

Con los lentes del género se ve otra justicia

ALDA FACIO*



Este artículo busca avanzar una manera de repensar el derecho desde una perspectiva de género. A partir de las teorías de los movimientos feminista, sociolegal y social, examina diferentes campos de derecho y de práctica legal –notablemente el acceso a la justicia– que abogan por un nuevo entendimiento sobre los asuntos de género. Para América Latina, el artículo propone la creación de un nuevo campo de derecho y de práctica legal progresista que ya existe en otras partes del mundo –el Derecho de la Mujer–, que bien podría ser la semilla de una nueva justicia en la región: una justicia con perspectiva de género, que abarca las necesidades e intereses de los pueblos indígenas, de migrantes y grupos marginados a causa de su raza, clase, incapacidad, edad u opción sexual.



This article aims to further the rethinking of law from a gender perspective. Drawing on feminist, sociolegal and social movement theories, it examines different fields of law and legal practice –notably access to justice— that call for a new understanding of gender issues. With regards to Latin America, the article proposes the creation of a new field of law and progressive legal practice already in place in other parts of the world –i.e., Women’s Law- which could well be the seed that produces a new justice in the region: a justice with a gender perspective and, thereby, inclusive of the needs and interests of indigenous people, migrants, and groups otherwise excluded because of their race, class, disability, age, and sexual option.

La teoría de género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente implica

* Jurista, directora del Programa Mujer, Justicia y Género del Ilanud, con sede en Costa Rica.
Correo electrónico: aldafa@sol.racsa.co.cr

reconceptualizar aquello que se está analizando. Así, para hablar del derecho desde la perspectiva de género, habría que reconceptualizar lo que entendemos por derecho. Esta reconceptualización tendría que ser de forma tal que nos permitiera ver los efectos de las diferentes manifestaciones del género en su definición, principios y práctica. Esto implica que hay que expandir aquello que se consideraba propiamente derecho para incluir en él, entre otros elementos, aquellos que determinan cuándo, cómo y quién accede a la administración de justicia, así como una redefinición de lo que es la justicia que el derecho debe buscar.

Desde esta nueva postura, el derecho se entiende como compuesto por las normas formalmente promulgadas (el componente formal normativo del derecho) (Facio, 1993), las surgidas del proceso de selección, interpretación y aplicación de las leyes (componente estructural o derecho judicial), y las reglas informales que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia y qué derechos tiene cada quien (componente político cultural).

Dicho en otras palabras, estas tres clases de normas podrían calificarse también como derecho legislativo, derecho judicial y derecho material o real. Lo importante aquí no es la nomenclatura sino tener claro que el derecho no se compone sólo de la norma agendi o de las normas formalmente promulgadas, sino que se compone también de normas creadas al administrar justicia, es decir, al seleccionar, interpretar y aplicar el derecho legislativo o normas formalmente promulgadas y de las normas derogadas pero vigentes en las mentes de la gente, de las normas creadas por la costumbre, la doctrina, las creencias y actitudes, así como del uso que se le da a las normas legislativas y a las judiciales.

Entendido así el sistema legal o derecho de un determinado país o comunidad, las feministas hemos concluido que tanto el derecho en sentido estricto como el derecho en sentido amplio, son fenómenos que excluyen las necesidades de las mujeres tanto de su práctica como de su teoría. Esto es importante entenderlo porque generalmente se cree que si no hay discriminación explícita en las leyes y los códigos de un determinado país, no hay discriminación legal y, por ende, las estrategias para eliminar la discriminación real son inefectivas porque parten de diagnósticos equivocados.

Una vez entendido que hay que redefinir el derecho para incluir en él al derecho judicial o justicia jurisdiccional (componente estructural), así como el acceso a la justicia, las normas creadas por la doctrina, las costumbres y otros elementos que conforman el componente político cultural, también hay que reconceptualizar tanto lo que entendemos por “acceso a la administración de justicia” como lo que entendemos por función judicial que en esta nueva postura se convierte en la creadora de una justicia jurisdiccional o “derecho judicial”.

En cuanto a la problemática del acceso a la justicia jurisdiccional – especialmente desde la Conferencia Mundial en Viena en 1993– éste se ha

analizando desde la óptica de los derechos humanos lo cual incluye, entre otros, el principio de que todo derecho fundamental debe interpretarse en forma progresiva. Así pues, el derecho humano establecido en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ya no se puede considerar como el simple deber del Estado de proveer en abstracto un recurso ante los tribunales, sino de proveer uno efectivo, como bien lo dice dicho artículo ARTÍCULO 8: toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Es así como el acceso a la justicia, aún cuando se analiza desde una perspectiva androcéntrica y no de género, no es ya entendido como una mera declaración de la posibilidad de toda persona de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país. El acceso a la justicia se entiende ahora como un derecho humano fundamental que involucra tanto el deber estatal de proveer un servicio público, como el ejercicio de un derecho. Visto así, el acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos los habitantes de su territorio “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”¹.

La intención al señalar lo anterior es enfatizar el hecho de que aun sin entender el acceso a la justicia desde una perspectiva de género, tenemos que concluir que este derecho humano debe ser garantizado a todas/os por igual, precisamente por ser eso, un derecho humano. Si conjugamos este derecho humano con el derecho a no ser discriminadas en razón de nuestro sexo, el goce del derecho humano al acceso a la justicia en igualdad, no quiere decir que la obligación del Estado reside en garantizar un servicio público exactamente igual para todas las personas, sino que el Estado debe, como lo establece el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw por sus siglas en inglés), dejar de hacer o no permitir todo aquello que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por la mujer del derecho humano al acceso a la justicia².

