

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Programa de Doctorado en Derecho

La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto jurídico.
Buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres.

Autora: Claudia Iriarte Rivas
Profesora Guía: Yanira Zúñiga Añazco

SANTIAGO-CHILE
2017

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	6
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

Propuesta teórica y nociones fundamentales	25
1. Antecedentes	25
2. Conociendo desde la teoría feminista	26
3. Categoría (noción) género y sistema sexo-género	34
4. Patriarcado	39
5. Lo público y lo privado: los cambios de la modernidad	41
6. Teoría feminista del derecho (Ius feminismo)	46
7. Crítica y deconstrucción de la teoría feminista del derecho respecto de la noción de sujeto de la modernidad	49
8. El principio de igualdad y el planteamiento crítico feminista	53
9. El derecho antidiscriminatorio y la crítica iusfeminista	56
10. Generización de la ciudadanía. El planteamiento ius feminista	60

CAPÍTULO SEGUNDO

Desde el constitucionalismo decimonónico a la CEDAW	65
1. El constitucionalismo decimonónico y el racionalismo	65
1.1. Noción de persona	65
1.2. Crisis de la estructura político patriarcal	74
1.3. Las mujeres excluidas de la democracia y privatizadas	79
2. Los cambios en el siglo XX	84
2.1. El avance de la democracia	84
2.2. Los avances en materia de derecho privado e igualdad	90
2.3. La noción de sujeto universal	92
2.4. El derecho de los derechos humanos. La noción de ser humano, sujeto de derechos y universalidad de los derechos	94

CAPÍTULO TERCERO

Formalmente iguales. Un planteamiento crítico al sujeto abstracto e igualdad liberal104

1. Formalmente iguales 104
2. La ausencia de las mujeres en el sujeto 106
3. Sujeto y modelo de igualdad liberal. La crítica *ius* feminista 111
4. Desigualdad de poder social y jerarquías frente a la igualdad 121
5. Discriminación del sujeto mujeres. Una lectura feminista 125
 - 5.1. Ruptura de la igualdad (discriminación) en el modelo liberal 125
 - 5.2. Crítica feminista a la noción de discriminación fundada en la igualdad de trato. La discriminación estructural 130
 - 5.3. Herramientas del derecho antidiscriminatorio 139

CAPÍTULO CUARTO

La ciudadanía, una construcción deficitaria para las mujeres149

1. Ciudadanía y ciudadanos/as en el modelo inicial 149
2. La ampliación de la ciudadanía, nuevos sujetos ciudadanos 156
3. Nuevas concepciones de ciudadanía 158
4. La ciudadanía de las mujeres 160
 - 4.1. Ciudadanía fragmentaria e inacabada 162
 - 4.2. Ciudadanía deficitaria. La esfera privada doméstica 165
 - 4.2.1. La esfera privada de la familia.
 - 4.2.2. División sexual del trabajo, el orden de las economías y ciudadanía.
 - 4.2.3. Ciudadanía laboral.
 - 4.2.4. Construcción de un estado de bienestar sexuado.
5. Derechos y garantías sexuadas 187
 - 5.1. Déficit de la subjetividad femenina en los derechos fundamentales 188
 - 5.2. Los nuevos derechos 190
 - 5.3. Garantías sexuadas 194
6. A modo de corolario 196

CAPÍTULO QUINTO

Sujeto mujeres en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos198

1. Jurisprudencia Tribunal Constitucional chileno	200
1.1. Sentencias	202
1.1.1. Sentencias referidas a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter.	
1.1.2. Sentencias referidas a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas relacionadas con materias de familia y de seguridad social.	
1.1.3. Sentencia referida a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del decreto del Ministerio de Salud que regula la contracepción de emergencia.	
2. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos	233
2.1. Sentencias	234
2.1.1 Sentencias: Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú y Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala.	
2.1.2. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México.	
2.1.3. Sentencias: Caso Rosendo Cantú y otra vs México y Caso Fernández Ortega y otros vs México.	
2.1.4. Caso Artavia Murillos y otros (“Fecundación in vitro”) vs Costa Rica	
3. Una mirada comparativa del sujeto mujeres en la jurisprudencia revisada.....	259

CAPÍTULO SEXTO

Sujeto, ciudadanía y (no) discriminación estructural de género264

1. Hacia un nuevo modelo de no discriminación	267
2. Constitucionalismo del Estado social	269
3. Considerando la discriminación estructural	276
3.1. Subdiscriminación	276
3.2. Los privilegios masculinos	283

4. Garantías sexuadas	286
4.1. Estructurando las garantías	286
4.1.1. Conflictividad social de género.	
4.1.2. Diversidad sexual.	
4.1.3. Garantías de naturaleza objetiva.	
4.2. Los derechos de las mujeres son también derechos humanos	290
4.2.1. Derechos sexuales y reproductivos.	
4.2.2. Derecho a una vida libre de violencia.	
4.3. Reconfigurando los derechos	295
5. La política como espacio de formación de la voluntad ciudadana	296
6. Replanteando la esfera privada	299
6.1. Mirando la esfera privada/doméstica desde lo público	301
6.1.1. Abordando la familia.	
6.2. Politizando el trabajo del cuidado. La esfera privada se expresa en lo público.....	305
7. Políticas públicas	306
7.1. <i>Gender mainstreaming</i> o transversalidad de género	309
Recapitulando	311

CAPÍTULO SÉPTIMO

Conclusiones	313
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	324
---------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La configuración del nuevo orden social que permitió superar el Antiguo Régimen en el Derecho occidental, basado de un modo importante en la propuesta teórica *ius* racionalista, recepcionada y positivada por el constitucionalismo, dio paso a un nuevo modelo de orden social, político, jurídico y normativo, que demandó el diseño e implementación de una nueva institucionalidad para el Derecho.

Este nuevo orden social y sus renovadas realidades institucionales fueron especialmente importantes respecto de los sujetos, ya que determinaron nuevas asignaciones sociales, políticas, institucionales y jurídicas, debiendo configurarse un respectivo orden del Derecho (doctrinario, de principios, normativo y de interpretación) que determinó la condición de sujeto jurídico, de ciudadano y de sujeto de derecho.

En este nuevo orden social, la mujer será considerada como persona conforme el orden sexual que el mismo determina, lo que significa que las mujeres quedarán excluidas de la constitución de la sociedad civil, integrándose a la esfera privada de la misma. Esta construcción implicó la ausencia del sujeto mujeres en la determinación del sujeto jurídico, de la ciudadanía y del sujeto de derecho, siendo este un punto de partida de la desigualdad estructural de género respecto del Derecho

Llegamos así, al tema específico que se aborda en esta tesis: cómo el orden sexual del nuevo orden social determinó la construcción de la institucionalidad social, política y jurídica sin considerar la realidad material en la sociedad de los sujetos conforme el sexo, lo que implicó -e implica aún en la actualidad- la discriminación de la mujer, incluso luego del proceso de extensión de la ciudadanía a las mujeres y del reconocimiento de la plena capacidad jurídica de la mujer casada, que las transformó, al menos formalmente, en ciudadanas y sujetos de derecho.

De modo particular, en las siguientes páginas se realiza un estudio crítico de la conceptualización del sujeto jurídico del constitucionalismo, del modelo de igualdad presente en el sistema jurídico, de la noción de ciudadano y ciudadanía y la configuración de la mujer como sujeto de derecho, para -a partir de ello- plantearse posibles caminos jurídicos que permitan elaborar nuevas

propuestas y herramientas en una búsqueda de un modelo de igualdad sustancial de mujeres y hombres.

Problema a abordar en esta tesis.

– *El orden social sexual y la noción de sujeto.*

El orden social de la Modernidad se estructura en dos esferas que implican la separación entre política y economía, separación que está vinculada al nacimiento del Estado moderno en oposición al antiguo Estado patrimonial. En este modelo, las esferas pública y privada están claramente delimitadas: la primera es la esfera de lo político, del Estado y de los derechos, y por lo mismo, es la esfera de la ciudadanía y del ejercicio ciudadano. La segunda es la esfera de las relaciones económicas, una esfera privada en la que lo político y el orden estatal no tienen más rol que resguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos desde la esfera pública, garantizando las libertades y autonomías individuales. Esta segunda esfera, sin embargo, no solo alberga las relaciones de mercado y producción, sino que también las familiares, ya que la familia queda también circunscrita a la esfera privada, pero un modo autónomo y diverso de la esfera de la economía.

La sociedad civil fue constituida según el modelo teórico del *ius* racionalismo, a través de la conformación del pacto social que permitió dar cuenta del paso del estado de naturaleza a una organización política. El poder político se funda en el contrato social, en la constitución de un poder común, de modo que a partir de la expresión de voluntad individual (de cada sujeto que concurre al pacto social) se conforma una voluntad común que es soberana. Dicho pacto estructura las condiciones de convivencia, de organización y de regulación de la sociedad política. El fin último de esta sociedad es la garantía de los derechos a los sujetos. En tanto el pacto es el que determina al nuevo orden social, conforme al modelo teórico, sólo quienes concurren al mismo son integrantes de la comunidad política.

Las mujeres no fueron constituyentes del pacto social, no fueron consideradas sujetos libres e iguales, y por lo mismo, no fueron sujetos constitutivos de la sociedad política, no se transformaron en ciudadanas ni en sujetos de derecho. Su incapacidad para realizar el contrato las consideró en un orden pre-social, a partir del cual serán integrados al nuevo orden social, pero

quedando al margen de la esfera pública, confinados a la esfera privada al interior del orden de la familia.

Marginadas del orden social, su lugar será la familia configurada como una asociación privada que mantiene su orden jerárquico y su rol en la economía del cuidado¹. El jefe de la familia continúa siendo el *pater*, autoridad que a partir de ahora será sólo privada; la potestad política la tendrá en tanto ciudadano y sujeto de derecho, dimensiones de la esfera pública de la que también participa. El trabajo de la economía del cuidado se realizará al interior de la familia, separado de las actividades productivas económicas que se han mercantilizado con el trabajo asalariado.

Así se conforma un nuevo orden social, regulado por un orden sexual: los hombres constituyentes de la sociedad civil, ciudadanos, sujetos de derecho, propietarios y jefes de familia, tendrán potestad política, serán titulares de derechos, capacidad jurídica plena, autonomía de la voluntad y potestad familiar. Las mujeres, en cambio, estarán excluidas de la esfera pública, determinadas como sujeto y en su rol social en la esfera privada/doméstica, bajo la potestad del *pater* y, en el caso de la mujer casada, su capacidad jurídica será limitada. La división en esferas implicó también una división sexual del trabajo: lo político, lo productivo, tarea de los varones; la economía del cuidado tarea de las mujeres.

Considerando el cambio paradigmático en la relación entre Derecho y persona que implicó la Ilustración respecto al Antiguo Régimen -particularmente, en cuanto a la superación de estructuras sociales estamentales y la derogación de los consiguientes privilegios jurídicos vigentes hasta el siglo XVIII- y la nueva concepción de derechos naturales de la persona -fundada en la concepción de un sujeto moral, cuya condición esencial es ser libre e igual, portador de derechos y que se constituye por lo mismo jurídicamente en sujeto de derecho², era imprescindible el surgimiento de una nueva noción de sujeto

La construcción conceptual racionalista, que es recogida de un modo similar por el constitucionalismo, se funda en la definición metodológica de que el conocimiento del Derecho y la determinación de conceptos y principios jurídicos se deben elaborar sobre la base de

¹ La economía del cuidado comprende el trabajo del cuidado y la producción de cuidado que se requiere para cubrir las necesidades humanas, tanto cotidianas como las de reproducción biológica y sociales.

² El profesor Ermanno Vitale plantea la relación entre derechos y concepto de individuo señalando que la sola noción de los derechos fundamentales demanda tener una idea de persona, que determine “sus predicados esenciales” y la naturaleza del individuo. VITALE, Ermanno, “¿Teoría General del Derecho o Fundación de una República Óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”. En: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, cuarta edición, 2009. p. 69

argumentos ciertos e indestructibles, obtenidos de conclusiones fundadas de un modo rigurosamente especulativo, pudiendo prescindir de la realidad concreta en la obtención del conocimiento. Así se adquirirán los fundamentos conceptuales y, a partir de ello, se podrá construir un sistema universal de derecho, válido para todo tiempo y para todo lugar.

El concepto jurídico de persona, en concordancia con el planteamiento metodológico del racionalismo, se configuró a través de la elaboración de una noción abstracta que no tiene materialidad en una realidad concreta. El objetivo era contar con una noción que diera respuesta a la necesidad técnico jurídica de permitir la positivización normativa de planteamientos filosóficos y doctrinarios jurídicos. Fundada en los principios *ius* racionalistas, la concepción jurídica de persona que estaba en construcción tenía que ser concordante con los postulados respecto de la persona humana. Así, los sujetos debían ser racionales, libres y soberanos de su persona, dueños de sí y de sus derechos. Quedan así excluidos de la determinación de los “predicados esenciales” del sujeto configurado en el inicio del constitucionalismo, las mujeres, no ciudadanas y no autónomas; los menores de edad que se consideran seres con menor capacidad de comprensión y, por lo tanto, mientras no lleguen a la mayoría de edad no tienen capacidad en términos legales; los que no poseen bienes, ya que en la medida que su subsistencia depende de otro, no pueden garantizar la autonomía de su voluntad; quienes tenían condición servil, excluyéndose por esta vía a los campesinos, trabajadores domésticos y esclavos; los que no supieran leer y escribir, puesto que la condición de letrado era la base para el uso de la razón, y los discapacitados que no pudieran expresar su voluntad, que era el caso de los ciegos y de los sordomudos³. Quienes no quedaban comprendidos en la concepción de personas, no eran sujetos jurídicos por sí y, por lo mismo, tampoco ciudadanos ni sujeto de derechos.

Así, en el siglo XIX nos encontramos con un orden social que ha excluido a la mujer de la esfera pública y una conceptualización del sujeto que no la ha recepcionado, por lo que no ha sido recepcionada tampoco, consecuentemente, en la concepción de sujeto ciudadano ni de sujeto de derecho. Esto último tiene un doble impacto. Por una parte, complementa y refuerza la exclusión del sujeto mujer de la esfera pública. Por otra -y en la medida que estas nociones están construidas como universales, generales y neutras-, la ausencia de determinados sujetos no se explicita, de manera que pareciera que todos quedan comprendidos. Tan es así, que recién a partir

³ HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p.175.

del análisis crítico del sujeto realizado por la teoría feminista a partir del fines del siglo XX, fue posible determinar su construcción deficitaria respecto del sujeto mujer, su no neutralidad y la falacia de su carácter universal.

