

La CEDAW como la base legal para el Otro Derecho

El esfuerzo por revelar la naturaleza sistémica y estructural de las "desventajas" de las mujeres (¡de acuerdo con el lenguaje legal de equidad!) en el propio derecho y el proyecto de diseñar el *Otro Derecho*, se ha convertido en un entramado con otros importantes tejidos en mi investigación de los últimos años (Holtmaat, 2003; Holtmaat, 2004; y Holtmaat y Tobler, 2005). Durante el transcurso del tiempo, pasé mucho de él examinando la fuerza



potencial de la *CEDAW* en lo que se refiere a fomentar los derechos humanos de las mujeres. En lugar de la norma de que se debería prohibir la discriminación sexual, esta Convención explicita que a lo que apunta es la *eliminación de la discriminación contra las mujeres*. El concepto de discriminación para la *CEDAW* es mucho más amplio que el concepto (comparativo) en el derecho de la UE. Es lo que yo denomino una normativa, un enfoque de derechos humanos sobre el fenómeno de la discriminación, en lugar de un punto de vista formalista y legalista (ver también Winston, 2007). Además, la *CEDAW* no sólo abarca la llamada esfera pública, sino también la privada; cubre no solamente la privación política y socio-económica o la subrepresentación de las mujeres, sino también materias como el derecho de familia la prostitución, el tráfico de personas y la violencia (doméstica). Esta Convención, a diferencia del derecho a la igualdad sexual de la UE, pone un gran énfasis en la necesidad de una triple estrategia para erradicar *todas las formas* de discriminación contra las mujeres.¹⁰ Esta frase implica que ello no está sólo dirigido a abolir el "tratamiento desigual" de las mujeres cuando se lo compara con el de los hombres, y de allí asimilar las necesidades y las preocupaciones de las mujeres a las de los hombres, dejando intactos los patrones masculinos ya existentes. Además de eliminar todas las instancias de desigualdad anteriores y las del derecho y las políticas públicas (Art. 2), la *CEDAW* también prescribe que la situación desigual y subordinada *de facto* de las mujeres debería mejorarse (Arts. 3 y 24). Para hacerlo, los Estados parte de la Convención pueden adoptar medidas temporales especiales (Art. 4). Esto implica que la *CEDAW* aborda tanto la igualdad formal como la sustantiva. Sin embargo, el tercer objetivo de la *CEDAW* es el más interesante desde la perspectiva de desarrollar el *Otro Derecho*. Este tercer objetivo consiste en modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales que subyacen en la base de la opresión estructural y sistémica de las mujeres. En el Artículo 5º, se dice que los Estados parte en la Convención "... tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones de conducta sociales y culturales de la conducta de hombres y mujeres, con una visión que pretende lograr la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y todas las otras prácticas que se basan en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos o sobre los papeles estereotipados para los hombres y las mujeres." Esta cláusula es una norma legal única en el área (pública internacional) del combate de la discriminación sobre las mujeres. Sobre la base de un estudio en profun-

.....
 10 Para una descripción de los tres principales objetivos de la *CEDAW*, ver la Recomendación General nº 25 (Sesión 13ª, 2004, artículo 4, párrafo 1- Medidas Especiales Temporales; ver <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>).

didad acerca de su significado y alcance, he concluido que el Art. 5° de la CEDAW permite una interpretación que no sólo prescribe un compromiso activo por parte de los gobiernos nacionales para abolir los estereotipos de género en los medios masivos de comunicación, y en los libros escolares, o en cualquier ámbito de la vida pública, sino que también alienta a los representantes del Estado a practicar un escrutinio sobre sus propias leyes y políticas: ¿hasta dónde contribuyen estas acciones (deliberadamente o de un modo oculto) para mejorar la posición inferior y subordinada de las mujeres? En otras palabras, el Artículo 5° de la CEDAW dicta (*ex post*) un análisis de género de las políticas y leyes existentes y (*ex ante*) un análisis del impacto del género de todas las nuevas leyes y políticas (Ver Holtmaat, 2004). De este modo, la CEDAW puede oficiar como una base legal para construir la obligación legal (del derecho público internacional) de los representantes del Estado para modificar los patrones sociales y culturales que yacen en las raíces mismas de la opresión de las mujeres, incluyendo aquellos que están inmersos en sus propias leyes y políticas.