También, según el artículo 2 de la Cedaw, el Estado no sólo está obligado a no hacer o a no permitir, sino que debe: “f) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, USOS Y PRÁCTICAS que constituyan discrimina-

¹ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

² El Art. 1º de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece que: “...discriminación contra la mujer, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer... de los derechos humanos y las libertades fundamentales...”

ción contra la mujer”³. Esto quiere decir que el Estado está obligado a eliminar todas las barreras físicas, económicas, culturales, lingüísticas, etc., que obstaculizan o impiden el acceso a la justicia de las mujeres en un plano de igualdad con los hombres.

Pero la Cedaw no se queda ahí, según la Recomendación General N° 22, este servicio público que el Estado debe proporcionar a hombres y mujeres según sus necesidades, debe también ser un servicio público integrado por hombres y mujeres y el Estado está obligado a velar porque no haya discriminación a la hora de integrar esos servicios o contra sus funcionarias:

En el artículo 7 de la Convención se compromete a los Estados Partes a que tomen todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública y a velar por que actúe en ella en igualdad de condiciones con el hombre. La obligación especificada en ese artículo abarca todas las esferas de la vida pública y política y no se limita a las indicadas en los incisos a), b) y c) del párrafo. La vida política y pública de un país es un concepto amplio. Se trata del ejercicio del poder político, en particular el ejercicio de los poderes legislativo, judicial, ejecutivo y administrativo...⁴

En resumen, el Estado no sólo está obligado a garantizar que el acceso a la justicia lo puedan gozar por igual hombres y mujeres, sino que debe velar porque las mujeres tengamos igual acceso a ejercer los más altos niveles de la judicatura y a no sufrir discriminación en el desempeño de nuestras funciones.

Ahora bien, ¿qué podría aportar la teoría de género que no aporta la de los derechos humanos? En realidad, bastante. La primera nos enseña que las mujeres no somos un sector de la población como pueden ser los indígenas o las personas con alguna discapacidad, entre otras, sino que estamos en todos o casi todos los sectores y que, por tanto, la implementación de una estrategia o política hacia las mujeres –vistas como un grupo homogéneo– para mejorar su acceso a la justicia siempre va a resultar insuficiente. Especialmente si el análisis de la situación del “sector” mujeres se hace por un lado, y el de sectores como el indígena, pobres, adolescentes, etc., por otro, como si en ellos no se dieran relaciones de poder entre hombres y mujeres o como si en ellos no pesara la construcción de la identidad de género o no les afectaran las estructuras de género.

Por supuesto que incluir en un diagnóstico o en una política un apartado sobre las mujeres es un avance respecto a aquellos que ni siquiera nos toman en cuenta. Pero lo que se quiere enfatizar es que la inclusión de la “categoría” mujer o del “sector” mujeres, no necesariamente indica que se utilizó la perspectiva de género y sin ella no podemos tener un cuadro claro

³ Art. 2 de la Cedaw.

⁴ Párrafo 5 de los Antecedentes de la Recomendación General N° 22 (14 periodo de sesiones 1994).

de cómo se ejerce un derecho, y sin esto no se puede implementar una política efectiva. Un análisis con perspectiva de género requiere que se parta de que toda acción humana impacta a hombres y mujeres de manera particular por la forma como se construyen los géneros y que, por ende, este tipo de análisis debe hacerse al estudiar cualquier fenómeno o grupo social, aunque en él no haya mujeres.

Es necesario hacer énfasis en algo que generalmente no se comprende en relación con la perspectiva de género. Ésta no es una perspectiva sesgada hacia el género femenino. Una perspectiva sesgada hacia el género femenino es la otra cara de la perspectiva androcéntrica y sería la perspectiva gynocéntrica. Pero como por siglos hemos visto y entendido el mundo desde la perspectiva androcéntrica, hemos llegado a creer que ésta es una no perspectiva o el punto de vista neutral y objetivo. Y por eso muchas personas –tanto hombres como mujeres– se sienten incómodas cuando se les dice que deben analizar los hechos desde una perspectiva de género. Se sienten incómodas porque piensan y sienten que la forma como han analizado los hechos es objetiva o “sin ninguna perspectiva”. Debido a esa creencia, cuando no hacemos un esfuerzo consciente por utilizar una perspectiva de género, es decir, una perspectiva que incluya a ambos géneros y a las desigualdades de poder que hay entre ellos y dentro de ellos, lo que hacemos es utilizar la perspectiva androcéntrica que es la que pasa por una no perspectiva. Por eso, cuando no se ha hecho un diagnóstico de género de cualquier situación humana, lo que se ha hecho es un diagnóstico androcéntrico. Es decir, uno que no nos muestra toda la realidad y que además está sesgado hacia los hombres.

Tampoco se hace un análisis con perspectiva de género cuando se incluye en un estudio por un lado un análisis sobre la problemática de las mujeres en relación con el acceso a la justicia, y por el otro, se analizan los factores económicos, geográficos, conceptuales, etc., que inciden en el pleno ejercicio de este derecho. La perspectiva de género nos permite entender cómo las relaciones de poder entre hombres y mujeres afectan ese ejercicio, tanto el de hombres como el de mujeres de todas las clases, edades, colores y habilidades. Un análisis con perspectiva de género del acceso de las personas a la justicia debe hacerse observando cómo los factores económicos, geográficos y simbólicos entre otros, afectan a mujeres y hombres de cada sector y no haciendo un análisis del “sector” mujer por un lado y por el otro uno de cómo esos factores afectan los sectores pobres, indígenas, etc., como si en ellos no hubiesen enormes diferencias de poder entre mujeres y hombres.

Con lo anterior no se está afirmando que no existe un grupo humano que se puede denominar “de mujeres” que tiene su identidad, sus problemas particulares y sus necesarias estrategias de sobrevivencia. Lo que se afirma es que cuando hablamos de mujeres, sólo lo podemos hacer en contraposición al grupo humano de “los hombres”. Porque si estamos ha-

ciendo un análisis del grupo humano “mujeres” lo único que podemos hacer es contrastarlo con el grupo humano “hombres” no con el sector pobre, o indígena, o negro, etc., ya que en todos los sectores hay hombres y mujeres, y entonces, es obvio que hay mujeres indígenas, negras, discapacitadas, lesbianas, migrantes, desplazadas, enfermas, etc. Por eso, si queremos saber cómo es la realidad de cada sector, tenemos que hacer un análisis de género de cada sector y estudiar las relaciones de poder que se dan entre sectores pero también al interior de los sectores.