– *La extensión de la ciudadanía y determinación de sujeto de derecho: un proceso deficitario para las mujeres.*

El avance social y político que derivó de los cambios impulsados por los grandes movimientos sociales presentes en los últimos decenios del siglo XIX y en el siglo XX -movimientos obrero, feminista y raciales, fundamentalmente- determinan de modo importante el debate sobre la ciudadanía y su extensión a nuevos sujetos, impactando y determinando -en un lento y progresivo proceso de más de 100 años, entre mediados del siglo XIX y el último tercio del siglo XX- la configuración, al menos en lo formal, de la noción de sujeto jurídico y sujetos de derechos. Específicamente respecto de las mujeres, el proceso de ampliación de ciudadanía, reconocimiento de capacidad jurídica y constitución en sujeto de derechos recorrió un largo camino, iniciado a fines del siglo XIX, con las primeras concesiones del derecho a voto (Nueva Zelandia en 1893), y que se masificó y profundizó en la segunda mitad del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial. Este proceso no ha sido ni lineal ni regular, e incluso en ciertos órdenes normativos aún está inacabado. Las limitaciones en el caso del sujeto mujer no se referían solo a su ciudadanía sino también -en el caso de la mujer casada- a su capacidad jurídica. Bajo este estado civil, las mujeres se veían coartadas para actuar como sujeto en casi todos los ámbitos del derecho, no pudiendo actuar por sí mismas sino que autorizada o representada por el marido. Los diversos ordenamientos jurídicos otorgaron de modo variado y fragmentado el reconocimiento de los derechos políticos (ciudadanía), de la capacidad laboral, de la patria potestad de los hijos, de la capacidad de disponer de sus bienes, de contratar, de representar a terceros, de realizar actividades de comercio. Ello ha significado que la ciudadanía, no sólo política, y la condición de sujeto de derecho de la mujer se hayan construido de un modo fragmentario, que incluso se podría calificar de irregular, implicando una calidad deficitaria de su ciudadanía y de su condición de sujeto de derechos.

Incluso se podría ir más allá. Si este proceso es analizado considerando el orden social y jurídico que planteábamos anteriormente, es posible determinar un déficit aún mayor, ya que la extensión de ciudadanía, el reconocimiento de derechos y la concesión de la plena capacidad jurídica han

sido de carácter formal, declarativo-normativo, no modificando ni dando cuenta de las condiciones estructurales que determinan el orden social sexual.

Ello ha significado la mantención del modelo de determinación de la subjetividad y rol social de los sujetos sobre la base de la diferencia sexual, sin que esta diferencia y la realidad material de los diversos sujetos haya sido considerada para reconfigurar nociones fundamentales como la de sujeto jurídico, ciudadanía, ciudadanos, derechos y sujeto de derecho, por lo que estas definiciones continúan elaboradas de espaldas a la diferencia sexual y su configuración inicial prevalece prácticamente intacta.

Ello es particularmente complejo, ya que como se señalara algunas líneas más arriba, las construcciones conceptuales del constitucionalismo, han sido diseñadas en el modelo de abstracciones, por lo que se expresan como representativas de todos los sujetos, de un modo general, universal y neutro. Lo que en la actualidad significa que esta configuración ya no es considerada problemática por una gran mayoría, en la medida que los avances en materia de ciudadanía y capacidad permiten afirmar hoy a muchos autores que estas efectivamente incluyen a todos los sujetos y por lo tanto son universales.

Sin embargo, el pensamiento crítico del Derecho tiene un planteamiento diferente y sostiene que este universalismo es falso. Tal afirmación tiene dos fundamentos. Por una parte, que la noción de sujeto no es realmente neutral, ya que se continúa nutriendo de una conceptualización androcéntrica, y por otra parte y derivado de lo anterior, que la subjetividad femenina está deficitariamente considerada. Como dice Geneviève Fraisse, lo masculino se ha escondido en lo neutro, lo masculino se ha apoderado de la generalidad de lo neutro. Lo femenino se considera como un otro específico, cuyas particularidades complementan el concepto ya existente⁴.

– *Modelo de igualdad liberal: homologación más que igualdad.*

La existencia de un patrón androcéntrico subyacente en el concepto jurídico de persona ha llevado a la teoría crítica del Derecho, y particularmente al *ius* feminismo, a plantear la insuficiencia de la concepción de la igualdad liberal⁵. El concepto de igualdad de la tradición liberal obliga a tratar a

⁴ FRAISSE, Geneviève. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer. Madrid. 1ª edición 2003. pp. 15, 16, 17 y 156

⁵ BODELÓN, Encarna. "Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico". En: NICOLÁS, GEMMA Y BODELÓN; Encarna (Comps.). *Género y Dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*, Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España, 2009, p.111.

las personas de forma abstracta, como si tuvieran las mismas oportunidades y experiencias. Esta concepción de igualdad, que subyace al Derecho y al Estado moderno, se funda sobre el concepto de igualdad de trato inspirada en la fórmula aristotélica de igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. Es decir, hombres y mujeres deben ser tratados igualmente en tanto se ha determinado que son iguales. El problema es dilucidar iguales a quién y en qué. Es decir, cuál será el patrón de medida de la igualdad y cuáles serán los criterios con que se aplicará dicho patrón. La concepción liberal de igualdad aplica como *tertium comparationis* la concepción jurídica de persona construida por la Modernidad, la cual, como ya se dijo, no es en realidad ni universal ni neutra. Ello le permite plantear a Habermas que las políticas referidas a los sujetos hombres y mujeres, son, respecto de estas últimas, más bien políticas de equiparación, ya que las diferencias entre los sexos no expresan más que desviaciones del modelo de “situación normal” construido según la medida de los varones⁶.

Desde la noción crítica del derecho, se plantea la necesidad de una nueva concepción de igualdad que permita superar el concepto formalista y reduccionista fundado en una noción de sujeto jurídico falsamente universal y por lo mismo no omnicompreensivo. El planteamiento de la teoría *ius* feminista es aún más radical, sosteniendo que una propuesta de un nuevo modelo de igualdad deberá abordar los fenómenos estructurales que existen en la sociedad, que basados en la asimetría de poder entre los diversos sujetos, particularmente hombres y mujeres, configuran la realidad de discriminación sistémica que afecta a las mujeres como sujetos en su dimensión colectiva, más allá de los epifenómenos de discriminación individual que se manifiestan socialmente.

– *La ciudadanía deficitaria de las mujeres.*

Al comienzo de estas líneas, se señaló que en el proceso de constitución del orden social del constitucionalismo, las mujeres quedaron al margen de la esfera política de los derechos, de la ciudadanía. El proceso de integración al orden social se dio entonces a través de la familia, quedando determinada en la esfera privada/doméstica. La familia, mantendrá la función de la economía del cuidado, en virtud de la cual se asegura la reproducción biológica y la reproducción social, la cual será responsabilidad de las mujeres, determinadas en su función social a partir de las tareas del trabajo del cuidado. Se constituye así un espacio privado familiar, el cual mantiene su

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*. Editorial Trotta, 5ª edición Madrid, 2008. p. 509.

jerarquía detentada por el *pater* familia. El derecho civil, particularmente el de familia, se encargará de regular el orden y las relaciones familiares. Su normativa, complementada con el Código Penal se encargara de regular y conservar un orden familiar que asegure una jerarquía, los bienes y la descendencia.

La condición de no ciudadanas de las mujeres no sólo implicó su marginación del derecho a voto y a participar de procesos electorales de representación popular, sino que también significó su exclusión del reconocimiento y amparo de los derechos fundamentales. En materia de autonomía económica su subsistencia se encontraba limitada, ya que no podían administrar sus propios bienes, ni sus frutos o rentas, ni podían dedicarse al comercio o trabajar remuneradamente y disponer de su salario si no contaban con la autorización del marido. Tampoco tenían derecho a educación universitaria, el acceso a la educación secundaria era bastante restringida -los primeros liceos públicos para mujeres se crean entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX- y la educación primaria recién se extendió a hombres y mujeres en la segunda mitad del siglo XIX.

Durante el siglo XX se verifica un cambio paradigmático. Por una parte, este se expresa en la modificación de los ordenamientos jurídicos, concediéndosele el derecho a voto a las mujeres y los derechos políticos, y por otra, en un proceso que se ha definido como no sistemático, en cuyo contexto se fue reconociendo la plena capacidad jurídica de la mujer casada, con el consecuente reconocimiento progresivo de derechos y la configuración de sujeto de derecho. Sin embargo, este proceso no logra configurar una ciudadanía plena para las mujeres. Incluso cuando se benefician del fenómeno de especificación de derechos, a través de la creación de estatutos especiales de derechos humanos en el sistema internacional de los derechos humanos en que la titularidad es únicamente de la mujer (CEDAW, Convenios OIT sobre maternidad), el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres sigue siendo deficitario. Como señala Fraisse: “Si aún hiciera falta afirmar que las mujeres no son una categoría social más, la prueba vendría dada por la distancia persistente entre el derecho a voto y la elegibilidad, entre la inclusión de las mujeres en la cosa pública y el reparto del poder....”⁷

Hay que revisar, qué razones permiten explicar el déficit de ciudadanía a pesar de los cambios fundamentales que se han producido durante el siglo recién pasado. Lo primero es analizar cómo este proceso de cambio ha impactado respecto del orden social que define la ciudadanía de las

⁷ FRAISSE, *Los dos gobiernos...*, op. cit., pp. 128 y 129.

mujeres. Asimismo, la división sexual del trabajo, que caracteriza la realidad de las dos esferas: hombres responsables de la representación política, del trabajo de la economía de la producción y mujeres responsables de la economía del cuidado de la esfera privada/doméstica, será otro factor de limitación en el ejercicio de la ciudadanía. Además, la división pública/privada en lo referente a la determinación subjetiva de los sujetos, y en particular a las mujeres en la esfera privada/doméstica, continúa incardinada por el sistema de subordinación respecto del cual se estructura el orden familiar. Si bien en el proceso de ampliación de ciudadanía y de reconocimiento de derechos, se suprimieron o reformaron importantes instituciones jurídicas y órdenes normativas a través de los cuales se implementaba el modelo de subordinación -como eran la potestad marital o la limitación a la capacidad jurídica de la mujer casada-, una vez más estas reformas no abordaron el orden estructural material sino sólo el orden normativo formal, manteniéndose la estructura de subordinación sin modificación en lo sustancial. Ello significa, además, que en tanto las mujeres están construidas socialmente a partir de su rol en la esfera doméstica familiar, la relación y vínculo que establecen con las demás esferas se sostiene sobre su realidad material como sujeto. Esto no solo implica una limitación a la ciudadanía de las mujeres, en el sentido de que -cómo se señalara anteriormente- su subjetividad no calce con la caracterización de la ciudadanía de la esfera pública, sino que además significa que la subjetivación construida sobre la base de la realidad de subordinación se “extienden desde la privacidad del hogar” a la esfera de lo político o del trabajo mercantil⁸. Esta configuración permite dar cuenta de fenómenos más estructurales de discriminación, como son la violencia de género: acoso sexual, trata de personas, femicidios, violación sexual; las brechas en materia de empleo: diferencia salarial entre hombres y mujeres, segregación horizontal, segregación vertical o “techos de cristal”, y la limitada participación de la mujer en cargos de representación política a nivel local, parlamentario y gubernamental, por señalar solo las expresiones más visibles de este fenómeno.

La ciudadanía deficitaria de las mujeres se expresa además y de un modo importante en el sistema de derechos fundamentales, en el sentido de que estos no dan cuenta de la subjetividad específica de las mujeres, lo que explica importantes expresiones de la discriminación de género. Esta deficiencia del sistema de derechos fundamentales se manifiesta en dos ámbitos: por una parte, en la determinación conceptual de los derechos que no recogen la realidad del sujeto mujeres, lo

⁸ PATEMAN, Carole. *El Contrato Sexual*. Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, España, 1995, pp. 161 y 199.

que implica una titularidad deficitaria y/o un ejercicio, goce y garantías limitadas de los mismos por parte de las mujeres y, por otra, en las carencias en la configuración y desarrollo de nuevos derechos que aborden aspectos de la realidad específica del sujeto femenino que no está expresada o lo está de manera muy deficitaria en los derechos fundamentales.

El primer ámbito se puede observar, por ejemplo, a través de la realidad que experimentan las mujeres en su participación en el mercado de trabajo. Existen diversas barreras que limitan de facto el ingreso de las mujeres al mercado de trabajo; se trata aquí de barreras que son producto de la realidad material propias del sujeto mujeres y que, en consecuencia, no afectan a los hombres. La división sexual del trabajo asigna a las mujeres las tareas de la economía del cuidado, por lo que su ingreso al mercado de trabajo siempre deberá considerar la necesaria conciliación con ese trabajo social que las mujeres asumen per se. Así, según la carga laboral que impliquen las labores del cuidado en cada caso particular, estas imposibilitarán o limitarán la realización de un trabajo remunerado. La característica procreativa de la mujer implica que estas no sean contratadas o que se limite su contratación, ya que los/las empleadores estiman que serán trabajadores menos productivos en razón del embarazo, parto y maternidad (economía del cuidado). Ambas situaciones señaladas configuran importantes barreras que disminuyen el interés de las mujeres por realizar un trabajo productivo remunerado o que limitan directamente su ingreso, al privilegiarse la contratación de hombres. Estas realidades particulares no son consideradas por el sistema de derechos en la configuración, garantías y regulación específica de los derechos fundamentales involucrados, el derecho al trabajo, en este caso. Es más, a la inversa, la legislación laboral establece una normativa referida al cuidado de la reproducción y crianza de hijos e hijas menores de personas que participan en el mercado de trabajo, fundada en la preposición de protección de la madre trabajadora. Por esta vía, se refuerza su rol social y con ello las barreras de ingreso al mercado del trabajo de las mujeres.

El segundo ámbito mencionado se observará a través de la realidad de la violencia de género, que es la modalidad más dramática y paradigmática de la discriminación estructural que afecta a la mujer. Por violencia ejercida contra las mujeres se entiende cualquier acción o conducta fundada en patrones estereotipados, prácticas sociales y/o culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación de la mujer, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico,

ya sea que ocurra en el ámbito público o en el privado⁹. La realidad de violencia de género no solo se expresa al interior del núcleo familiar, que es la denominada violencia intrafamiliar, sino que se manifiesta en diversos ámbitos de la sociedad, como en el espacio laboral, escolar y social en forma de acoso sexual; o en escenario de conflictos armados, donde la violencia sexual contra las mujeres se hace presente con frecuencia como una violencia “colateral” a la del enfrentamiento de los grupos armados en conflicto. También es violencia de género la trata de mujeres, vinculada fundamentalmente al comercio sexual, que junto a tráfico de niños y niñas constituye más del 80% de los casos de tráfico de personas en el mundo. Y por último, hay una violencia contra las mujeres de carácter omnipresente, que es aquella ejercida sobre sus cuerpos, que las obliga o presiona a cumplir con estándares de estética, que implican el uso de determinada ropa (ya sea tradicional, como los pies forrados en China, o moderna, como zapatos con tacos, que provocan un daño irreparable en los pies de las mujeres) o la realización de operaciones de rejuvenecimiento o implantes (no pocas veces con negativos efectos sobre la salud de las mujeres o incluso con consecuencia de muerte) o las exigencia de tener cuerpos delgados, que llevan a muchas mujeres a hacer dietas excesivas o provocan enfermedades de desórdenes alimenticios como la anorexia o la bulimia.

La realidad de la violencia de género que experimentan cotidianamente las mujeres ha llevado a que la teoría feminista, junto al movimiento de mujeres, planteé la configuración de un nuevo derecho fundamental para el amparo de los sujetos frente esta realidad: el derecho a un mundo libre de violencia. Hasta la fecha, el derecho internacional de los derechos humanos, con la salvedad del sistema interamericano y parcialmente del Estatuto de Roma¹⁰, no ha elaborado un instrumento internacional vinculante que incorpore al sistema internacional de los derechos humanos la regulación específica de este derecho y sus garantías. El sistema interamericano es el único que tiene un instrumento vinculante para los Estados Miembros en materia de violencia de género: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la

⁹ Artículo 1° y Artículo 7 b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”

¹⁰ El artículo 7 n°1 literal g del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece expresamente: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; “la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u «otros abusos sexuales de gravedad comparable» cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático.”