A través de esta provisión, la CEDAW reconoce plenamente que las causas de origen de la opresión o la subordinación de las mujeres son puntos de vista estereotipados (inspirados por la religión/cultura y la tradición) acerca de lo que es masculino y femenino, y sobre cuáles son supuestamente las “diferencias reales” entre ambos sexos. Con respecto a esto, la CEDAW es revolucionaria, si se la compara con la legislación de tratamiento igualitario que deja en gran medida intactas las normas y las prácticas dotadas de género existentes, y hace muy poco más que asimilar las necesidades y las preocupaciones de las mujeres en un mundo que está dominado por preexistentes estructuras y normas dotadas de género.

Conclusión

En este artículo, argumenté a favor de revelar el carácter *dotado de género* del derecho, en lugar de verlo como androcéntrico o masculino. Para alcanzar esto, necesitamos proyectos feministas en el derecho, más que nunca antes. Estoy muy contenta de haber viajado a Barcelona; la reunión me mostró que existe, por cierto, un gran futuro para los estudios legales feministas y la teoría legal feminista. El número jóvenes y entusiastas estudiantes de doctorado que asistieron al evento resulta muy promisorio. Para concluir mi artículo, quiero resumir lo que he dicho (algunas veces entre líneas) acerca de las características de los estudios legales feministas; y cómo se puede (re)construir el *Otro Derecho*.



1. El *Otro Derecho* se basa en la experiencia de las mujeres y en la planificación de sus agendas para mejorar sus condiciones de vida. Con respecto a esto, este programa para la reforma del derecho (la ley) es contextual y concreto, y toma en cuenta todas las experiencias de las mujeres, no solamente aquellas que se refieren a sus sexos biológicos o a sus géneros construidos (socio-culturalmente), sino que también aborda factores tales como la raza, la etnicidad, la religión, etc. El *Otro Derecho* se conecta con aquellas mujeres que se encuentran en la intersección de todo tipo de circunstancias que eviten que puedan llevar una vida digna como seres humanos.
2. Los proyectos de los estudios legales feministas parten de este análisis, en lugar de hacerlo a partir de un principio (la igualdad) abstracto y formal, o de las normas y las estructuras legales existentes (como la habilitación para un “tratamiento igualitario”). Para que este análisis sea sólido y confiable, los estudios legales feministas necesitan ser interdisciplinarios desde el mismo comienzo. No podemos hacerlo sin el aporte del conocimiento social y psicológico, debemos basarnos en los estudios de las ciencias sociales acerca de cómo funciona el poder, necesitamos estudios bibliográficos acerca del papel del lenguaje en la creación de estereotipos, etcétera.
3. Los estudios legales feministas toman una normativa explícita como punto de partida para su trabajo académico/activista, la agenda feminista o el objetivo de hacer posible que las mujeres lleven una vida digna y significativa.
4. Esto no da “por hecho” o como “natural” ningún concepto o procedimiento legal como parte de lo que (supuestamente) “es” el derecho. La ley (o el derecho) es una construcción humana y, como tal, contribuye a otras construcciones de esa naturaleza. Más básico que ello, los conceptos fundacionales en el derecho, tales como la propiedad, la igualdad, el trabajo, la familia, etc., deberían revisarse a la luz de su contenido y significado *dotados de género* y de cómo contribuyen a la construcción de la dicotomía de género ya existente.
5. Esto no toma en consideración explícitamente al poder. En este enfoque feminista, el derecho es visto como un medio específico de construir relaciones de género desiguales o subordinadas, en donde un factor (la masculinidad) es el polo positivo, y el otro (la condición femenina) es el polo negativo.



6. En contra de este entorno de prestarle la apropiada atención al papel del poder, los estudios legales feministas analizan la resistencia contra el auténtico cambio social y cultural: ¿cuáles son los intereses en juego?, ¿quiénes están detentando el poder sobre las mujeres?, ¿cuáles son los remedios efectivos para “quebrar” este poder?
7. Esto no se detiene sólo en revelar la naturaleza *dotada de género* de los procedimientos y las normas legales, sino que apunta a (re)construir otros o nuevos conceptos y procedimientos legales que estén mejor equipados para contribuir a superar la opresión que sufren las mujeres, aportando nuevas construcciones legales que puedan ser capaces de sostener una verdadera y plena condición humana para hombres y mujeres.
8. La idea presenta una apertura de criterio hacia la pregunta de qué estrategia (legal) es la más útil para contribuir a esta meta en una determinada situación. Algunas veces, esto puede consistir en darles explícitamente a las mujeres el derecho a un tratamiento igualitario; y otras veces, el Derecho debería permitir/prescribir un tratamiento diferencial o medidas temporales especiales, pero la mayor parte del tiempo, se tiene que desarrollar algo completamente nuevo: un tipo de *Otro Derecho*, que haga lo correcto con los principios que se describieron anteriormente.