Veamos dos ejemplos para aclarar este concepto:

Tomemos el factor económico: un análisis sin perspectiva de género nos llevaría a decir, como en realidad se dice, que las personas pobres tienen menos acceso a la justicia que las personas con mayor poder adquisitivo porque no pueden cubrir los gastos que éste incumbe, entre los que se encuentran el pago de honorarios a él o la abogada, timbres, fotocopias, transporte, etc. También se dice que las mujeres de clase alta generalmente tienen más poder económico que los hombres pobres y por ello se concluye que las personas pobres de ambos sexos tienen menos acceso a la justicia que las personas ricas de ambos sexos. Sin embargo, muchas veces, aun las mujeres de las clases más adineradas no tienen acceso a recursos económicos independientes de los de sus padres o esposos. Por tanto, no pueden entablar un juicio, especialmente si es contra ellos, porque no tienen los recursos para pagar un abogado sin el consentimiento de sus maridos o padres, recursos a los cuales tal vez sí podría acceder un hombre con menos poder adquisitivo pero con más independencia.

Es más, muchas veces hasta el hombre más pobre tiene más acceso a la justicia que algunas mujeres adineradas porque puede buscar ayuda legal gratuita contra su empleador, su colega, su víctima o contra cualquier persona que le haya violado sus derechos. Existen casos documentados de mujeres adineradas que no han podido salirse de un matrimonio violento porque no encuentran quién las represente en juicio o porque saben que sus maridos tendrán asesoría legal de mucho más calidad y por ende temen perderlo todo, incluyendo a sus hijos.

Además, aun las mujeres de clase alta tienen menos poder simbólico que los hombres pobres y, por supuesto, menos poder económico y de todo tipo que los hombres de su misma clase. Por eso un análisis del factor económico sin perspectiva de género no nos da un diagnóstico real de la incidencia de dicho factor en el acceso a la justicia porque nos hace deducir que las clases más adineradas tienen más acceso a la justicia y ya hemos visto que para el 50 por ciento de la clase adinerada esto no es necesariamente cierto. Un análisis así conduce a la implementación de políticas equivocadas tanto para hombres como para mujeres.

Ahora veamos el factor geográfico: si analizamos desde la perspectiva de género el papel que juega la lejanía física de los tribunales, vemos que ésta afecta más a las mujeres, no sólo por su menor acceso a recursos

económicos para pagar el transporte, sino por otros factores tales como la falta de tiempo o el no tener tiempo propio⁵, el no tener dónde o con quién dejar a los y las hijas menores, el no tener permiso de salir de la casa sola, el miedo a salir sola, etc. Por eso, si analizamos el factor geográfico sin perspectiva de género, caemos en el error de plantear que a mayor lejanía física de los tribunales menor acceso a éstos. Y eso no es del todo correcto porque bien puede ser que los hombres que viven lejos de un tribunal tengan más posibilidades de trasladarse a ellos que muchas mujeres que viven bastante más cerca.

Otro elemento que nos brinda la perspectiva de género que no nos da ni la androcéntrica ni la de los derechos humanos (porque también es androcéntrica), es que nos lleva a preguntarnos qué efectos tiene en el contenido de la justicia que se imparte el hecho de que los hombres tengan más acceso a ella que las mujeres. Una respuesta es que hay una gran gama de violaciones a los derechos humanos de las mujeres y hasta al propio derecho interno que jamás han sido el tema de una demanda o juicio con lo que no podemos saber qué contenido real tienen esos derechos. También sabemos que la percepción que la gente tiene de los delitos que se cometen es equivocada debido a que hay toda esa gama de delitos que no se denuncian. Podríamos además pensar que esto debe tener algún efecto en los delitos que cometen los hombres y también en las políticas que se implementan ya que responden a diagnósticos equivocados.

Por eso es tan importante que las políticas de los poderes judiciales y de otros para mejorar el acceso a la justicia de la población toda y no sólo el de los hombres –sean éstos blancos, indígenas, negros, pobres, ricos, etc.–, sean políticas con perspectiva de género que respondan a diagnósticos hechos con esta perspectiva.

Si el acceso a la justicia es un servicio público que debe brindar el Estado a través de su poder judicial principalmente, uno de los principios que deben regir este servicio es el de ser adaptable a los cambios que se producen en la sociedad. Pero si no se hace un diagnóstico de esa realidad desde una perspectiva de género, no se podrán detectar todos los cambios que se han producido en la misma y, por tanto, el servicio será defectuoso.

En muchos países de América Latina, después de años de implementar reformas a la administración de justicia que no mejoraron ni el acceso de la población a la justicia, ni la imagen que del poder judicial tiene la gente, ahora están implementando nuevas estrategias para mejorar ambas. Pero si sus estrategias son diseñadas de manera androcéntrica y parten de diagnósticos androcéntricos, es muy posible que también fracasen. Por ejemplo, en algunos países se han iniciado estrategias de incorporación de la sociedad civil en estas reformas para detectar sus necesidades y los cambios que se hayan producido en ella. Para lograrlo, altos funciona-

⁵ Llamo tiempo propio al que cada persona tiene sin tener que rendir cuentas.

rios de los poderes judiciales se desplazan por todo el país para dialogar con las distintas comunidades. Pero si no toman en cuenta las estructuras de género distintas en cada comunidad regresarán con una idea parcial o falsa de la realidad de esa comunidad, y se implementarán reformas que no surgen de las necesidades reales de toda la comunidad.