Mujer “Convención de Belém do Pará” de junio de 1994. Este instrumento, además de ser el único en su tipo en el sistema internacional de los derechos humanos, es destacable puesto que aborda la problemática de la violencia contra la mujer desde la perspectiva de género y de los derechos de la mujer. Así, en el artículo primero de la Convención se define violencia contra la mujer como: “...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”, en las demás normas de la Convención y según lo que señala el preámbulo, es posible determinar que en el marco de este instrumento, la conceptualización de género se refiere a que la violencia debe originarse fundada en patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación de la mujer. Además, en el artículo 6 de la Convención, se consagra como derecho humano de las mujeres el derecho a una vida libre de violencia, el cual considera, sin ser taxativo, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

En este caso, es posible observar, cómo a partir de la subjetivación específica de las mujeres fruto de la realidad de subordinación que las afecta conforme el orden social, particularmente su determinación al orden de las familias, se plantea y se estructura un nuevo derecho fundamental. Sin embargo, este nuevo derecho planteado fundamentalmente por las feministas, tanto del ámbito del movimiento social como de la academia, no ha sido aún recepcionado por la doctrina hegemónica ni por el orden normativo internacional -salvo el caso señalado- ni por los derechos nacionales. En este último ámbito, los países han avanzado en la dictación de normas de rango legal que sancionan la violencia de género o -de un modo parcial- la violencia intrafamiliar, pero solo limitadamente la abordan desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

– *Buscando la igualdad sustancial desde el Derecho.*

El desafío que se plantea a partir de este análisis, es la búsqueda de herramientas jurídicas que permitan superar el déficit del constitucionalismo en materia de igualdad de hombres y mujeres, que implica que más de la mitad de los seres humanos, aquellos que pertenecen al género femenino, vivan cotidianamente una realidad de desigualdad y discriminación jurídica, a pesar de la igualdad ante la ley que consagran los textos constitucionales. En el derecho internacional

público y en el derecho comparado, se han recepcionado herramientas jurídicas diseñadas por el derecho antidiscriminatorio para superar los obstáculos a la igualdad de hombres y mujeres; entre estas es posible señalar las acciones positivas, la transversalidad o la distinción entre discriminación directa e indirecta. Las primeras son medidas de intervención de política pública (gubernamental o legislativa), cuyo objetivo es equilibrar y compensar las diferencias que produce la discriminación entre hombres y mujeres. La transversalidad, a su vez, es el proceso que implica la evaluación de las implicancias sobre mujeres y hombres de la política legislativa, así como de la política gubernamental en cualquier ámbito y en todos los niveles, de modo de que estas beneficien en condiciones de igualdad de género y eviten que la desigualdad se perpetúe¹¹. La conceptualización de discriminación directa e indirecta es una herramienta del derecho antidiscriminatorio que entrega criterios para identificar o detectar la discriminación. Estas herramientas, si bien han implicado un avance en materia de igualdad de hombres y mujeres, ya que permiten fundamentalmente abordar realidades de discriminación de colectivos, en el caso de las mujeres, no permiten encarar el problema estructural que subyace a la discriminación de género.

Este desafío requiere profundizar aún más, plantea la necesidad de una revisión crítica de la noción de un sujeto genérico universal y neutro, para analizar su genérico masculino complementado por un otro femenino, criticando a su vez el postulado liberal de igualdad, que fundado en el sujeto universal, sólo permite establecer una falsa igualdad. Así mismo, es necesario abordar, si tales concepciones sobre persona e igualdad afectan o no el contenido básico de los derechos fundamentales, su aplicación, ejercicio y garantía respecto de hombres y mujeres, y particularmente analizar críticamente la institucionalidad jurídica respecto de cómo los derechos se determinan, establecen y cómo posibilitan su ejercicio y garantía, considerando la efectiva igualdad de hombres y mujeres. Todo lo anterior con la finalidad de conocer y enfrentar la estructura jurídica conceptual que subyace y conforma el andamiaje de la elaboración no neutral de la Modernidad, que conduce a crear procesos artificiales de igualdad.

Se debe considerar en la concepción de nociones estructurantes como la de sujeto jurídico, ciudadano y de derechos a los sujetos en su realidad colectiva, diversa y sexuada, dando cuenta así

¹¹ SEVILLA MERINO, Julia, VENTURA FRANCH, Asunción y GARCÍA CAMPÁ, Santiago. “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 67, Madrid, 2007, pp. 65 y 68.

de su materialidad. Se considera la necesidad de encontrar o desarrollar en el Derecho un instrumental que permita dar cuenta del orden social sexual y de cómo este impacta limitando el pleno e igual desarrollo de las mujeres como sujetos. Particularmente se trata de crear herramientas jurídicas que permitan abordar la realidad sistémica de subordinación de las mujeres y que sean estructuradas para la eliminación de la discriminación de estas, de modo de avanzar hacia la igualdad sustancial y material de las mujeres.

A su vez, se busca visualizar propuestas que permitan superar la estructuración actual de la ciudadanía de las mujeres, de modo que se avance hacia una ciudadanía plena y sea posible el reconocimiento y garantía de los (y de sus) derechos fundamentales. Como señala la *ius* feminista Encarna Bodelón: “Una de las aportaciones más interesantes de la crítica a la insuficiencia del concepto de igualdad,... [es] que no se trata únicamente de incluir a las mujeres en el marco existente de derechos si no redefinir el contenido de los derechos... y reconocer y garantizar los derechos de las mujeres. No se trata sólo de justicia para las mujeres, si no propiamente tal un nuevo modelo de justicia”¹².

En esta crítica y búsqueda de un orden jurídico más justo e igualitario respecto de los diversos sujetos mujeres y hombres, se considera de un modo importante el modelo de construcción del constitucionalismo del Estado social, en cuanto este fue y es un proceso que abordó el orden estructural social y la conflictividad que este implicaba respecto de los sujetos conforme a su condición de propietario o trabajador asalariado en cuanto a la efectiva incorporación al orden social, al sistema de derechos y a la ciudadanía de estos últimos. Para efectos de este estudio, lo que interesa de este proceso no es solo que da cuenta de un conflicto social negado o no considerado por el derecho liberal (constitucionalismo liberal), creando en el constitucionalismo del Estado social una institucionalidad que se hace cargo del conflicto social, sino que ese proceso y sus resultados implicaron abordar al sujeto y al Derecho considerando la división de las esferas públicas y privada de la economía y la relación entre ellas, creando una nueva institucionalidad que implicó nuevos principios, la reelaboración y la creación de nuevos derechos fundamentales, la reestructuración del sistema de garantías e incluso el desarrollo de nuevas áreas del Derecho (derecho del trabajo y seguridad social), que significó la penetración del sistema de derechos y la

¹² BODELÓN, “Feminismo y Derecho...”, *op. cit.*, pp.111 a 114.

ciudadanía en la esfera privada y la consideración en la institucionalidad jurídica de la realidad material, aunque sea parcial, de los sujetos en la esfera privada del mercado.

La realidad de la discriminación de género, de un sistema de dominación patriarcal y el conflicto sexual al interior del orden social no es equiparable de un modo mecánico a la conflictividad social implicada en la relación capital/trabajo; por lo mismo, no se trata tampoco de homologar las herramientas ya configuradas. Sin embargo, más allá de las diferencias, este proceso testimonia la posibilidad –y arroja luces sobre el camino para avanzar en esa dirección- de dar cuenta y enfrentar desde el Derecho y su institucionalidad un modelo estructural de discriminación y subordinación, que en este caso específico deberá sustentarse en el diseño de propuestas propias desde el feminismo y las teorías críticas.

Hipótesis.

Esta tesis va a probar cómo el orden sexual del orden social de la Modernidad determinó la construcción de la institucionalidad jurídica sin considerar la realidad material de los sujetos conforme al sexo, estableciendo así un orden estructural que no permite la igualdad real de mujeres y hombres. Seguidamente, se probará que es necesario plantearse críticamente respecto de la conceptualización del sujeto jurídico del constitucionalismo, del modelo de igualdad y ciudadanía fundada en dicha conceptualización y de la configuración de la mujer como sujeto de derecho; y que a partir de dicha crítica se deben diseñar nuevos caminos jurídicos que sustenten propuestas y herramientas para superar la discriminación estructural y para la configuración de un modelo de igualdad para mujeres y hombres fundado en la (no) discriminación estructural de género.

Estructura de la tesis.

La presente tesis se ordena en seis capítulos, más un capítulo final que contiene las conclusiones de la misma.

El primer capítulo desarrolla los conceptos fundamentales que se abordan en la tesis como marco estructurante del desarrollo del trabajo. Se abarcan los planteamientos centrales de la epistemología feminista; particularmente, se consideran los aportes al conocimiento en lo

referente a los sujetos y al rol de lo masculino en la forma de producción del conocimiento científico, especialmente el jurídico, se consideran los conceptos de sexo, género y la relación de ambos.

Luego se examina la teoría feminista del derecho o *ius* feminismo, para comprender la conceptualización y el planteamiento crítico de esta forma particular de conocimiento y análisis del Derecho desde el planteamiento teórico del feminismo.

Se abordan, a su vez, los elementos conceptuales sobre el principio de igualdad. El desarrollo de este trabajo requiere conocer la noción de igualdad de la tradición liberal, que subyace al Derecho y al Estado moderno, y cuál es el planteamiento que sobre esta noción realizan las escuelas críticas del Derecho, especialmente el *ius* feminismo, y la re-conceptualización que hacen del mismo. Especial interés tiene el análisis del derecho antidiscriminatorio, por el aporte que este ha significado para efectos de enfrentar realidades de discriminación de colectivos de sujetos al interior de la sociedad.

Por último, se analiza sumariamente la noción y crítica, desde el *ius* feminismo, de la ciudadanía y la realidad deficitaria de esta respecto de las mujeres.

En el capítulo segundo, se abordan aspectos históricos jurídicos respecto de cómo se configura la noción de persona en la Modernidad a partir del siglo XVIII y durante los siglos XIX y XX. Se trata de un análisis histórico-conceptual y jurídico de la noción de persona y de cómo esta determinó los criterios de aplicación del principio de igualdad ante la ley respecto de hombres y mujeres durante ese periodo. En este análisis, se aborda lo que implicó la configuración histórica del nuevo orden social, sujetos sexuados y familia, y particularmente cómo ello provocó una crisis de la estructura político patriarcal para dar paso a la sociedad civil como el nuevo orden social, donde las mujeres fueron privatizadas y excluidas de la democracia.

Se revisa luego los cambios fundamentales en el siglo XX, producto del avance de la democracia y particularmente de las luchas sufragistas por el derecho a voto, a la educación y a la capacidad jurídica de las mujeres; la importancia del desarrollo de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX en la reconceptualización del derecho de igualdad ante la ley. Esta nueva rama jurídica, con su propia doctrina y su propio proceso de positivización, tanto a nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales como especialmente del derecho internacional, ha ampliado en el ámbito jurídico la concepción sobre los derechos fundamentales y la igualdad. Especial

importancia tiene la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, que fue el primer instrumento internacional referido a las mujeres cuyo objetivo se funda en la eliminación de la discriminación como forma de avance efectivo para la igualdad de las mujeres. A su vez, cabe destacar la Declaración y el Programa de Acción de Viena que establece expresamente el reconocimiento de que los derechos humanos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales.

En el capítulo tercero, se estudia la noción de persona que ha elaborado el Derecho, y más específicamente, cómo la configuración de esta noción es construida sobre la base de un proceso de abstracción que determina un sujeto *optimo iure*, que subyace a la determinación de la noción de sujeto de la institucionalidad jurídica, y con ello, a las concepciones de sujeto jurídico, sujeto ciudadano y sujeto de derecho. Se verá seguidamente, cómo es ese concepto de persona en el cual se sustenta el ordenamiento jurídico: su creación, su aplicación y su interpretación, y cómo este determina la interpretación del principio de igualdad ante la ley, determinando fundamentalmente un sistema de igualdad fundado en la asimilación u homologación de los sujetos al sujeto *optimo iure*.

Se abordará desde la crítica *ius* feminista el modelo de igualdad liberal, analizando cómo este no permite considerar la realidad de discriminación estructural que impacta a colectivos que comparten características comunes (como mujeres, migrantes, indígenas, negros), ya que conforme a su configuración, solo permite abarcar la realidad de discriminación que no es producto del orden social estructural, sino aquella que se expresa en actos de discriminación atribuibles a personas (jurídicas o naturales) y que afectan a individuos específicos. De modo particular, se analizará las herramientas del derecho antidiscriminatorio, que a diferencia del modelo liberal, permite abordar situaciones de discriminación de colectivos de sujetos, siendo pertinente analizar su funcionalidad para enfrentar la discriminación contra el sujeto mujeres.

En el capítulo cuarto, se estudiará la ciudadanía de las mujeres y el modo deficitario como esta se ha constituido. El punto de partida será la revisión del modelo de ciudadanía del proceso de constitución del orden social en el inicio del constitucionalismo. Luego se verá cómo se desarrolló la ampliación de la ciudadanía a nuevos sujetos y cómo ello impactó en nuevas concepciones de ciudadanía.

Se estudiarán las transformaciones y cambios que significó el proceso de ampliación de ciudadanía (tanto política como de acceso a los derechos y la plena capacidad civil) respecto del orden social sexual, y cómo y por qué este impacta en definitiva en la configuración de una ciudadanía inacabada y deficitaria del sujeto mujeres. En este marco se considera un sistema de garantías de género, se analizan los elementos que lo debieran estructurar para permitir la configuración de los nuevos derechos y la re estructuración de lo que ya están determinados, considerando la subjetividad y realidad material de las mujeres.

El capítulo quinto contiene un análisis de jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo referente a determinación de la concepción y construcción del sujeto mujeres y la concepción de igualdad de mujeres y hombres, de modo de poder observar cómo la determinación de identidad del sujeto femenino impacta en la construcción de la interpretación del Derecho que conducen a diversas soluciones jurisdiccionales. Se trata de determinar, en primer lugar, cuál es la noción jurídica de sujeto, y en segundo lugar, cual es el alcance de la subjetividad del sujeto que es considerada, que derechos son abordados y como ello impacta en la decisión o posiciones que adoptan los tribunales y sus magistrados. Por último, se hará un análisis crítico a las sentencias desde el modelo de discriminación estructural, que plantea la teoría *ius* feminista, y un examen de como en estas sentencias son o no reconocidos los derechos de las mujeres y cómo esto determinan el contenido en uno u otro sentido de las sentencias.

En el capítulo sexto se planteará el desafío de diseñar herramientas jurídicas que permitan superar el déficit del constitucionalismo actual en materia de no discriminación, de ciudadanía y de constitución de sujeto de las mujeres. Lo primero que se efectúa es una revisión a la configuración y propuestas del constitucionalismo del Estado social para estudiar en este modelo herramientas y planteamientos técnicos jurídicos que permitan dar cuenta de realidades de discriminación y subjetivización deficitaria derivadas de estructuras sociales. Particularmente interesa analizar en el modelo del constitucionalismo del Estado social su planteamiento respecto de la incorporación a la institucionalidad constitucional y estatal del conflicto social (en su caso el conflicto capital trabajo) y cómo el orden normativo y el Estado deben dar respuesta a esta problemática social, superando con ello el modelo del constitucionalismo liberal el cual se estructuraba sobre un paradigma que negaba la conflictividad social.