Debería decir que este programa nos mantendrá ocupados/as durante las próximas dos décadas. ¡Resolvámoslo entre todos y todas!



BIBLIOGRAFÍA

COOPER, D. (2004): *Challenging Diversity. Rethinking Equality and the Value of Difference*, Cambridge: Cambridge University Press.

CRENSHAW, K. (1989): "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex, a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics" *University of Chicago Legal Forum* (Special Issue: Feminism in the Law: Theory, Practice and Criticism). Este artículo está reimpresso en: BARTLETT, K. T. & KENNEDY, R., eds., *Feminist Legal Theory*, Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press 1991, pp. 57-80.

DALTON, C. (1985): "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine," *94 Yale Law Review* 1985, pp. 997-1117.

FEGAN, E. (1996): "'Ideology' After 'Discourse': A Reconceptualization for Feminist Analyses of Law", en *Journal of Law and Society* 1996-2, pp. 173-197.

HERNÁNDEZ-TRUYOL, B.E. (2004): "Querying Lawrence", *65 Ohio State Law Journal*, 2004, pp. 1151-1263.

HOLTMAAT, R. (1989): "The power of legal concepts; the development of a feminist theory of law", *International Journal of the Sociology of Law*, pp. 481-502.

HOLTMAAT, R. (1992): *To care for a right? The analysis of the political-legal discourse on social assistance*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink.

HOLTMAAT, R. (1999): "The issue of overtime payments for part-time workers in the *Helmig* case; Some thoughts on equality and gender", en: KRAVARITOU, Y., ed. (1999): *The regulation of working time in the European Union; Gender approach*, Brussel: P.I.E. Peter Lang, pp. 411-444.

HOLTMAAT, R. (2001): "Gender, the analytical concept that tackles the hidden structural bias of law", en: *Recht Richting Frauen; Beitrage zur feministischen Rechtswissenschaft*, Lachen, St. Gallen, Dike Verlag, pp. 159-182.

HOLTMAAT, R. (2003): "European Women and the CEDAW-Convention: The way forward", en: *L'égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle; Le point sur les développements actuels en Europe*, Paris, Edition Dalloz, pp. 153-174.



HOLTMAAT, R. (2004): *Towards Different Law and Public Policy; The significance of Article 5a CEDAW for the elimination of structural gender discrimination*, Uitgave Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Den Haag, Doetinchem, Reed Business Information 2004, publicado en internet en http://www.rikkiholtmaat.nl/Towards_Different_Law_and_Public_Policy.pdf

HOLTMAAT, R. en R.C. TOBLER (2005): "CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005-4, pp. 399-425.

HOLTMAAT, R. (2009): "Sexual Harassment as Sex Discrimination: A Logical Step in the Evolution of EU Sex Discrimination Law or a Step Too Far?", en BULTERMAN, M. et al., eds., *Views of European law from the Mountain*, Liber Amicorum Piet Jan Slot, Deventer: Kluwer – Law International 2009, pp. 27-40.

HUNTER, R. ed. (2008): *Rethinking Equality Projects in Law. Feminist Challenges*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing.

MARSHALL, J. (2006): "Feminist Jurisprudence: Keeping the Subject Alive", en *Feminist Legal Studies* 2006, pp. 27-51.

NUSSBAUM, M.C. (2000): *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press.

SCALES, A.C. (1980-1981): "Towards a Feminist Jurisprudence", en *Indiana Law Journal* 1981-3, pp. 375-444.

SCHIEK D. and V. CHEGE, eds. (2008): *European Union non-discrimination law: comparative perspectives on multidimensional equality law*, London (etc.), Routledge-Cavendish.

SMART, C. (1989): *Feminism and the Power of Law*, London and New York, Routledge.

SMART, C. (1995/1992): "The Women of Legal Discourse", en: SMART, C. (1995): *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, London (etc.), Sage Publications (publicado anteriormente en *Social & Legal Studies*, 1992, p. 29-44).

WINSTON, M.E. (2007): "Human Rights as Moral Rebellion and Social Construction", *Journal of Human Rights*, 2007, pp. 279-305.



YOUNG, I.M. (1990): *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.