Por ejemplo, es muy posible que ni las mismas mujeres que padecen cotidianamente la violencia intrafamiliar –incluido el horripilante crimen del abuso sexual incestuoso que sabemos es mucho más frecuente de lo que se cree–, van a hablar de estos crímenes con altos funcionarios de la corte. ¿Por qué?, porque muchas de las violaciones a los derechos de las mujeres suceden en la esfera privada y todas sabemos que “los trapos sucios se lavan en casa” y no se ventilan en público. También porque aun las víctimas de estos devastadores crímenes los clasifican como menos graves que la violencia delincencial, la inseguridad ciudadana, etc., porque esos son los valores que todas las sociedades patriarcales otorgan a unos y otros delitos. Y las mujeres compartimos esos valores.

Por eso, para saber qué preocupa a todas las personas de una comunidad en relación con la justicia, las preguntas deben hacerse tomando en cuenta la realidad de las estructuras de género o de lo contrario se tendrá un diagnóstico errado. ¿Cuáles son esas estructuras? Son tantas, entre las que están la división artificial entre lo público y lo privado, la división sexual del trabajo, la dicotomización del pensamiento, la jerarquización de los valores, entre otros. Todas estas estructuras de género han sido construidas de manera que favorecen a los hombres, pero especialmente a los hombres blancos, adinerados, padres de familia. La división entre lo público y lo privado, combinada con la sexualización del trabajo y la jerarquización de los valores que a su vez son dicotómicos, ha sido construida de manera que los hombres se desarrollan principalmente en la esfera pública, que es más valorada y protegida que la privada, y que a su vez se entiende como una esfera totalmente distinta a la privada. Y cuando no usamos la perspectiva de género, no vemos esas estructuras y pensamos que es normal que existan dos esferas sexualizadas, dicotómicas y jerarquizadas. Por eso nos parece correcto o normal que el derecho regule, por ejemplo, el trabajo que se realiza en la esfera pública, pero no el que se realiza en la esfera privada sin remuneración.

Algunos podrían decir que el hecho de que no se hable de incluir a la sociedad civil en la ampliación y el mejoramiento del acceso a la justicia, de la violencia intrafamiliar o la sexual, por ejemplo, no es tan grave porque si al menos se logra hablar de la violencia o la injusticia que preocupa a todos, algo se avanza, aunque la violencia intrafamiliar se siga presentando. Argumentan que la violencia intrafamiliar es un problema de un sector específico mientras la violencia callejera es un problema de toda la sociedad. No ven que la violencia intrafamiliar es a la vez causa y efecto de la descomposición social. La falta de credibilidad de la población hacia la ad-

ministración de justicia –que redundaría en menos democracia y menos desarrollo– también se incrementa cuando el poder que debe impartir justicia se hace el ciego ante un tipo de violencia mientras castiga a otro. ¿Qué pasa por la cabeza de niños y adolescentes que ven a sus padres humillar y golpear impunemente a sus madres durante toda su estancia en la familia? ¿Creen que un niño que varias veces durante su niñez ha visto a su padre enviar a su madre al hospital con la nariz quebrada y las costillas rotas, pueda tener respeto por “la familia”, “la verdad”, “la justicia”, etc.? Más cuando ve que a ese padre la gente lo respeta por su honestidad, su inteligencia o lo que sea.

Todavía hay gente que cree que la violencia intrafamiliar contra las mujeres sólo afecta a las mujeres y que nada tiene que ver con la descomposición social y la falta de fe en los valores éticos y en los derechos humanos, o con la falta de credibilidad en las instituciones políticas y sociales. Pero esto ocurre debido a que la mayoría de los análisis de la realidad se hacen sin perspectiva de género. ¿Por qué? Porque es lógico pensar que si una persona se explica el mundo desde un punto de vista androcéntrico o hasta gynecéntrico, no va a ver la realidad y por tanto no va a ver las conexiones que hay entre todas las cosas.

Por eso es importante entender que de poco sirve mejorar el acceso a la justicia si la justicia que se imparte es sesgada a favor de los hombres. Es obvio que el contenido que el derecho tiene responde en gran parte al que se va creando en los tribunales ya que es en ellos donde los y las ciudadanas pueden constatar si sus derechos son realmente tales. Es lógico pensar que un acceso sesgado hacia los hombres produce un derecho androcéntrico pero que también un derecho androcéntrico es una barrera más que impide a las mujeres un acceso igualitario a la justicia.

Por eso es tan importante reconceptualizar también lo que se entiende por justicia jurisdiccional o derecho judicial. Recordemos que hasta hace muy poco en el sistema legal de América Latina ni siquiera se hablaba de un derecho judicial. Se creía que las normas jurídicas eran sólo las que emanaban del poder legislativo o, en su caso, del poder ejecutivo. La interpretación y aplicación concreta, que de las leyes emanadas del poder legislativo hacia el poder judicial, no se veían como normas jurídicas. Esto nos demuestra lo importante que es el poder definir un fenómeno: si el derecho no incluía el derecho judicial, no podíamos enmendarlo porque las decisiones judiciales se entendían como individuales; y si no se lograba justicia, si no lográbamos la recuperación de algún derecho conculcado, no era por una falla del sistema, sino por una falla humana, la del juez, la fiscal o la abogada defensora. Afortunadamente, cada vez más se está aceptando que existe un derecho judicial que tiene sus reglas y, aunque no objetivo, este derecho judicial debe tender a la objetividad. Finalmente, al igual que el derecho legislado, este derecho debe enmarcarse en la ética de los derechos humanos desde una perspectiva de género.