En la parte siguiente, teniendo como telón de fondo el modelo del constitucionalismo de Estado social, se avanza en una propuesta que aborda la realidad de subordinación de la mujer, permitiendo superar los conceptos formalistas y, además, dar cuenta de los fenómenos estructurales que existen en la sociedad y que, basados en la asimetría de poder, no permiten la igualdad entre los sujetos hombres y mujeres. En ese sentido se estudia una noción de discriminación que recepcione la dimensión estructural de la misma y que dé cuenta del conflicto social de género. Luego se estudia la importancia de desarrollar un sistema de derechos y garantías sexuadas establecidas considerando la subjetividad del sujeto mujeres, para así dotar de contenidos a los derechos y configurar nuevos derechos. Especial importancia tiene en este análisis la sexualidad y capacidad procreativa de las mujeres, así como el planteamiento respecto de la esfera doméstica privada y su necesaria reconfiguración de modo de vincularla a la esfera política desde una doble perspectiva, por una parte, que la realidad de la esfera privada sea considerada por la esfera pública y que, a su vez, esta politice lo familiar/doméstico de modo que su carácter de esfera privada no sea una limitante para el ejercicio y garantía de los derechos de la mujer; dentro de ello cobra especial importancia el trabajo el cuidado. Finalmente, se analiza la necesidad del establecimiento de políticas públicas que permitan el cuestionamiento y transformación del sistema sexo género. En ello se abordarán algunos de los mecanismos ya propuestos y diseñados por el Derecho antidiscriminatorios y recogidos por el *ius* feminismo, como el *mainstreaming*, respecto del cual se considerará su especial capacidad transformadora.

CAPÍTULO PRIMERO

PROPUESTA TEÓRICA Y NOCIONES FUNDAMENTALES

1. Antecedentes.

El planteamiento teórico de esta tesis se enmarca dentro de las concepciones sobre el Derecho elaboradas a partir del análisis crítico del conocimiento jurídico y del Derecho realizado utilizando el corpus teórico y de conocimiento elaborado por la teoría feminista. En los últimos treinta años, este desarrollo del conocimiento jurídico a partir del uso de las categorías de análisis feministas ha permitido configurar un área de conocimiento jurídico específico que se denomina teoría feminista sobre el derecho o *ius* feminismo.

El nacimiento, desarrollo y estructuración de una teoría feminista —como una teoría de estudio y conocimiento de la realidad social— y los posteriores planteamientos teóricos derivados de esta —que permiten conocer y analizar áreas específicas, como el derecho— están directamente relacionados con el desarrollo del movimiento social denominado feminista. En la elaboración inicial del feminismo, las autoras plantearon un análisis crítico respecto de la falsa neutralidad y universalidad de los textos ilustrados y los del constitucionalismo que permitió sentar las bases de la teorización feminista del siglo XX, particularmente en lo referente a la diferencia sexual y la alteridad del sujeto femenino. Este tópico será abordado especialmente por Simone de Beauvoir en su obra *El Segundo Sexo*, que constituirá una pieza fundamental de la elaboración teórico feminista que se ha desarrollado con particular fuerza desde la década del sesenta del siglo XX hasta ahora. Hubo también un importante desarrollo de la propuesta del movimiento feminista, especialmente, en su lucha por el sufragio femenino, el acceso a la educación y condiciones y acceso al trabajo asalariado, que encontró su fundamento teórico en los planteamientos de la Ilustración, del liberalismo político y de las ideas socialistas, especialmente en lo referente al ideario sobre la igualdad.

A partir de la década del sesenta del siglo XX, producto de un proceso de replanteamiento y crítica del movimiento feminista respecto de la persistencia de la realidad de desigualdad y discriminación de las mujeres a pesar de haber obtenido la ciudadanía política, se dio paso a un proceso de especial desarrollo teórico que implicó la reestructuración, profundización y búsqueda

de un corpus de conocimiento más amplio y sistemático de la teoría y del movimiento feministas. Así, en los últimos 50 años y en un proceso de retroalimentación y diálogo entre las autoras feministas y entre estas y el movimiento feminista, se ha desarrollado, ampliado y nutrido un cuerpo teórico a partir del cual se han diseñado demandas y propuestas de cambio social, político, económico y jurídico.

En la primera parte de este capítulo, se analizan las principales herramientas metodológicas y conceptuales elaboradas por la teoría feminista, que son categorías de análisis que utilizan las autoras *ius* feministas y que sirven por lo mismo de base para el estudio y análisis de esta tesis. Se construye primero una noción conceptual de feminismo, para luego avanzar en la epistemología feminista y, finalmente, se plantea las nociones fundamentales de la teoría feminista que son utilizadas como herramientas de estudio y análisis social: sistema sexo género, patriarcado y el concepto de lo público y lo privado.

En una segunda parte, se analizan las ideas básicas que han sido elaborados por la propuesta teórica del *ius* feminismo, los que son producto del proceso de decantación de la teoría feminista en su análisis crítico de la teoría jurídica, de los ordenamientos jurídicos vigentes y del derecho internacional de los derechos humanos. Fundamentalmente se aborda la conceptualización del *ius* feminismo y la propuesta crítica respecto de la noción de igualdad liberal y de la noción de ciudadanía.

2. Conociendo desde la teoría feminista.

“Feminismo es una ideología social que partiendo del reconocimiento de la subordinación (cultural, económica, jurídica, familiar, etc.) de la mujer al hombre plantea como objetivo la desaparición de tal subordinación. Por extensión, se considera feministas las actitudes y prácticas encuadrables en tal reconocimiento y objetivo”¹³.

“Feminismo es aquella tradición política de la modernidad, igualitaria y democrática, que plantea que ningún individuo de la especie humana debe ser excluido de cualquier bien y de ningún

¹³ BARRÈRE, María de los Ángeles. “Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 75.

derecho a causa de su sexo. El feminismo parte de pensar normativamente como si el género no hubiera de tener consecuencias particulares”¹⁴.

“Feminismo es el conjunto de políticas prácticas y teorías sociales desarrolladas por el movimiento social feminista que critican las relaciones pasadas y presentes de sometimiento de las mujeres y luchan para ponerles fin y transformar, así, la sociedad para hacerla más justa”¹⁵.

Las definiciones expuestas, las dos primeras más conceptuales y la tercera basada en el desarrollo del movimiento social, coinciden en que el feminismo es un planteamiento político social (ideológico), que tiene por objetivo central la transformación y eliminación de las condiciones de subordinación de la mujer —y la consiguiente desigualdad y discriminación— existentes en la sociedad en razón del sexo de las personas. Lo anterior, a fin de configurar un modelo social que se funde en términos igualitarios (no discriminatorios) respecto de mujeres y hombres.

El feminismo, como tal, sólo es posible luego del desarrollo del racionalismo, cuyas ideas llevarán a plantear por primera vez en Occidente (y en el pensamiento universal) la igualdad de los seres humanos, estableciendo a partir de allí la igualdad jurídica como principio y derecho de las personas¹⁶. Sólo con posterioridad a ello, será posible plantear la irracionalidad de la exclusión y del orden social que se configuran sobre la base de la subordinación de las mujeres¹⁷. Desde el punto de vista del derecho, consignar la igualdad de la persona humana implica que esta se debe reconocer y garantizar en el ordenamiento jurídico, a la vez que significa reconocer de modo igualitario los derechos fundamentales respecto de todos los seres humanos.

¹⁴ VALCARCEL, Amelia. *Feminismo en el Mundo Global*. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1ª edición, 2008, p. 55.

¹⁵ NICOLÁS, Gemma. “Debates en epistemologías feministas. Del empirismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista”. En: NICOLÁS, Gemma Y BODELÓN; Encarna (Comps.), *Género y Dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*. Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España 2009, p. 25.

¹⁶ Con anterioridad al siglo XVII existió literatura que tenía planteamientos críticos sobre la realidad de las mujeres, esta no contiene cuestionamientos ni al orden estamental ni al rol y lugar ocupado por las mujeres en los diversos estamentos. Como señala Celia Amorós, son “quejas por los abusos del poder patriarcal”. El más expresivo de estos textos es la obra de Christine de Pizan “*La cité de dames*” (1405), el cual plantea un modelo de conducta y autoestima de las mujeres nobles. AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana. “Introducción”. En: AMORÓS, Celia y De MIGUEL, Ana (eds.). *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva, Madrid, 2005, p. 30.

¹⁷ Esta tesis se enmarca dentro de las concepciones que se fundan y determinan como categoría de análisis la noción de sujetos colectivos, sociales e históricos. Específicamente respecto de la mujer la referencia a estas como sujeto nos referiremos como mujeres o sujeto mujeres.

En sus orígenes, en el siglo XIX¹⁸, el feminismo será un planteamiento crítico al orden social de la Modernidad y particularmente al constitucionalismo decimonónico en la medida que este no reconoce (niega) el derecho de igualdad respecto de las mujeres, particularmente al no reconocerle la ciudadanía y recepcionar en materia de derechos una concepción que coloca a la mujer en una posición inferior respecto del hombre. La declaración de *Seneca Falls* (EE.UU.) en 1848, denominada por sus autores “Declaración de sentimientos”, fue firmada por 70 mujeres y 30 hombres representantes de movimientos y organizaciones liberales. El planteamiento central de esta declaración fue la igualdad de las mujeres con los varones y la exigencia de que éstas pudieran alcanzar la ciudadanía civil. Textualmente planteaba: “decidimos que todas las leyes que impidan que la mujer ocupe en la sociedad la posición que la conciencia le dicte o que la sitúe en una posición inferior que la del varón, son contrarias al gran precepto de la naturaleza, y por lo tanto, no tienen fuerza ni autoridad”. Así, fundándose en el planteamiento del derecho natural de igualdad, se configura el inicio del movimiento sufragista¹⁹.

La lucha por la igualdad planteada por el feminismo durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX —hasta la obtención de la ciudadanía, inclusión y protección de la mujer trabajadora y reconocimiento de derechos fundamentales (como educación y capacidad jurídica para la mujer trabajadora)— tendrá su fundamento teórico en el racionalismo, el liberalismo democrático decimonónico y el socialismo, ideas que darán un sustrato teórico a sus planteamientos políticos y sociales, pero no se desarrollará aun una teoría propia feminista²⁰. Autores fundamentales de este periodo como John Stuart Mill y Harriet Taylor —quienes elaboraron las bases de la teoría política que nutrió al sufragismo— fundaron sus planteamientos en la concepción racionalista, especialmente en lo referente al derecho de igualdad, en combinación con un enfoque liberal sobre el individuo²¹. Estas ideas se plasmaron en el texto “Sujeción de la mujer”²², en este trabajo,

¹⁸ Hay autoras que sitúan los primeros planteamientos del feminismo en el siglo XVII con François Poullain de La Barre, discípulo de Descartes, quien escribió, en el marco del pensamiento racionalista, el primer texto que plantea la igualdad de hombres y mujeres “*De l’Egalité des deux sexes*” (1673). Luego, en 1792, se sumaría el texto de Mary Wollstonecraft “Vindicación de los derechos de la mujer”, y durante la Revolución francesa, los trabajos de Olympe de Gouges “*Cahiers de Doléances*” y “Declaración de derechos de la Mujer y la Ciudadana”. Estos trabajos, si bien constituyen un primer aporte sobre un planteamiento crítico respecto de la igualdad de hombres y mujeres, no desarrollan un planteamiento sistemático como el que se da partir de la segunda mitad del siglo XIX en pos del derecho a la ciudadanía política, la educación y el trabajo asalariado de las mujeres.

¹⁹ VALCARCEL, *Feminismo en...*, op. cit., pp. 85 y 84.

²⁰ Entre las principales autoras del siglo XIX y comienzos del XX, es posible citar a Helen Taylor, Lucretia Mott, Emily Wilding, Emmeline Goulden Pankhurst, Nelly Roussel, Elizabeth Cady Stanton, y Susan Brownell Anthony.

²¹ VALCARCEL, *Feminismo en...*, op. cit., pp.31 a 32.

²² Texto escrito por Mill, que en el debate intelectual habría sido influenciado por Harriet Taylor.

Mill utiliza los paradigmas de la Modernidad en materia de derechos de las personas, lo que le permite enfrentar críticamente la condición jurídica de las mujeres. Plantea fundamentalmente que la subordinación o dominación a la que se encuentran sometidas las mujeres no es producto de la inferioridad de estas, sino resultado de su deficiente y parcializada formación social y cultural. Siguiendo esta lógica, el medio para perpetuar esta esclavitud sería la negación del acceso a la educación de las mujeres, sostiene que las mujeres deben tener derecho a sufragio en igualdad de condiciones que los hombres y que deben acceder a educación de mayor calidad, mejorando, así, su rol en la familia y crianza de los hijos²³. Será el mismo Mill, quien fundándose en estas ideas, presente en su calidad de diputado el primer proyecto a favor del voto femenino en el parlamento inglés.

Por otra parte, los planteamientos de las ideas socialistas sobre el trabajo y derecho al trabajo de las personas (hombres y mujeres) y sus propuestas sobre la familia obrera, nutrirán los planteamientos del feminismo decimonónico respecto de la condición de la mujer, su rol social, su condición de trabajadora asalariada y la no minusvalía respecto del hombre²⁴.

Luego de la obtención del derecho a voto y del reconocimiento de derechos sociales vinculados al trabajo asalariado (capacidad jurídica laboral y protección de la maternidad) —proceso que se masificó en Europa y América Latina con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial—, el movimiento feminista tuvo un repliegue, minusvalorándose en dicho periodo la problemática de la mujer y el reconocimiento de la igualdad en la escena política y social. Tampoco fue objeto de análisis teórico ni académico, con la salvedad del trabajo de la filósofa francesa Simone de Beauvoir “El segundo sexo” (1949), obra que tuvo un impacto muy importante en el desarrollo del pensamiento feminista, particularmente a partir de la década del sesenta. La obra de Beauvoir, de hecho, se constituirá en un punto de inflexión de la teoría feminista que sentará nuevas bases de reflexión para las siguientes décadas, especialmente en lo que se refiere a una crítica de los modelos de teorización sobre la mujer existentes en las diversas disciplinas y a la propuesta de análisis transversal del rol y lugar social de la mujer.

²³ MILL, John Stuart. *The subjection of women*. London: J.M. Dent & Sons Ltd. New York. E.P. Dutton & Co. Inc. 1929, pp. 219, 248, 249 y 259.

²⁴ Al respecto, se pueden señalar autoras como Flora Tristán, Harriet Law, Emma Goldman, Clara Zetkin y Aleksandra Kolontái. El socialismo marxista tampoco dejó el tema de lado, abordándolo desde una perspectiva teórica en el trabajo de Federico Engels “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado” (1884).

En la década del 60 del siglo XX, en el marco del desarrollo de los movimientos sociales, se produjo un resurgimiento del movimiento feminista, proceso que estuvo acompañado del inicio de estudios feministas sobre la realidad de las mujeres, que implicarán una reflexión tanto en los espacios académicos como del propio movimiento de mujeres en Europa y EE.UU.²⁵.

El movimiento feminista tomó conciencia de la importancia del paso de la ideología a la teoría, la que se impuso como tarea una «reconceptualización de la realidad»²⁶ a través del planteamiento crítico del androcentrismo. La teoría feminista se planteó, así, dentro de lo que se denomina teorías críticas de la sociedad. La teórica feminista Nancy Fraser, explica esta concepción, partiendo de la noción de filosofía crítica que diera Carlos Marx en 1843, como la autoclarificación de las luchas y anhelos de la época²⁷; una teoría crítica de la sociedad articula su programa de investigación y su entramado conceptual con la vista puesta en las intenciones y actividades de aquellos movimientos sociales de la oposición con los que mantienen una identificación partidaria pero no acrítica. Las preguntas que se haga y los modelos que designe están informados por esa identificación e interés. Así, por ejemplo, si las luchas contra la subordinación de las mujeres figuraran entre las más significativas de una época dada, entonces una teoría crítica de la sociedad de ese periodo tendería, entre otras cosas, a arrojar luz sobre el carácter y las bases de esa subordinación, emplearía categorías y modelos explicativos que, en lugar de ocultar, revelaran las relaciones de dominación masculina y subordinación femenina y develaría el carácter ideológico de los enfoques rivales que ocultaran o racionalizaran esas relaciones... por tanto, uno de los criterios de valoración de una teoría crítica, una vez [que] hubiera sido sometida a todas las pruebas habituales de adecuación empírica sería: ¿Con que idoneidad teoriza la situación y perspectiva del movimiento feminista? O en otras palabras: ¿En qué medida sirve para la autoclarificación de las luchas y anhelos de las mujeres contemporáneas?²⁸

El trabajo de elaboración de una teoría feminista por parte de la academia se nutrió de forma importante de la confluencia de esta con el movimiento feminista e incluso con otros movimientos sociales. La academia, básicamente, en las áreas de filosofía, ciencias sociales y ciencias políticas,

²⁵ El desarrollo del movimiento feminista en la década del setenta fue parte del resurgimiento de los movimientos sociales y políticos de post guerra especialmente de influencia marxista, anticolonial y antibélico.

²⁶ BARRÈRE, "Feminismo y garantismo: ...", op. cit., p. 85.

²⁷ MARX, Carlos. Carta a Arnold Ruge, septiembre 1843. En: Archivo Marx-Engels. Traducción al castellano: Virginia Monti, 2008. Revisada en julio de 2014. www.marxists.org/espanol/m-e/cartas/m09-43.htm.

²⁸ FRASER, Nancy. "¿Qué tiene de crítica la teoría crítica?". En: BENHABIB, S. & CORNELLA, D. *Teoría Feminista y Teoría Crítica*. Alfons el Magnànim, Valencia, 1990, pp. 49 y 50.

planteó la necesidad de obtener un conocimiento fundado en la realidad de los propios sujetos respecto de los cuales —o habría que decir las cuales— el feminismo planteaba sus plataformas y propuestas de transformación y las demandas políticas y sociales: las mujeres. El objetivo era que el debate y conocimiento académico le entregara a ellas mismas las herramientas para entender su realidad, sus conflictos y sus opresiones, y poder, a partir de ello, subvertir la situación en que las mujeres se encontraban al interior de la sociedad²⁹.

Este proceso implicó la elaboración, por primera vez, de una teoría feminista propiamente tal, lo que permitió desarrollar categorías de análisis nuevas y propias. Estas categorías de análisis serán las herramientas de estudio (y reestudio crítico) de la realidad social, política y económica desde una perspectiva hasta el momento desconocida, que permitirán obtener nuevos conocimientos reveladores sobre la realidad de las mujeres y su interacción social. En palabras de la académica Sonia Reverter: “El feminismo y la investigación feminista que se desarrollaron a partir de los 70 tuvieron la fuerza y el impacto suficiente como para pensar el sujeto de otra manera, desmantelando así el nudo principal que ataba la construcción entera del conocimiento. ...ese gran impacto fue notado primero y de manera contundente por aquella parte de la academia que precisamente intentaba reelaborar el conocimiento pensando desde el nicho en que se establecen las relaciones humanas, políticas y de poder: la cultura”³⁰.

Así, a partir de la década del 70 del siglo pasado, surgió un corpus teórico que permitió la configuración de una epistemología feminista, en la cual se fundamentan los estudios e investigaciones de género, lo que legitimó definitivamente a las mujeres y su realidad como sujetos de conocimiento. Tal como señala la teórica feminista Sandra Harding, “[u]n rasgo distintivo de la investigación feminista es que define su problemática desde la perspectiva de las experiencias femeninas y que, también, emplea estas experiencias como un indicador significativo de la "realidad" contra la cual se deben contrastar las hipótesis.”³¹.

El desarrollo de la investigación feminista respecto de un sujeto de conocimiento nuevo implicó un cambio fundamental, ya que al permitir que los estudios científicos y académicos se plantearan hipótesis de trabajo e interrogantes ancladas en la realidad propia de las mujeres como sujeto

²⁹ NICOLÁS, “Debates en epistemologías feministas...”, op. cit., p. 25.

³⁰ REVERTER BAÑÓN, Sonia. “El ruido de la teoría feminista”. *Cuadernos Kóre* (otoño 2009) Vol. 1, n°1, p. 55. En: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CK/issue/view/146>.

³¹ HARDING, S. *Is There a Feminist Method? Feminism and Methodology*. Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press (traducido al castellano por Gloria Elena Bernal), 1987, p.10.

social, creó (y crea) nuevos y diferentes patrones de acceso al conocimiento para las ciencias sociales y naturales, abriendo la puerta a un conocimiento que no era ni es posible obtener a partir de la investigación basada en modelos que consideran como parte de su introspección científica una realidad de sujetos genéricos.

La investigación científica que consideró la variable sexual como base o componente de sus estudios, se planteó críticamente respecto del conocimiento existente, lo que significó, a su vez, un cuestionamiento de nociones y categorías fundamentales de las ciencias sociales (incluyendo en éstas al Derecho), dando paso a un proceso de deconstrucción y reelaboración de las mismas.

La teoría feminista crea y configura desde su paradigma nuevos conceptos y categorías interpretativas que permiten conocer y nombrar aquellas realidades invisibles para el conocimiento que ignora al sexo como una la variable respecto de la cual se estructura un orden social y se construye una materialidad de los sujetos. La subversión de los conceptos y categorías de análisis ha sido uno de los elementos que ha caracterizado a la teoría feminista, que en su calidad de teoría crítica, irracionaliza la visión establecida de la realidad, permitiendo una nueva visión, una nueva interpretación de dicha realidad.³²

El elemento central de esta reflexión crítica ha sido la noción abstracta de sujeto universal, elaborada por la Modernidad y que ha constituido la base del conocimiento y de la construcción social (especialmente jurídica). El planteamiento supone el análisis y la reelaboración de esta noción de sujeto, en la medida en que tal como está configurada —es decir negando la realidad de la diferencia sexual—, no es efectivamente universal, puesto que no comprende de igual modo a mujeres y hombres, si no que da cuenta del patrón dominante en la concepción social, según el cual lo masculino era presentado o considerado como universal. Esta crítica llevó (proceso que aún está decantando) a plantear que la necesaria reconstrucción de una noción de sujeto debe efectuarse imperiosamente considerando a un sujeto real y menos teórico (abstracto), que dé cuenta de las subjetividades de los sujetos hombres y mujeres (que recojan su realidad material e histórica), que exprese la diversidad del ser humano.

La crítica y reconstrucción de la noción de persona implicó poner en cuestión el conocimiento desarrollado a partir del sujeto y los modelos de construcción social elaborados a partir este. Ello, a su vez, significó plantear el necesario reestudio de esas elaboraciones sociales (económicas,

³² AMORÓS y DE MIGUEL ALVAREZ, "Introducción"..., *op. cit.*, p.60.

políticas, culturales, normativas, etc.) y de las relaciones entre los sujetos, y de cómo a partir de ello se construyen conocimientos diversos sobre hombres y mujeres y sobre el conjunto social.

El desarrollo de un corpus teórico feminista, llevó a las estudiosas feministas a revisar los planteamientos de la filosofía del conocimiento, surgiendo en ese proceso especulativo una epistemología feminista del conocimiento. Los problemas epistemológicos frente a los cuales la teoría feminista hubo de desarrollar sus propios planteamientos se referían al objeto de estudio, al marco teórico planteado, a las hipótesis de investigación posibles, al contexto de valores presentes o planteados en la investigación, así como a la metodología que se utiliza y, finalmente, a las modalidades y criterios para la interpretación de la información o conocimiento obtenido con la investigación³³.

La epistemología feminista ha planteado dos temas centrales, que necesariamente se deben tener en consideración cuando se realiza investigación desde la teoría feminista. Por una parte, el planteamiento del conocimiento situado y, por otra, la noción de objetividad en el conocimiento.

El carácter situado del conocimiento, así como el del conocedor, implica que el proceso de conocimiento se realiza desde un determinado lugar, que permite un conocimiento parcial, no totalizante. En este contexto, el conocedor debe tener un posicionamiento responsable respecto de la realidad a conocer, puesto que lo que se conoce y cómo se conoce depende de la situación, perspectiva y lugar en el cual se ubica el sujeto conocedor. La realidad contextual y valórica, así como las circunstancias sociales que rodeen al sujeto que conoce y al objeto o fenómeno estudiado determinarán el conocimiento generado. Así, tal como señala la epistemóloga Sandra Harding: “[l]as creencias y comportamientos del investigador forman parte de la evidencia empírica a favor (o en contra) de los argumentos que sustentan las conclusiones de la investigación. Y esta evidencia tiene que ser expuesta al análisis crítico tanto como debe serlo el conjunto de datos que suele definirse como evidencia relevante.”³⁴

Desde su planteamiento del conocedor situado, la epistemología feminista plantea una idea crítica a la idea de la objetividad. La objetividad ha exigido siempre una asepsia valorativa que proviene de la concepción de que la ciencia es autónoma, neutral e imparcial. Desde el planteamiento epistemológico feminista, se puntualiza, por el contrario:

³³ NICOLÁS, “Debates en epistemologías feministas...”, *op. cit.*, p. 39.

³⁴ HARDING *Is There a Feminist...*, *op. cit.*, p. 14.

- La investigación siempre se hace desde algún lugar, no hay neutralidad respecto de los valores.
- El sujeto conocedor no deja fuera el mundo de las emociones.
- El objeto de estudio está construido o determinado socialmente.

En este contexto, la objetividad científica deriva de la relación entre la teoría y los intereses de fondo que guían la investigación conforme a la hipótesis de trabajo y el objeto de estudio. La neutralidad se desliga de la objetividad. Así, la construcción del conocimiento a partir de la epistemología feminista siempre debe considerar qué parte de la realidad se conoce y desde qué perspectiva teórica y valórica (la que debe quedar explícita en el proceso de conocimiento, en la hipótesis y objeto de trabajo), ya que esta es la posición desde la cual el sujeto conocedor se plantea respecto de la realidad y del conocimiento. La objetividad no es la idea de una realidad existente a priori, sino que se relaciona con el procedimiento de creación del conocimiento, sería la aceptabilidad racional para una comunidad epistémica (una determinada). Esa aceptabilidad racional hace referencia a razones válidas no solamente para quien juzga, sino independientemente de esos juicios en particular³⁵.

3. Categoría (noción) género y sistema sexo-género.

Sexo-género es la herramienta analítica o la categoría teórica de la epistemología feminista que permite poner de manifiesto cómo se ordena la realidad social sobre la base de la diferencia sexual (biológica) en una división simbólica, binaria, donde hombres y mujeres tienen asignada una construcción cultural-social de lo masculino y femenino, lo que determina, a su vez, la concepción de cada sujeto como hombre o mujer, sus actividades, sus creencias, sus relaciones de poder y la forma como se relacionan con el mundo que los rodea.

Actualmente, en muchas áreas y particularmente en el lenguaje de las políticas públicas, la denominación sexo-género ha sido reemplazada por “género”, conceptos que son en muchos sentidos sinónimos. Sin embargo, la denominación sexo-género es más precisa, ya que abarca los

³⁵ DANSILIO, Sergio. *La defensa de la objetividad en las epistemologías feministas*. Publicado en el sitio Web galileo.fcien.edu.uy, número 30, año 2013. En: http://galileo.fcien.edu.uy/numero_30.htm, p.6.

dos elementos que configuran la noción: lo biológico³⁶ y lo cultural, sin embargo, en la mayoría de la literatura se utiliza indistintamente ambas nociones.

El sistema sexo-género hace referencia al orden social que implica un modelo de subordinación de las mujeres, ya que se ha estructurado sobre la base de la diferencia sexual fundada en la construcción sexo-género, que implica una determinación identitaria de las mujeres en el orden social (heterodesignación³⁷). Será la antropóloga feminista Gayle Rubin quien en 1975, en su artículo *“The traffic in women: notes on the political economy of sex”*, propondrá la denominación de “sistema sexo género” para designar aquello que configura los cimientos de un modelo teórico que permita explicar —recogiendo sus palabras— la opresión de la mujer en su infinita variedad y en su monótona similitud³⁸.

La configuración de una noción de género basada en patrones culturales construidos sobre la categoría sexo, se origina en los trabajos del siquiatra Robert Stoller (*“Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity”* 1968), quien estudió los trastornos de identidad sexual en niños y niñas a los que se les había dado una asignación sexual distinta a la que tenían biológicamente (cromosomática y hormonal), debido a que las características externas de sus genitales se prestaba a confusión. Este estudio permitió concluir que luego de los tres años de edad, periodo durante el cual se les había tratado y educado conforme a la asignación sexual errónea (niñas en un papel masculino y niños en un papel femenino), era difícil cambiar su identidad sexual de socialización, retenían su identidad masculina o femenina a pesar de ser biológicamente mujer u hombre respectivamente. A partir de estas conclusiones, Stoller planteó que la identidad sexual y el comportamiento femenino y masculino están determinados, más que por el sexo biológico, por la experiencia de vivir y ser tratado como hombre o como mujer. De allí estableció que hay dos categorías: una biológica: sexo y otra social experiencial: género³⁹. En este

³⁶ Hay autoras feministas, que siguiendo el planteamiento de Judith Butler, sostienen que la categoría sexo es también cultural, ya que es una categoría construida y determinada desde lo social y cultural y no está dada por lo biológico.

³⁷ La heterodesignación implica una atribución de identidad de los sujetos en la que un otro define lo que el sujeto debe ser y hacer. La heterodesignación del orden social sexual implica la atribución de identidad de las mujeres (la feminidad normativa) por parte de quien ejerce el poder sobre estas.

³⁸ OLIVA, Asunción. “Debatos sobre el Género”. En: AMORÓS, Celia y De MIGUEL, Ana (eds.). *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Tomo III, Minerva, Madrid, 2005, pp. 21 y 22.

³⁹ La palabra género deviene de la traducción del vocablo inglés *gender* cuya acepción está directamente relacionado con la noción diferencia sexual, denomina las dos formas: femenina y masculina, en que biológicamente se configuran las personas, la mayoría de las especies animales e incluso algunas plantas. En castellano, en cambio, el término es más amplio, ya que no alude específicamente a la clasificación por sexo, sino a diversas categorías de clasificación.

planteamiento, para que el género opere como determinante de feminidad y masculinidad se requiere que exista una asignación de género, esto es, que a una persona le sea atribuida la condición de hombre o mujer por la apariencia externa de los genitales; una identidad de género, que es la adquisición por parte de un ser humano de su identidad masculina o femenina a partir de la asignación de género; y un rol de género, consistente en la adquisición por parte de la persona del conjunto de normas sociales y culturales sobre comportamiento masculino y femenino, que se adquiere luego de la asignación de género y de la identidad de género. Conductualmente, los atributos de lo femenino (mujer) y masculino (hombre) no son sólo biológicos, sino que son también socio-culturales, esto es, aprendidos. Esto quiere decir, que no se trata de atributos necesariamente naturales ni inmutables, sino que, junto a la condición biológica, están determinados también por aspectos socioculturales, que comprenden realidades históricas, etarias, de clase y de pertenencia cultural.