Por esta razón se vuelve indispensable que las y los jueces no sólo sean autónomos/as e independientes en la interpretación de las normas legislativas para su correcta aplicación, sino que puedan interpretarlas a la luz de la teoría y práctica de los derechos humanos desde una perspectiva de género. Esto para garantizar que las normas judiciales que van creando sean normas que, al igual que las legislativas, estén inspiradas en el respeto por los derechos humanos y el principio de no discriminación que son los principios orientadores de todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

¿Cuál es ese derecho, cómo sería, quiénes lo crearían, interpretarían o aplicarían? No podríamos hacer una propuesta sino conocemos a fondo lo que está mal con el derecho. Por eso, debemos sintetizar algunas de las críticas que desde el feminismo se han hecho al derecho (Facio, 1999). Desde estas críticas nos será más fácil proponer un derecho más humano, que sirva para la convivencia pacífica en vez de ser un instrumento para la explotación de la mayoría de las personas por un grupo poderoso.

El derecho es justo, sólo necesita más mujeres

Una primera crítica que se hace desde el feminismo al derecho, parte de una concepción de hombres y mujeres como esencialmente iguales, con las mismas capacidades y habilidades. Postula que el problema ha sido que las mujeres no hemos tenido la capacidad jurídica y la posibilidad material de demostrarlo. Desde este enfoque, las acusaciones de androcentrismo que se hacen al derecho son relativamente fáciles de corregir ya que no cuestionan sus postulados básicos. Es la exclusión de las mujeres de los espacios de poder, tradicional e históricamente masculinos, lo que hay que revertir.

En el fondo, esta crítica es una denuncia al derecho por prácticas masculinas injustas y que se expresan o reflejan en que casi todos los juristas de renombre, jueces y legisladores son hombres. No contradice las concepciones tradicionales del derecho, ni cuestiona su apuesta por la clase adinerada, su racismo, homofobia ni ninguna de sus exclusiones. Menos aún, cuestiona la contribución decisiva del derecho a la opresión de todas las mujeres y de tantos hombres. Apunta a suplir lo que hasta ahora ha sido una injusticia del hombre hacia la mujer sin preocuparse por las injusticias entre hombres o entre mujeres y por supuesto, menos aún, la opresión de la mayoría de la gente por unos pocos hombres.

Se trata de una crítica que se centra en el acceso de algunas mujeres al ámbito público en tanto es de allí donde, según esta corriente, las mujeres han sido excluidas. Parte además de que las mujeres, por el hecho de serlo, cuando estén en el poder querrán o podrán eliminar todas las normas discriminatorias. Si bien es cierto que todas las mujeres ocupamos una posición desde la cual se nos facilita distinguir algunas normas que nos discriminan, no todas sufrimos la discriminación de igual manera, ni

todas somos igualmente oprimidas; es más, algunas tenemos grandes privilegios económicos y educativos, entre otros, y a muchas nos cuesta vivir la discriminación sexual de forma consciente. Por eso no toda incorporación de las mujeres al poder garantiza la eliminación de todas las discriminaciones que sufrimos las distintas mujeres por ser mujeres.

La eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres es una tarea extremadamente compleja que no se reduce a la incorporación de algunas mujeres al poder. Se complica aún más cuando comprobamos que no es cierto que la mayoría de las mujeres quiere la eliminación de todas las manifestaciones del sexismo. Es más, muchas de las que han logrado acceder al poder político o de otra índole, incluyendo a mujeres negras e indígenas, insisten en que no existe la discriminación sexual y que ellas son prueba de ello. Por otro lado, no todos los hombres detentan el mismo poder, ni todos están imposibilitados de ver el sesgo androcéntrico en el derecho, ni todos quieren mantener sus privilegios de género. Es más, algunos hombres son víctimas de la violencia de género infligida por mujeres. Lo anterior nos demuestra que ni mujeres ni hombres constituimos grupos homogéneos, aunque el derecho pareciera partir de esa ficción.

Sin embargo, no hay que olvidar que, según Carol Gilligan (1982:174), un aumento considerable de mujeres en cualquiera de los ámbitos de la creación o aplicación del derecho lo transformaría eventualmente. Esto es así porque, según sus investigaciones, los hombres tienden a identificar lo jurídico con un sistema de derechos y deberes definidos por las normas. Las mujeres, por el contrario, tienden a adoptar una actitud menos dogmática y a buscar soluciones acordes con su concepción de justicia enmarcada en el respeto por los derechos humanos. Dejando de lado la discusión de si hombres y mujeres son moralmente diferentes por naturaleza, por socialización o por su condición existencial⁶, lo cierto es que, en general, las mujeres tenemos una concepción de la justicia distinta a la de los hombres. Esta diferencia se manifiesta con más contundencia cuando solucionamos un problema individual que cuando estamos creando leyes en abstracto. Pero aun en este último caso, se ha comprobado que un aumento significativo de mujeres en el Congreso, por ejemplo, sí transforma la naturaleza de las leyes que allí se promulgan.

La ley es justa, se aplica mal

Otra crítica argumenta que el derecho –con la excepción de algunas normas discriminatorias– es neutral, objetivo y universal aunque ha sido injusto hacia las mujeres debido a que quienes lo aplican e interpretan son personas insensibles a las relaciones de poder entre los géneros. Desde

⁶ Entiendo que la condición existencial incorpora elementos biológicos y sociales a la vez y por eso la distingo tanto de la condición fisiológica como de la condición culturalmente construida.

esta óptica se argumenta que la falta de una perspectiva de género en la administración de justicia ha causado un sesgo androcéntrico en la aplicación e interpretación de leyes que son neutrales y objetivas.

Este argumento se utiliza más fácil y frecuentemente con respecto a la impunidad de los violadores, incestuadores y agresores domésticos, las bajas pensiones alimenticias, etc. Se dice, por ejemplo, que las y los jueces no aplican bien la legislación que sí castiga esos delitos o que sí establece pensiones equitativas en abstracto. Desde esta crítica se argumenta que si las leyes fueran aplicadas por personas sensibles al género y con esa perspectiva, más violadores irían a la cárcel, las pensiones alimenticias serían más altas, etc. Aunque lo anterior pueda ser cierto, este tipo de crítica tampoco cuestiona la confianza en la neutralidad intrínseca de los principios básicos del derecho. Bajo esta crítica sólo se requeriría tener jueces y juezas sensibles al género interpretando y aplicando las leyes neutras desde una perspectiva de género para que el fenómeno jurídico fuera generalmente justo.