El planteamiento sobre una noción género desarrollada por las investigaciones sobre conducta humana fue recogido por las estudiosas feministas en la década del 70, dándole un contenido feminista. La noción de género es planteada como construcción cultural/social del sexo que ha determinado y determina la realidad de las mujeres como sujeto individual (mujer), como sujeto colectivo (mujeres), como sujeto social (su inserción en la estructura social) y relacionamente respecto del sujeto hombre, tanto individual como colectivamente, la cual es conformada una categoría de análisis de estudio social, en una categoría explicativa de fenómenos sociales⁴⁰ para los estudios sociales realizados desde una perspectiva feminista.

Posteriormente, la teoría feminista, profundiza este concepto basándose en el desarrollo de estudios antropológicos y sociológicos que utilizaron el género como categoría de análisis, planteando que el sexo es un elemento estructurador de la organización social, que configura un orden social y una asignación de roles sociales para hombres y mujeres. La condición humana de seres vivos de reproducción sexuada es a la vez un marco y una base para la construcción del orden social. Un marco, porque fija límites a lo que podemos hacer de nuestras vidas, y una base, porque es el primer recurso material con que contamos para existir. Las mujeres y los hombres no son un punto de partida, sino un resultado, puesto que a partir de su condición sexual se ha elaborado, y se elabora, construcciones históricas, económicas, sociales, políticas y psíquicas de

⁴⁰ OLIVA, "Debatos sobre el...", *op. cit.*, pp. 33 y 56.

cada uno de ellos⁴¹. El género es una categoría social impuesta sobre cuerpos sexuados⁴², da cuenta de la noción, valoración y atributos que sobre las mujeres se ha elaborado socialmente: lo femenino, y de la noción, valoración y atributos conformados respecto de los hombres: lo masculino. El género también expresa la identidad subjetiva que los propios sujetos, hombres y mujeres, configuran de sí mismos. Manifiesta su auto representación, la construcción que hace de sí mismo, la autodeterminación del lugar que le corresponde ocupar socialmente y las identidades colectivas que se configura con otros. Lo social y lo individual están concatenados, existe un proceso de retroalimentación de la concepción de género entre el orden social y la constitución psíquica de los sujetos.

El sistema de relaciones sociales que configura una construcción social de los individuos sobre la base de su división sexual, determina y moldea, por una parte, lo que es y/o lo que debe ser lo femenino y lo masculino y, por otra parte, determina a partir de esta caracterización de lo masculino y lo femenino, la forma y contenido de relaciones entre los sujetos mujeres y los sujetos hombres y entre estas y aquellos. La noción de género se configura sobre dos proposiciones conectadas entre sí, que dan integralidad a este dispositivo social, es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en la diferencia sexual y es un mecanismo de articulación de las relaciones de poder en una sociedad fundada en la diferencia sexual⁴³. Así al establecerse que la categoría sexo-género es un determinante del orden social y de las relaciones de poder entre los sexos se denominó sistema sexo género, ya que da cuenta de una estructura social, funcional, relacional y de poder fundada en el sexo de los sujetos⁴⁴.

El sistema sexo-género, implica que la sociedad se ordene de un modo binario, hombres y mujeres, masculino y femenino, como categorías distintas que no tienen pertenencia común, ya que se es uno o lo otro. Este modelo de orden social basado en el género expresa la relación social

⁴¹ IZQUIERDO BENITO, M^a Jesús. "Sistema Sexo- Género". En: *Formación y acreditación en consultoría para la igualdad de mujeres y hombres*, Emakunde, España, 2003, p. 20.

⁴² SCOTT, Joan W. "El género: una categoría útil para el análisis histórico". En: AMELANG, James S. (coord.), NASH, Mary (coord.). *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, Edicions Alfons el Magnànim, Universidad de Valencia, España, 1990, p. 30.

⁴³ *Ibid.*, pp. 46 y 49.

⁴⁴ En la literatura tanto académica, teórica como de las activistas feministas se utiliza indistintamente, y con un sentido similar tal como se ya se indicara, las nociones género, sexo género y sistema sexo género. Sin embargo existe literatura no especializada, particularmente en materia de política pública en la cual se utiliza específicamente la noción género para referirse a situaciones o problemática de la mujer en la cual no se considera o se obvia el tema de la relaciones de poder en el orden social entre hombres y mujeres que encierra el concepto; limitando el concepto a lo que se refiere a las construcciones culturales que existen sobre los sexos o de la realidad específica de la mujer, en ese sentido dicha literatura es más bien expresión de los estudios sobre las mujeres a lo que se hace referencia al finalizar este subtítulo.

entre sexos de jerarquía donde el sujeto es lo masculino y la alteridad lo femenino⁴⁵, creando una relación jerarquizada de poder entre lo masculino y lo femenino (sujetos hombres y sujetos mujeres), lo que determina relaciones de dominio o de subordinación de carácter estructural (sistémico) que afecta a las mujeres y se manifiesta en situaciones de injusticia estructural que tienen diversas expresiones cotidianas⁴⁶. Al respecto la teórica feminista Iris Marion Young, sostiene que la opresión o dominación que sufren diversos grupos o colectivos sociales son situaciones de injusticia estructural en tanto son una situación que se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones políticas económicas y culturales, sin que sea necesario identificar a un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, por el solo hecho de obtener un beneficio de la opresión del otro, la otra en este caso. La dominación se expresa en las relaciones entre los grupos sociales en general, en las cuales el grupo oprimido es puesto en situaciones de injusticia o discriminación⁴⁷.

Como mecanismo estructurador de las relaciones de poder⁴⁸ el sistema sexo-género configura imaginarios en los cuales se naturalizan diferencias y desigualdades y se les concede un carácter esencial a los significados de las categorías mujer y hombre, estableciéndolos como relaciones propias de la naturaleza⁴⁹. En este aspecto normativo y ordenador de los roles, funciones y jerarquías sociales a partir del sexo de los sujetos, se expresa las interpretaciones de los significados de los símbolos sociales, conceptos que adoptan la forma de doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas, que afirman categórica, unívoca, esencial y naturalizadamente el significado de hombre y mujer, masculino y femenino, y con ello, de la

⁴⁵ La configuración del modelo del sujeto androcéntrico se desarrolla desde una perspectiva histórica-jurídica en la capítulo siguiente y desde una perspectiva del derecho en la actualidad en el capítulo tercero.

⁴⁶ BARRÈRE, María Ángeles. Igualdad y «discriminación positiva» Un esbozo de análisis teórico-conceptual. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* n°9, 2003, p. 14. www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf.

⁴⁷ YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Ediciones Càtedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, España, 2000, pp. 71 a 103.

⁴⁸ El desarrollo de la epistemología feminista no sólo se nutrió de estudios sociológicos y de psicología social, sino también antropológicos e históricos, lo que permitió establecer que el sistema sexo género, no sólo es aplicable a las sociedades contemporáneas sino también a realidades sociales históricas y/o culturales diversas. Así, fue posible establecer que en todas las sociedades, hasta ahora estudiadas, las relaciones entre hombres y mujeres se organizan sobre la base de constructos de género masculino y femenino, que se revierten en relaciones de dominación y de poder de los hombres sobre las mujeres. Hay un orden ancestral jerárquico fundado en la diferencia sexual, el cual ordena conforme el devenir histórico de las diversas sociedades.

⁴⁹ CABRUJA UBACH, Teresa. "Testimoni@s/activ@s molest@s" Prácticas discursivas y dispositivos sociosexuados en sicología y derecho. Pg130 género y dominación. En: NICOLÁS, Gemma Y BODELÓN; Encarna (Comps.), *Género y Dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*, Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España, 2009, p. 130.

relación entre ambos, exponiendo la posición que emerge como predominante, como la única posible⁵⁰.

La determinación de los atributos de lo femenino y de lo masculino y los mecanismos de estructuración de las relaciones de poder como históricas, temporales y sociales, es decir, negando que sean inmanentes a los hombres y a las mujeres, permite determinar que la noción, valoración y atributos que los hombres y mujeres tienen —o que a unos y otras se les asigna— en cada sociedad, pueden ser modificados, de la misma manera que las estructuras sociales, económicas, políticas y jurídicas que se han elaborado sobre la base de esas construcciones de género.

Para finalizar el presente punto y con el fin de evitar o despejar confusiones conceptuales, quisiera precisar de manera sucinta la diferencia entre estudios de género y estudios sobre las mujeres. A diferencia de los primeros, que se basan en el sistema sexo-género, éstos últimos no abordan de un modo crítico el análisis del androcentrismo presente en los sistemas sociales, por lo que no hay tampoco un abordaje crítico de las estructuras de género que mantienen a las mujeres subordinadas, limitándose dichos estudios a dar cuenta limitada y no explicativa de la realidad social de los sujetos, tanto mujeres como hombres. Como dice Amelia Valcárcel, “...hablar de mujeres o de lo que son las mujeres, o de lo que han sido o lo que deberían ser, es algo que se puede hacer perfectamente sin tener asumido el punto de vista del feminismo.”⁵¹. Y esto es precisamente lo que ocurre con dichos estudios referidos a mujeres, que no cuentan con un abordaje crítico respecto del lugar social y rol de las mujeres y del modelo de subordinación, ni una concepción de análisis y propuesta que se funde en el planteamiento de la idea de igualdad y la vindicación de un trato igualitario de hombres y mujeres⁵².

4. Patriarcado.

En el desarrollo teórico feminista de la década del sesenta se plantean las primeras ideas de existencia de un orden social que estructura un modelo en la que las mujeres viven una realidad

⁵⁰ SCOTT, “El género: una categoría útil para el análisis...”, *op. cit.*, p. 46.

⁵¹ VALCÁRCEL, *Feminismo en...*, *op. cit.*, p. 224.

⁵² ESQUEMBRE VALDES, María del Mar. “Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, núm. 23*. Cortes Valencianas, España, año 2010, p. 53.

de subordinación (se lucha por la liberación de las mujeres). Estas ideas se nutrieron fundamentalmente de la concepción de análisis social diseñada a partir del planteamiento de la existencia de una estructura social de clase que da cuenta de un modelo de dominación respecto de los trabajadores asalariados. En esta misma línea el movimiento de mujeres y las autoras feministas del periodo van a plantear que es posible determinar estructuras dentro del orden social establecidas con la finalidad de ejercer control social sobre la mujer y/o la subordinación de las mismas, este será denominado patriarcado (procediendo a una resignificación del concepto), en tanto esta estructura de poder se articula de los hombres respecto de las mujeres.

Esta noción será desarrollada y profundizada en la década siguiente, fundamentalmente en torno a la idea de existencia de un orden social diseñado para la dominación femenina, siendo definido el patriarcado como un sistema de dominación en el cual las mujeres permanecen genéricamente bajo la autoridad, a su vez genérica, de los hombres, sistema que cuenta con sus propios componentes sociales, políticos, económicos, culturales e ideológicos de dominación⁵³. Este modelo explicativo de la realidad de la mujer se centra principalmente en la idea de la conceptualización de la estructura del sistema de dominación de las mujeres, más que en los modelos explicativos de construcción social y cultural de las mujeres.

Luego, sin abandonar esta noción e incluso de un modo paralelo a ella, la teoría feminista configuró a partir de la noción de género y del establecimiento del concepto de sistema de sexo-género, lo que tal como viéramos en el punto anterior fueron categorías explicativas que permitieron dar cuenta de manera más específica de las construcciones sociales y culturales elaboradas respecto de las mujeres a partir de un orden social sexual. A fines del siglo pasado, se tendió por un importante sector de autoras, particularmente vinculadas al conocimiento jurídico, gubernamental y de políticas públicas a preferir la utilización de las nociones de género y sistema sexo género por sobre las de patriarcado, ya que las primeras tenían la virtud de ser a la vez categorías de análisis social y nociones conceptuales explicativas de la realidad.

En la actualidad, se retoman los conceptos de patriarcado⁵⁴ y el de sistema sexo género como equivalentes en cuanto los dos, desde sus particularidades, el uno más referido a la estructura

⁵³ BARRÈRE, María de los Ángeles. *Legislación y jurisprudencia antidiscriminatoria por razones de sexo género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa*. En: Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas www.fifcj-ifwlc.net, 2007, pp. 9 a 11.

⁵⁴ Otros textos sobre noción de patriarcado y género: Asunción Oliva. "Debates sobre el Género" y Amelia Valcárcel. *Sexo Filosofía sobre mujer y poder*, Anthropos, Barcelona, 1991.

sistémica y el otro a configurar categorías de análisis, se fundan en la existencia de un orden social construido sobre la base de la subordinación de las mujeres.

5. Lo público y lo privado: los cambios de la Modernidad.

El orden social de la Modernidad, configurado en el siglo XVIII e institucionalizado y positivizado por el constitucionalismo liberal del siglo XIX, se estructura en dos esferas que implican la separación entre política y economía, separación que está vinculada al nacimiento del Estado moderno en oposición al viejo Estado patrimonial. La esfera pública y la esfera privada, en el modelo del constitucionalismo liberal, estaban claramente delimitadas. La primera era la esfera de lo político, del Estado y de los derechos. Aquí se expresaba el reconocimiento, el ejercicio y las garantías de los derechos, y sobre la base de ello, se estructuraba el orden estatal que tenía por finalidad el amparo de los derechos y se configuraba la relación entre ciudadanos y Estado en materia de derechos fundamentales. Esta es así mismo, la esfera de la ciudadanía, es allí donde se ejerce la ciudadanía, donde están los ciudadanos. La segunda es la esfera privada, la esfera de la economía, la esfera del mercado, de las actividades económicas productivas, la esfera de la autonomía. Como señala Ferrajoli, es la esfera "...de los intereses particulares... de cada individuo, comenzando por aquellos intereses singulares que son los derechos patrimoniales"⁵⁵. En la esfera privada *lo político* y el orden estatal no tenían más rol que resguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos desde la esfera pública, garantizando las libertades y autonomías individuales. La concepción fundante fue que la autonomía de la voluntad y la libre circulación de la riqueza eran los principios fundamentales que estructuraban el orden jurídico de la esfera privada⁵⁶, lo que se expresó en la estructuración de un modelo normativo social que implicaba prohibiciones de interferir en la esfera privada de los sujetos.

En el modelo de conformación del orden social de la Modernidad, las mujeres quedaron marginadas de la esfera pública y de la esfera privada de la producción, fueron excluidas de la ciudadanía y su capacidad jurídica fue limitada⁵⁷. En otras palabras, no fueron parte del pacto que

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 758.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 219 y 234.

⁵⁷ La limitación de la capacidad correspondió a las mujeres casadas, que fueron equiparadas a los menores adultos, no pudiendo disponer de su patrimonio ni ejercer actividad económica propia sin la autorización del marido (pasaban de la

dio origen a la constitución del nuevo orden social, no fueron consideradas como sujetos libres e iguales. Las mujeres fueron integradas al nuevo orden social a través de la familia.

En los siglos XVI y XVII se produce un cambio trascendental de la familia al reestructurarse el modelo de producción económica de la misma en el proceso de configuración del capitalismo, produciéndose la separación entre el trabajo productivo de mercancías, el cual saldrá además del ámbito familiar y el trabajo reproductivo, lo que implicará que la familia perderá su capacidad de subsistencia⁵⁸, monetarizándose parte de las necesidades de subsistencia del núcleo familiar. La producción de mercancías requirió la constitución de un nuevo actor el trabajador asalariado, el cual será masculino. El trabajo reproductivo quedó en la familia, perdió su condición de trabajo con valor económico y fue asumido exclusivamente por las mujeres (que no integran la fuerza de trabajo). El trabajo reproductivo se constituyó como el que se requiere para la reproducción de la vida y de los sujetos en su integridad personal y cotidiana, lo que visto desde lo productivo, implicó que el trabajo reproductivo permitió (y permite) asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo⁵⁹.

El cambio en el rol político asignado a la familia que implicó la configuración de la Modernidad, está determinado por el cambio de modelo político desde el Antiguo Régimen al constitucionalismo. Como se verá en el capítulo siguiente, en ese proceso histórico se produjo la superación del modelo de un Estado patriarcal, por un modelo en que la constitución de la sociedad política ya no descansa en la familia, sino en el pacto social que da origen a aquella, lo que significa que el poder político ya no radica en el *pater* jefe de familia, sino en los sujetos que concurren al pacto a través de la manifestación de voluntad de los mismos⁶⁰.

autoridad del padre a la autoridad del marido). Las mujeres solteras y viudas sí tenían capacidad plena, sin embargo, eran culturalmente desvaloradas y en los hechos, el trabajo asalariado les estaba limitado, accediendo a lo más a una actividad económica menor. En muchos casos eran mantenidas por su familia de origen (padre) o por sus familiares colaterales (hermanos/hermanas casadas). ARNAUD-DUC, Nicole. "Las contradicciones del derecho". En: *Historia de las mujeres*. Tomo 7. DUBY, Georges y PERROT, Michelle. Editorial Taurus, Madrid, 1993, pp.121 a 126.

⁵⁸ Respecto de las mujeres, este cambio en el rol económico de las familias implica que por primera vez en la historia en Occidente, la producción familiar, y por lo mismo de las mujeres, no podrá generar los medios que permitan la autosubsistencia. En la sociedad pre moderna, las mujeres tenían de hecho mayores derechos y mayor poder, la familia y la patria potestad tenía una dimensión pública en la que -aun cuando en una posición subalterna- participaba también la madre. Este tema es abordado desde distintas perspectivas en: Silvia Federeci, *Calibán y la Bruja*; Carol Pateman, *El contrato sexual*; Michelle Perrot y Anne Martin-Fugier, "Los Actores". En: ARIÈS, Philippe y DUBY, George (dirección), *Historia de la vida privada. De la Revolución francesa a la Primera Guerra Mundial* y Ruth Mestre, *La caixa de Pandora*.

⁵⁹ FEDERECI, Silvia. *Calibán y la Bruja*. Tinta limón ediciones, Buenos Aires, 2011, p. 104.

⁶⁰ Una explicación del cambio en el rol político de la familia es analizado por Norberto Bobbio en "Sociedad y Estado en la filosofía política moderna" y desde una perspectiva *ius* feminista, en el *Contrato Sexual* de Carole Pateman, 1995.

Al constituirse la sociedad política, la esfera pública/política de los derechos, integrada por quienes conforman el pacto constitutivo, es decir, por sujetos ciudadanos, individuos cuyo vínculo es la asociación política, la familia ya sin función política queda excluida de la esfera pública, siendo vinculada entonces a la esfera privada. Sin embargo, como la esfera privada es la esfera de las relaciones económicas, de la autonomía (autonomía de la voluntad y libre circulación de la riqueza), la familia, también desprovista de la función económica, no pertenece tampoco propiamente a la esfera privada. Si bien las relaciones entre los sujetos que la integran —jefe de familia (*pater*), cónyuge, hijos/as menores y sirvientes— son relaciones entre privados, no entre ciudadanos, y en ese sentido la familia forma parte de la esfera privada, estas relaciones no corresponden en plenitud a la esfera privada, en tanto no son relaciones del mercado, ni de autonomía; muy por el contrario, la familia es una entidad jerarquizada, en que sus integrantes, a excepción del jefe de la familia, no tienen autonomía e incluso muchos de ellos tienen capacidad jurídica limitada. De esta manera, la familia se transforma en una parte de la esfera privada, que se configura a partir de las relaciones familiares y de afectividad y donde se desarrollan las tareas no productivas de mercado que permiten la reproducción y subsistencia de los seres humanos: la esfera privada doméstica. Así como la separación entre lo público y lo privado, lo político y lo económico, fue fundamental en la configuración del orden social-económico de la Modernidad, que superó un modelo de producción de bienes basado en una actividad familiar organizada en función de las relaciones de parentesco, también la separación entre lo económico y lo doméstico dentro de la esfera privada, que implicó la constitución de un espacio de la producción y otro de la reproducción y del cuidado^{61/62}, fue un componente esencial de su desarrollo.

Los sujetos quedan así asignados a uno u otro espacio, adquiriendo por esa vía un determinado rol social que también los determina jurídicamente. Desde el orden sexual, los hombres con bienes y mayores de edad pueden tener siempre la condición de ciudadanos, capaces y jefes de familia; las mujeres, en cambio, no son nunca ciudadanas, ni tienen capacidad o autonomía para actuar en el mercado. Su rol social (y por lo mismo jurídico) está circunscrito a la esfera privada-doméstica bajo la subordinación del *pater familis*, ya sea de derecho, las legalmente casadas, en cuyo caso ese rol

⁶¹ ESQUEMBRE VALDES, María del Mar. “Género y Ciudadanía, Mujeres y Constitución”. *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 44 a 49.

⁶² El concepto de cuidado está referido a trabajo del cuidado o economía del cuidado, nociones que fueron elaboradas por la teoría feminista, que hacen referencia al trabajo que tienen por objetivo satisfacer las necesidades para el cuidado de la vida y bienestar de las personas en el hogar (entorno doméstico). La palabra cuidado en castellano resulta de la traducción literal del concepto utilizado en inglés “care”.

es asumido por el cónyuge, o de hecho, las no casadas, que se subordinan a alguna figura masculina de su ámbito familiar doméstico.

La esfera privada-doméstica, a la que están vinculadas las tareas no productivas de mercado que permiten la reproducción y subsistencia de los seres humanos, las cuales se desarrollan en el marco de la familia o del espacio doméstico cotidiano, está regulada por la legislación privada contenida en el Código Civil. En esta legislación es posible distinguir dos tipos de normas. Por una parte, las relativas a los bienes, que se estructuran conforme a los principios propios de la codificación civil y de la esfera del mercado; se trata aquí de los derechos patrimoniales y autonomía: autonomía de la voluntad y libre circulación de la riqueza. Por otra parte, están las relativas a las relaciones familiares, que serán estructuradas como un corpus normativo paralelo (que podríamos decir es propio de la esfera privada-doméstica) que regula y estructura el orden familiar estableciendo derechos y deberes entre sus miembros. Este orden es de carácter jerárquico y a su cabeza se encuentra el *pater* o patriarca quien detenta diversas potestades (jurídicas) sobre los demás integrantes de la familia. Este orden familiar fue (es) regulado también en el Código Penal fundamentalmente con la regulación del delito de aborto, delitos sexuales y adulterio.

A partir de la Modernidad y su orden social —ciudadanía (esfera pública), economía (producción) masculina y esfera privada (doméstica femenina) — se construyeron los cuerpos sexuados con funciones y posiciones sociales diferentes, una heterosexualidad normativa funcional al régimen político económico de la Modernidad, según la cual las mujeres son situadas en la esfera doméstica-privada. De ese modo, se produce un proceso de control de la sexualidad y capacidad procreativa de las mujeres y se les determina a cumplir allí un rol que asegure la reproducción biológica y cotidiana de los sujetos y a su vez el orden social en su conjunto. El análisis de la estructuración social y de los roles que en la sociedad asume lo masculino y lo femenino pone de manifiesto la determinación de un rol social propio de las mujeres y otro propio de los hombres. Así, se crea un modelo binario para efectos del orden social de los roles sexuales: los hombres en las tareas de la producción y las mujeres en las de la reproducción.

La referencia a las tareas de reproducción abarca aquellas que se requieren para la producción y nacimiento de un nuevo ser humano, pero así mismo todas las actividades de cuidado, mantención y protección que los seres humanos requieren durante su existencia. Es aquí donde el

sistema sexo-género ha establecido un modelo de naturalización del rol social de las mujeres, que configura como propias de estas las actividades del cuidado y protección que realizan respecto de otros/as al interior de sus familias y de sus comunidades, ocultando que la confinación de las mujeres en la esfera doméstica como agente de la reproducción y del cuidado ha sido el resultado de un proceso histórico, que se profundizó con la Modernidad, y no la consecuencia de una determinación “natural”.

Este orden y su consiguiente naturalización han significado que desde diversos campos del conocimiento se hayan elaborado planteamientos teóricos sobre la configuración de una personalidad femenina, que fundada básicamente en la maternidad y el cuidado de la familia, de los otros dentro de su entorno doméstico familiar, se define como fundamentalmente cariñosa y preocupada de los demás. Llegando incluso a plantear que tareas tales como la reproducción y el cuidado son actos propios y correspondientes al amor maternal y filial o a la solidaridad con la comunidad.

El Derecho ha sido uno de los mecanismos normativos que expresa esta asignación de las tareas de reproducción, lo que se manifiesta en los ordenamientos jurídicos, particularmente en materia de familia, trabajo y seguridad social, que vinculan a la mujer al cuidado y crianza de los hijo/as o de otros miembros de la familia, estableciendo cargas, obligaciones, derechos específicos, beneficios o normas de protección, fundados en la división sexual del trabajo. Esta estructura normativa no sólo se expresa en el texto de la normas sino en la interpretación y aplicación de las mismas, cuestión que cobra particular importancia al momento de analizar el alcance, contenido y garantía respecto de hombres y mujeres de los derechos fundamentales y del principio y derecho de igualdad. Asimismo, las políticas públicas implementadas en el marco de la institucionalidad vigente recogen de un modo fundamental la división sexual del trabajo en el modo como se estructuran los sistemas de salud, educacional, social y comunitario y las diversas prestaciones que estos brindan a la ciudadanía. En palabras de la jurista Encarna Bodelón “...la construcción de los derechos de ciudadanía, incluso en los estados de bienestar más avanzados, se ha hecho de espaldas a la realidad productiva y reproductiva de la mitad de la población...La justicia distributiva moderna se asienta sobre nociones que no ponen siempre en cuestión la subordinación sexual.”⁶³

⁶³ BODELÓN, Encarna. “Las Leyes de Igualdad de Género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?”. *Anuario de Filosofía del Derecho* Nº 26, 2010, p.88.

6. Teoría feminista del derecho (Ius feminismo).

Luego de la década del 70 del siglo XX, obtenida la ciudadanía política de las mujeres en la mayoría de los países occidentales⁶⁴, del logro de la consagración de capacidad jurídica plena a las mujeres mayores de edad con independencia de su estado civil⁶⁵ y de la consecución de avances sustanciales en la igualdad formal entre hombres y mujeres, el pensamiento feminista, al interior del movimiento de mujeres y en la academia feminista, constató que pese a todo lo recorrido no se había logrado configurar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, existiendo aún muchas e importantes circunstancias discriminadoras hacia estas últimas. La diferencia sexual continuaba siendo un factor de segregación, discriminación y desventajas para las mujeres debido a los innumerables obstáculos de tipo social y cultural que las penalizaban para ventaja de los hombres⁶⁶. Esto, a pesar de los avances en materia de extensión y reconocimiento de derechos, que se expresó, por citar algunos, en el derecho a sufragio (ciudadanía política), derecho a la educación, reconocimiento de la capacidad plena independientemente del estado civil, acceso al mercado de trabajo y a nuevos empleos y oficios. El movimiento de mujeres y la teóricas feministas constataron, que la obtención del reconocimiento de los derechos y el avance en materia de ciudadanía no es garantía de igualdad, así las mujeres continúan subrepresentadas en los espacios de poder, la segregación transversal continua siendo una realidad en materia curricular escolar y laboral, las tareas del cuidado son responsabilidad fundamentalmente de las mujeres, la doble jornada de trabajo es la realidad de las mujeres que trabajan asalariadamente. Así mismo se dan cuenta que la igualdad de derechos no ha servido para enfrentar y abordar fenómenos como la violencia doméstica o el acoso sexual y que, en consecuencia, es necesario profundizar en el análisis de la desigualdad⁶⁷.

En este marco, se inició el desarrollo de nuevos estudios que aplicaron herramientas analíticas-conceptuales de la teoría feminista al ámbito de los estudios jurídicos. Especial importancia tuvo —y tiene aún— la utilización de la categoría sexo-género, como categoría de análisis para el

⁶⁴ La extensión de la ciudadanía de las mujeres en Occidente se generalizó luego de la Segunda Guerra Mundial, se analiza el proceso e impacto en el capítulo segundo de esta tesis.

⁶⁵ Proceso que se dio de modo variable y parcializado durante el siglo XX en los países tributarios del Derecho occidental. Se generalizó luego de la dictación de la Convención de Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) en 1979.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. "El principio de igualdad y la diferencia de género". En: CRUZ PARCEO, Juan y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores). *Debates constitucionales sobre Derechos Humanos de las mujeres*. Colección Género Derecho y Justicia, México, 2011 p.18.

⁶⁷ BARRÈRE, María de los Ángeles. "Feminismo Jurídico". Voces publicadas en la Red, www.iustel.com PORTAL DERECHO, p.2.

fenómeno jurídico que significó una crítica al método jurídico, el cual se funda en la falsa neutralidad y objetividad, así como en la recepción estereotipada de roles femeninos. Entre las nuevas propuestas metodológicas, destacan, según Barrère, especialmente dos: “«*asking the woman question*» y «*consciousness-raising*». El primero de estos métodos consiste en poner siempre en cuestión las normas y prácticas jurídicas atendiendo a la incidencia de las mismas sobre las mujeres, mientras el segundo consiste en una puesta en común de experiencias vitales por parte de las mujeres a partir de las cuales sea posible reconocer y conceptualizar formas de opresión. La violación dentro del matrimonio, la pornografía, el acoso sexual en el trabajo, serían resultado de esta puesta en común y toma de conciencia de la subordinación”⁶⁸.

Estos estudios, que se hicieron más sistemáticos a partir de la década del 80 del siglo XX, configuraron un área específica de conocimiento y análisis jurídico que se denomina teoría de derecho feminista o *ius* feminismo.

No existe una noción única que permita hablar de una teoría feminista del derecho sino diversos modelos jurídicos y diferentes perspectivas desde las cuales la teoría aborda la desigualdad sexual. Sin embargo, es posible encontrar elementos que son comunes a los diversos planteamientos teóricos⁶⁹. En primer término, todos son estudios feministas, lo que implica un reconocimiento y análisis crítico de las relaciones sociales de subordinación y de las estructuras de dominación que se han desarrollado en torno al sistema sexo-género, a partir de los cuales se estructura el estudio del fenómeno jurídico para abordar en el ámbito del Derecho esta realidad de subordinación de la mujer y las posibles herramientas técnicas jurídicas para enfrentarla.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁹ El desarrollo de los estudios de derecho y género se origina en la academia norteamericana en la tradición de los *Critical Legal Studies* (CLS). Sus promotoras fueron fundamentalmente profesoras de derecho feministas, que al plantarse críticamente frente a las concepciones ideológicas presentes en las corrientes de la filosofía del derecho norteamericana, plantean la realidad jurídica del sujeto mujer y su relación con el fenómeno jurídico. En el mismo espacio académico, en la segunda mitad de la década del 80, se configuran como un grupo específico que se denomina *Feminist Jurisprudence*, quienes integran en sus trabajos jurídicos perspectivas sociológicas, antropológicas, psicológicas e históricas. A partir de allí se configuraron diversas escuelas, influenciadas por concepciones liberales, radicales o materialistas. Actualmente, la teoría jurídica feminista se ha diversificado, surgiendo corrientes que se distancian de la matriz original, fundamentalmente por el planteamiento crítico respecto de la *Feminist Jurisprudence*, en cuanto a que esta matriz está influenciada por la realidad del *Common Law*, en que la actividad jurisprudencial tiene un rol fundamental como fuente del derecho, proceso que no tiene la misma importancia en los derechos de matriz continental, por lo que ello relativiza el valor de estudio al androcentrismo en la cultura jurídica de los operadores jurídicos y de la interpretación del derecho. (BARRÈRE, “Feminismo Jurídico”; BODELÓN, Encarna. “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En: NICOLÁS, Gemma Y BODELÓN; Encarna (Comps.). *Género y Dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*, Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España 2009 y MESTRE i MESTRE, Ruth. *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*. PUV, Valencia, 2006.)