Pero, al igual que la primera, esta crítica no cuestiona el sesgo androcéntrico de los postulados básicos del derecho. De nuevo se recalca que aunque la crítica en sí no cuestiona el androcentrismo paradigmático del derecho, la solución sí erosionaría ese paradigma. Pensemos si no en los efectos que tendría en la concepción del sujeto paradigmático del derecho: el buen padre de familia, si todas las normas fueran aplicadas desde una perspectiva de género. Pasaría que poco a poco el derecho judicial habría transformado al sujeto paradigmático del derecho en un sujeto más inclusivo de las necesidades y diferencias entre los seres humanos lo que a su vez transformaría el contenido de las normas del derecho judicial.

Igualdad o diferencia

Una crítica más radical, en cambio, parte de que mujeres y hombres somos diferentes (para algunas esencialmente diferentes y para otras cultural o socialmente diferentes) y que esas diferencias sólo han sido tomadas en cuenta por el derecho cuando hacerlo beneficia a los hombres. Esta corriente arguye que el problema no está en las diferencias sino en cómo éstas han sido asimiladas al concepto de desigualdad, a la vez que jerarquizadas de acuerdo con el término de mayor valor, el hombre, sus características, atributos y papeles.

Desde esta corriente no se busca la igualdad de hombres y mujeres ante la ley porque, al igual que con los otros conceptos creados por la cultura patriarcal, el de igualdad está sesgado por la experiencia y los intereses masculinos. Esta crítica pone en duda el que la igualdad jurídica logre la emancipación de las mujeres puesto que hasta ahora ello ha significado asimilación al varón. Más bien relativiza los conceptos totalizantes de la igualdad y la diferencia para asumir que en algunos campos las mujeres requerirán la igualdad y en otros la validación de su diferencia.

Esta crítica, aunque cuestiona el trato idéntico en todos los campos como androcéntrico, no cuestiona el contenido que se ha dado al principio de igualdad en general y, por tanto, no propone uno nuevo sino que se contenta con exigir que en algunos casos las mujeres deben ser tratadas como hombres y en otros como mujeres.

En su libro, *The Female Body and the Law*, Zillah Eisenstein plantea que hay que tener cuidado con cualquier planteamiento neutral de ambos géneros hecho por el derecho porque éste es un sistema social creado para la dominación de todas las mujeres y de muchos hombres. Plantea que las normas que tratan a mujeres y hombres como si no existiese una relación de poder entre los géneros, aunque reconozcan diferencias entre ellos y ellas, redundan siempre en el mantenimiento y reproducción de la subordinación de las mujeres. Advierte que las normas que tratan de hacer compatible el principio de igualdad con, por ejemplo, el dato fáctico de la división sexual del trabajo, tienden a perpetuar la desigualdad en otros campos. Por ejemplo, una norma que compensara a las mujeres amas de casa por sus diversas tareas domésticas, redundaría en la consolidación del estereotipo de que somos las mujeres las encargadas del trabajo doméstico lo cual tiene repercusiones importantes en otras áreas del derecho como lo es el de familia, por citar sólo una.

El androcentrismo en los principios básicos del derecho

A partir de los planteamientos de Zillah Eisenstein, otro enfoque intenta encontrar sesgos androcéntricos, aun en los llamados derechos universales, principios fundamentales o garantías constitucionales y en los mecanismos por medio de los cuales se protegen; es más, en la lógica jurídica misma. Esta gama de críticas nos obliga a cuestionarnos las propias suposiciones de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del fenómeno jurídico. Desde este enfoque se postula que se requiere un reexamen de los paradigmas y las hipótesis que subyacen en la teoría y metodología del derecho para detectar la presencia del sesgo androcéntrico. Más aún, este enfoque nos hace cuestionar las bases mismas de nuestras formas de convivencia durante los últimos cinco o seis mil años. Nos propone retar la universalidad de los llamados derechos fundamentales bajo la suposición de que ellos también reflejan los juicios o criterios masculinos, aunque sean exteriorizados por mujeres.

Quienes se adhieren a este enfoque nos recuerdan que retar no significa descartar. Estas críticas pretenden visibilizar que para que un interés o una necesidad sean universales, deben ser sentidas por todas las personas y no sólo por los hombres de las distintas razas, edades, clases, etc. Nos recuerdan que lo que se cuestiona es el contenido androcéntrico que se ha dado a los derechos humanos en general, no para desvalorizarlos,

sino para llenarlos de contenidos más inclusivos de las necesidades de la diversidad humana con el objetivo de hacerlos realmente universales.

Por ejemplo, cuando desde esta óptica se cuestiona el principio de *in dubio pro reo* no se pretende sustituirlo por “culpable hasta que no se pruebe su inocencia”, sino buscar la justicia y los beneficios de revertir la carga de la prueba en aquellos casos en que sea más razonable hacerlo por el tipo y las circunstancias del delito. Cuando se cuestiona la “libertad de expresión” no es para sustituirla por una censura, sino para balancearla con otros derechos humanos tan importantes y necesarios como podrían ser la integridad física, el derecho a una imagen digna, etc.

Como ya se dijo, desde este enfoque también se cuestiona la lógica jurídica como una lógica masculina. De nuevo sus adherentes nos advierten que esto no implica reemplazar la razón por la irracionalidad. Significa cuestionar la pretensión de reducir el razonamiento jurídico a un razonamiento lógico-matemático. Significa cuestionar el sistema dogmático deductivo propio de la lógica formal porque no es el procedimiento adecuado para conocer, interpretar y aplicar el derecho. Significa entender que la justicia está constituida por problemas que no tienen una solución unívoca, sino varias alternativas posibles de las que hay que escoger una. Significa saber qué es lo justo para cada caso concreto. Cuestionar la lógica jurídica significa abrirse a nuevas posibilidades de relaciones de convivencia entre los seres humanos sin reproducir las lógicas que hasta el día de hoy limitan el ejercicio y goce del potencial humano de mujeres y hombres.

Desde este enfoque se insiste en que el derecho es masculino porque son las necesidades y conflictos de los hombres los que están codificados en él. Esto no quiere decir que las mujeres no hayan sido tomadas en cuenta. Sí lo han sido pero desde el punto de vista masculino. Las que se adhieren a este enfoque insisten en que esto no significa que exista una conspiración por parte de los hombres que fomente este propósito. Sin embargo, señalan que los hombres continúan ocupando las posiciones más importantes y son los que determinan el modo de ver la realidad social haciéndola aparecer como normal aún por aquellas que están subordinadas. Y el derecho como institución contribuye a mantener una cultura patriarcal.

Derecho como discurso

Una reciente crítica feminista al derecho⁷ parte de entenderlo en el sentido foucaultiano de discurso como una amplia gama de discusión sobre un tema o temas que se realiza dentro de una determinada sociedad (Foucault, 1978:101). Pero también parte de entenderlo, en el sentido más concreto de lenguaje, como el conjunto de sonidos, unidades de significados y estructuras gramaticales, así como los contextos en que se desarrollan.

⁷ Alda, Facio, “El Derecho habla y habla”, ponencia presentada en varios seminarios.

En este sentido se analiza el microdiscurso del derecho, es decir, se analizan lingüísticamente todos los eventos que constituyen derecho –hacer un testamento, dar un testimonio en un juicio, hacer un contrato, pedir un divorcio–, para entender su macrodiscurso como un fenómeno social abstracto.

Desde esta crítica, el derecho como micro y macrodiscurso es entendido como el lenguaje autorizado del Estado y, por ende, como un discurso impregnado con el poder del Estado. Desde esta perspectiva y analizando el lenguaje del derecho, las feministas parten de que el mismo no puede menos que ser un discurso patriarcal y androcéntrico por dos razones: la primera porque el lenguaje refleja la cultura dominante en cada Estado, y la cultura dominante en todos los Estados actuales es patriarcal; y la segunda, porque si el poder estatal es patriarcal, su discurso no puede menos que serlo también.

Como ya se explicó, el análisis del poder es central en la mayoría de las teorías feministas y también lo es en el análisis del derecho como discurso. Analizando simultáneamente el derecho, el lenguaje y el poder, esta gama de críticas nos señala que podemos entender mejor por qué la discriminación y opresión contra las mujeres se mantiene a pesar de que se han derogado la mayoría de las normas del componente formal sustantivo que expresamente nos discriminaban. Sugieren que oigamos la forma como los policías hablan a las mujeres que vienen a denunciar a sus maridos, que observemos la expresión de los y las juezas cuando una mujer víctima está dando testimonio en un caso de violación, que analicemos las palabras que usan las y los mediadores en casos de adulterio, etc. Nos insisten en que en ninguno de estos casos hay abuso de la ley por parte de los funcionarios/as y, sin embargo, en todos se reafirma la sensación de que no habrá justicia para las mujeres.

¿Por qué la mayoría de las mujeres sabe de antemano que la ley no las tratará con justicia a pesar de que la Constitución Política garantiza la igualdad de los sexos ante la ley? La respuesta no se encontrará en el estudio de la norma formal, nos dice esta crítica. La respuesta está en los detalles de la práctica legal cotidiana, detalles que consisten casi exclusivamente de lenguaje.

Por eso, desde esta crítica, se estudia el lenguaje del derecho para poder comprender el poder de la ley. La premisa es que el poder no es una abstracción sino una realidad cotidiana. Para la mayoría de la gente, el poder de la ley no se manifiesta tanto en su poder coercitivo o en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sino en las miles de transacciones y minidramas legales que se llevan a cabo diariamente en los bufetes legales, comisarías, agencias policiales, fiscalías o juzgados así como en las noticias, telenovelas, charlas y conferencias que de algún modo tratan un problema legal. El elemento dominante en cada una de estas transacciones, minidramas o telenovelas, es el lenguaje. A través de éste el poder se abusa, se ejercita o se cuestiona.

Como se ha dicho, el discurso no sólo es una forma de hablar sobre un tema, sino que es la forma como se piensa y actúa sobre ese tema. El discurso del derecho es entonces una forma de hablar, pensar y actuar sobre las mujeres, los hombres y las relaciones entre ambos. Mientras el discurso sea patriarcal, las mujeres seremos discutidas, descritas y tratadas por el derecho de manera subordinada a los intereses de los hombres. Por esto es que aún en los Estados en donde se han hecho reformas legales para eliminar, por ejemplo, la revictimización de las mujeres en casos de violación sexual, prohibiendo preguntar a la víctima sobre su experiencia sexual previa, no se ha logrado un trato justo y equitativo para ellas. Según esta gama de críticas, esto se debe a que el discurso sigue siendo patriarcal porque sigue reflejando y reproduciendo la idea de que las mujeres valemos menos como seres humanos. Si valemos menos, lo que decimos en un juicio, por ejemplo, tiene menos valor que lo que diga un hombre. También lleva a pensar que lo que sucede a una mujer, por ejemplo una violación sexual, no es tan grave como cuando sucede a un hombre y definitivamente es menos grave que mandar a un hombre a prisión. Estas formas de hablar y pensar llevan a un trato por la ley, aun la protectora, que termina discriminando a las mujeres.

Reconocer que el derecho es un discurso del poder, tanto del poder estatal como de los múltiples poderes locales, nos dice esta crítica, nos llevará a poner atención, más que a la norma formal, al cómo ella establece reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos que la norma presupone e incorpora, así como a poner atención a la forma como la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado. El estudio del derecho como discurso puede ser clave para las mujeres porque puede demostrar cómo el derecho es patriarcal más allá de la norma, aun la norma protectora de los derechos de las mujeres.

El derecho de la mujer, una propuesta feminista

Debido a las enormes dificultades para “engenerar” el derecho, incluyendo en ello el mejoramiento del acceso a la justicia para ambos sexos, algunas feministas proponen que se debe desarrollar una rama o disciplina autónoma a la que se podría denominar Derecho de la Mujer (Dahl, 1987). Este derecho tiene que desarrollarse como disciplina legal al mismo tiempo que la discriminación sexual, presente tanto en las normas como en los principios y fundamentos del derecho masculino, se vaya reduciendo hasta ser completamente abolida. Como la igualdad ante la ley –de la cual parte el derecho masculino– no evita la práctica de la discriminación, es necesario desarrollar una disciplina que tenga como meta y no como supuesto de partida, la igualdad de hombres y mujeres.

En Noruega, donde el derecho de la mujer fue desarrollado antes que en ningún otro país, se explica el nacimiento de esta nueva rama del

derecho como una evolución lógica y necesaria. Una evolución que va desde un derecho centrado en la propiedad privada, el comercio y el Estado, a uno que incluye los problemas cotidianos de la gente y que tiene como objetivo a la persona humana en sus diferentes facetas y realidades. Es un derecho centrado en la persona humana en vez de en las cosas, como son o podrían ser el derecho sobre la niñez, del consumidor, del estudiantado, de la ancianidad, de las personas privadas de libertad, del magisterio, de las personas asalariadas, de las víctimas de crímenes, de las personas con discapacidad, de los pueblos indígenas, etc.

El derecho de la mujer se asemeja a todas las disciplinas que tienen por objetivo a la persona, ya que existe similitud en la aplicación del modelo dirigido a la persona a través de normas y en el deseo de mejorar el estatus del grupo al que va dirigida cada disciplina. Pero mientras que las disciplinas arriba mencionadas son más restringidas con respecto a la extensión y el carácter legal del grupo, el derecho de la mujer tiene una característica especial: el enorme, diverso y complejo segmento de la población que representa, es decir, las mujeres de todas las edades, clases, razas, etnias, capacidades, nacionalidades, estatus migratorio, preferencia u opciones sexuales, y otras más. Por eso el derecho de la mujer constituye una parte de todas las otras disciplinas a la vez que es conformado por ellas. Esto hace que el campo del derecho de la mujer sea mucho más amplio que el de las otras disciplinas que, como él, están dirigidas a la persona humana.

Este derecho de la mujer también exige una práctica alternativa del mismo. Esta disciplina no sólo es autocrítica y desmistificadora del derecho, sino que además, exige que las y los abogados lo practiquen en forma diferente a la tradicional. Se insiste en que las relaciones entre abogada/o y cliente, juez/a y abogado/a, administrador/a y administrada/o sean más horizontales y que el proceso sirva para el empoderamiento de las mujeres. Se insiste en que toda la actividad esté centrada en la persona y no en principios abstractos. Se busca la justicia más que la "seguridad jurídica".

Desde el derecho de la mujer se insiste en que el acceso a la justicia sea apropiado y efectivo. Esto quiere decir que el Estado tendrá que garantizar un servicio que esté siempre al alcance de todas las personas en términos espaciales y temporales, lingüísticos y culturales, simbólicos y psicológicos, económicos y políticos, así como en cualquier otro término. Un servicio igualitario tendrá que compensar las desigualdades entre hombres y mujeres con medidas correctivas que hagan más parejo el campo de juego. El servicio que pretende el derecho de la mujer ya se ha puesto en práctica en algunos países para ciertos temas como el de la violencia intrafamiliar contra las mujeres. Lo que se propone ahora es que esto se expanda a otros problemas jurídicos que enfrentan las mujeres para que ante cualquier violación a sus derechos humanos, tengan acceso a una justicia adaptable a su problema particular .

De esto se desprende que el derecho de la mujer deberá ser enseñado con pedagogías distintas. Los y las estudiantes de esta disciplina deberán aprender a pensar en vez de memorizar, a reconocer sus prejuicios en vez de ocultarlos, a involucrarse en el caso en vez de controlarlo, a solidarizarse con sus compañeros/as en vez de competir por el primer lugar. No será fácil aprender este derecho, pero seguramente será mucho más enriquecedor que repetir como grabadoras los artículos de un código.

En los últimos tiempos, debido a la fuerza del movimiento feminista por los derechos humanos de las mujeres, hubo un avance legislativo y doctrinario en relación con el estatus jurídico de las mujeres de América Latina. Sin embargo, no existe en esta región una disciplina denominada derecho de la mujer. Es importante que todas y todos empecemos a crear ese derecho de la mujer que bien podría ser la semilla que produzca una nueva justicia en América Latina. Una justicia con perspectiva de género y, por ende, inclusiva de las necesidades e intereses de los pueblos indígenas, los migrantes y los grupos marginados por raza, clase, discapacidad, edad, opción sexual o por cualquiera de las miles de excusas que los poderosos han dado para explotar y discriminar a las mayorías.

Bibliografía

- FACIO, Alda (1993), *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis del fenómeno jurídico desde la perspectiva de género*, Ilanud.
- _____ (1999), "Hacia una teoría crítica del derecho", en Facio y Fries, *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Lom.
- GILLIGAN, Carol (1982), *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press.
- EISENSTEIN, Zillah, (1988), *The Female Body and the Law*, University of California Press.
- FOUCAULT, Michel, (1978), *The History of Sexuality*, Vol. 1, "An Introduction", New York, Random House.
- DAHL TOVE STANG, (1987), *El derecho de la mujer*, Madrid, Vindicación Feminista Publicaciones.