El otro elemento común es la utilización del acervo teórico feminista -elaborado para el estudio de la realidad como fenómeno social- en el estudio y análisis crítico del fenómeno jurídico, lo que fundamentalmente ha implicado el desarrollo de estudios del derecho centrados en la realidad jurídico social del sujeto mujer⁷⁰, de su condición de ciudadana, de sujeto de derecho y de la titularidad, ejercicio, goce y garantía de los derechos fundamentales. Es decir, estudios y análisis que se realizan considerando el sistema sexo-género como una categoría estructuradora del fenómeno jurídico y que permiten, a su vez, configurar un corpus de conocimiento que elabora herramientas cuyo objetivo es transformar la realidad y la cultura jurídicas como instancias productoras y reproductoras de la subordinación de la mujer.⁷¹

Para efectos de esta tesis, dentro de las diversas líneas en las que se ha desarrollado el *ius* feminismo, se trabajará en el marco de aquella que recoge los planteamientos de la teoría jurídica del garantismo, -la que si bien no es en sí un modelo feminista sus postulados son recogidos y combinados con un enfoque feminista- ello de modo de utilizar y avanzar dentro de su bagaje axiológico-jurídico para el desarrollo de una teoría feminista del derecho, en la búsqueda de elaboración de técnicas garantistas destinadas específicamente a la lucha contra la subordinación de la mujer⁷².

El garantismo es una doctrina cuyo origen está vinculado al surgimiento del constitucionalismo, ya que su fin es la protección y desarrollo de los postulados y principios jusracionalistas, recepcionados y positivizados en los textos constitucionales. Así, esta concepción teórica se configura como una garantía del Estado de derecho y la democracia, representada en los principios de respeto a la persona humana, carácter fundamental de los valores de la vida y libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites de la actividad del Estado y su función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación.

⁷⁰ Actualmente, en el feminismo -y dentro de ello el *ius* feminismo-, existe un debate respecto de si es posible plantearse la existencia de un sujeto mujer que contemple al conjunto de las mujeres, en tanto todas son víctimas de un mismo fenómeno de discriminación (feminismo de la igualdad), o si no es posible, ya que la diversidad de las mujeres y los múltiples modelos de discriminación que las determinan lo hace imposible (crisis del sujeto y postmodernidad). Existe un conjunto de proposiciones intermedias, que planteándose desde la diversidad del sujeto, sostienen que es posible determinar una concepción del sujeto mujeres que recoja los elementos centrales de la discriminación de género, pero que no niegue las diferencias y los modelos sociales que las configuran desde otras perspectivas, como la racial, cultural, migrante.

⁷¹ BARRÈRE, "Feminismo jurídico", *op. cit.*, pp. 4 y 5.

⁷² BARRÈRE, "Feminismo y garantismo...", *op. cit.*, p. 77.

El garantismo es un marco estructurador que posibilita el planteamiento fundamental del *ius* feminismo: la eliminación o superación de las condiciones de subordinación de la mujer a través de las herramientas propias del derecho, ya que junto con la finalidad de proteger y conservar los valores o principios que configuran los derechos y libertades propios del constitucionalismo, se plantea ir más allá, en una sistemática búsqueda de valores que permitan el desarrollo y actualización constante de derechos y libertades en una crisis constante de materialización⁷³. Particularmente, se trata de que en el marco del proceso de actualización y desarrollo de los derechos y libertades en el modelo del constitucionalismo y del constitucionalismo del Estado social, se construyan, por parte de la teoría feminista del derecho, instrumentos garantistas que permitan asegurar la titularidad, el ejercicio y el goce de los derechos fundamentales de un modo igualitario respecto del sujeto mujeres.

7. Crítica y deconstrucción de la teoría feminista del derecho respecto de la noción de sujeto de la Modernidad.

La teoría jurídica feminista, en su proceso de análisis crítico del derecho, especialmente a partir de la epistemología del género, permite visualizar cómo la diferencia sexual se constituye en un elemento factual, que expresado *en* y *por* el derecho, tanto en su configuración normativa, aplicación e interpretación, conforma una realidad de desigualdad y discriminación jurídica respecto de las mujeres en cuanto a la titularidad, ejercicio y goce de los derechos fundamentales. Se ha estructurado un orden jurídico que acomoda o ignora las diferencias sexuales, materializando por esa vía una realidad jurídica incapaz de garantizar la igualdad y la no discriminación en el Derecho y respecto de los derechos de los sujetos, que en tanto seres humanos son iguales en dignidad, mas no idénticos y por lo mismo diversos.

La doctrina *ius* feminista planteó, a partir de estudios jurídicos referidos a la realidad de las mujeres y a la relación de estas con el fenómeno jurídico, una reflexión crítica sobre el sujeto, sobre la noción jurídica de persona. Esta reflexión crítica abordaba particularmente la noción abstracta de persona elaborada por la Modernidad y la conceptualización del sujeto de derecho. Estudiar al sujeto jurídico y su manifestación en el Derecho teniendo en consideración el sistema sexo-género, implicó poner de manifiesto una realidad hasta ese momento ignorada por los

⁷³ *Ibid.* p.77.

estudios jurídicos, fundamentalmente en lo referente al planteamiento del sujeto universal y de los derechos fundamentales como universales.

La construcción de la noción abstracta de persona elaborada por el constitucionalismo liberal, en tanto concepción y como contenido, responde a la necesidad de construcción de un modelo que permita responder al planteamiento teórico de concebir al ser humano como portador de derechos, debiendo superar el concepto de individuo físico para pensar en la persona moral y configurar, así, una noción abstracta y única de persona, de sujeto de derecho. El origen del constitucionalismo es también el origen del sujeto, del sujeto individual⁷⁴. Sujeto que en el modelo propuesto por el racionalismo y recepcionado por el constitucionalismo (al menos en lo formal), se plantea además la igualdad de los sujetos, expresada en el principio y derecho de igualdad conforme al modelo de igualdad del constitucionalismo liberal. Es decir, se deberá contar con una sola noción de sujeto que dé cuenta de todos y que se constituya en el modelo que dé el cartabón de igualdad. La abstracción del derecho de la Modernidad hace aparecer a los sujetos como libres e iguales, obviando las diferencias, las formas de relaciones entre los sujetos y particularmente las relaciones de poder que existe entre estos⁷⁵.

Esta abstracción⁷⁶ expresa una noción genérica y omnicomprensiva del concepto de persona que, recepcionada por la normativa constitucional (y por lo mismo por todo el ordenamiento jurídico), determina el alcance del principio y la norma de igualdad de la persona respecto de los derechos y ante la ley.

La noción abstracta de persona (sujeto jurídico/sujeto de derecho) fue configurada como una noción genérica, omnicomprensiva, universal y neutra. El planteamiento de una noción conceptual abstracta de validez general y universal se realizó ignorando, incluso negando, las diferencias de los sujetos. Esto implica que la noción abstracta de persona expresa al sujeto como una categoría de ser neutro, a-diferenciable, que supera la diversidad.

El *ius* feminismo plantea que la noción abstracta de sujeto universal neutro es falaz ya que no solo no recoge la diversa subjetividad de los sujetos, sino que además no da cuenta de las diversas

⁷⁴ ESQUEMBRE VALDES, "Género y Ciudadanía, Mujeres y..." *op. cit.*, p.36.

⁷⁵ BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social*. Editorial Trotta. Madrid, España, 1996, p. 107.

⁷⁶ Uno de los elementos característicos del constitucionalismo es que basa su propuesta normativa en construcciones conceptuales abstractas. Así, también elabora conceptos abstractos de ciudadano, nacionalidad, soberanía, representación. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, "Introducción". En: *Más allá del Estado nacional*. HABERMAS, Jürgen. Fondo de Cultura Económica, tercera reimpresión, México, 2006, pp.7 a 39.

formas de relación entre éstos y en particular las relaciones de poder y jerarquía que se dan al interior del orden social, lo que implica la negación y el ocultamiento de la realidad material de los sujetos.

El cuestionamiento a la noción abstracta de un sujeto neutro universal plantea fundamentalmente una crítica a la insuficiencia de esa noción respecto de la igualdad y el modelo que la estructura, lo que tienen especial incidencia en cuanto a la titularidad, ejercicio y goce de los derechos. En la tradición liberal, las personas son iguales, lo que implica que sean consideradas en forma abstracta como si tuvieran las mismas realidades y experiencias o como si éstas no fueran determinantes en la condición de persona, ignorando las particularidades y subjetividades de las mismas, que determinan el alcance y forma de su condición de sujeto y de sujeto de derechos⁷⁷. La experiencia social que significa ser hombre y ser mujer no es considerada en la noción de sujeto y en la relación de ésta con la igualdad, lo que supone, conforme al planteamiento crítico del *ius* feminismo, la construcción de una noción fundada en un supuesto erróneo según la cual la realidad sexuada de los seres humanos es irrelevante a efectos de la titularidad de derechos.

Ignorar la diferencia sexual y plantear que la noción abstracta de persona da cuenta universalmente de todos, implica ignorar que la subjetividad expresada en la noción de persona recoge de un modo deficitario las subjetividades de hombres y mujeres y consolida estructuras del sistema sexo género a partir del ocultamiento de la diferencia sexual.

Desde la teoría jurídica feminista, esta omisión significa la ocurrencia de dos fenómenos. En primer lugar, la noción de un sujeto configurado como una abstracción neutra ignora la condición sexuada de los sujetos, cuyas vivencias y realidades están determinadas por la construcción de género, lo que implica que las diferencias y subordinación de género tampoco son consideradas. Ignorar la diferencia en los casos de grupos subordinados perpetúa una falsa neutralidad. Como dice Ferrajoli, "...la(s) diferencia(s) de género...son desvalorizadas y negadas;... en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad... las diferencias son canceladas o peor reprimidas,... en el marco de una general neutralización".⁷⁸

El segundo fenómeno, que se deriva del anterior, es la asimilación. La noción jurídica abstracta de sujeto universal, que niega la diferencia, conlleva la idea de una identidad normal, es decir,

⁷⁷ BODELÓN, Encarna. "Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36 – 2002, España, p. 262.

⁷⁸ FERRAJOLI, "El principio de igualdad y la diferencia...", *op. cit.*, p. 7.

conlleva una regulación normalizadora que se expresa en la abstracción elaborada. Así, la noción de sujeto configurada por el constitucionalismo como universal, determina la medida (el *tertium comparationis* del sujeto) que vertebra el juicio de igualdad o su ruptura como parte integrante de la concepción/principio/ derecho de igualdad, que se basa en una concepción de la igualdad como identidad de trato. Este es el “modelo de la asimilación” característico de los ordenamientos liberales, que asume la noción jurídica abstracta de sujeto universal del constitucionalismo como término normal y normativo de la relación de igualdad. Este modelo solo permite la inclusión de otros sujetos sólo si se homologan con aquel.

A partir de su planteamiento crítico del derecho —particularmente de la noción de sujeto y del modelo de igualdad liberal, en especial en materia de titularidad de derechos fundamentales ejercicio y goce—, la teoría feminista del derecho plantea que necesariamente se debe trabajar en la reconceptualización y deconstrucción de aquellas nociones jurídicas sexistas o que configuran realidades de discriminación. Los conceptos jurídicos, conforme señala Barrère, son de una realidad concreta y contingente; por lo que no son inmutables sino de validez relativa (temporal y doctrinariamente hablando). Pues bien, precisamente en esta relatividad es donde debe incidir con mayor ahínco la *ius* teoría feminista. Re-conceptualizar el Derecho implica deconstruir críticamente una serie de conceptos jurídicos sexistas y reconstruirlos o, en ciertos casos, construir otros. La deconstrucción y reconstrucción conceptual, por lo demás, un trabajo perfectamente encuadrable en la actividad conocida como dogmática jurídica a la que, en este caso, quedaría incorporada la perspectiva y sensibilidad crítica inherente a la ideología feminista⁷⁹.

Este proceso de deconstrucción y reconstrucción conceptual debe permitir desarticular los mecanismos jurídicos que, derivados de los conceptos sexistas, conforman estructuras de género desigual y validan estructuras de poder. En otras palabras, la relaboración conceptual desde la teoría jurídica feminista permitiría modificar el orden jurídico en aquello que valida la subordinación y desigualdad de la mujer, reemplazándolo por una institucionalidad que no sólo no las contenga, sino que contemple las herramientas que permitan enfrentar desde la propia institucionalidad la subordinación y la discriminación⁸⁰. Así es que, desde y en el propio derecho,

⁷⁹ BARRÈRE, “Feminismo y garantismo...”, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁰ BODELÓN, Encarna. “Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía”. En: HEIM, DANIELA Y BODELÓN, Encarna. *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*. Volumen I. Grupo Antígona y “Dones i Drets” Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona 2009. En: <http://centreantigona.uab.cat>, p. 103.

se plantea el proceso de crítica, deconstrucción y construcción de los conceptos sexistas, y no se hace recaer la eliminación de dichas desigualdades en el sujeto mujeres, en su capacidad individual.

8. El principio de igualdad y el planteamiento crítico feminista.

“Los hombres nacen libres e iguales en derecho...”, así reza el artículo 1º de la “Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano”, de 1789. Así se consagraba por primera vez en un texto normativo la noción de igualdad de los seres humanos, su condición de iguales en derechos, es decir, que la titularidad, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales eran idénticos para todos.

En el planteamiento liberal, la igualdad de los seres humanos se sustenta en un concepto de sujeto configurado como una abstracción, que recoge, contiene y enuncia en sí a todos los seres humanos y, por lo mismo, expresa de un modo general (abstractamente) los atributos (sus subjetividades) de los seres humanos. Es respecto de esa noción genérica de ser humano, que se configura el planteamiento universal de la igualdad de las personas. “Tanto actual como potencialmente el hombre es una persona única con capacidades, poderes y dones muy específicos,... el hombre como ser particular invariablemente tiene una moralidad particular; no puede haber un modelo universal... El problema se resuelve cuando el espíritu absoluto es remplazado por la idea de un ser universal de especie humana. ...ese ser universal no sólo es espiritual sino también práctico,... El concepto descriptivo de esta naturaleza humana universal está constituido por un conjunto de disposiciones generales... algunas producen desarrollo, creación y armonía social, otras causan conflictos y destrucción. Desde el punto de vista de la praxis histórica, las primeras se consideran “buenas” e ingresan en un concepto *normativo* de la naturaleza humana.”⁸¹

La noción general de ser humano se configura como una idea de identidad general, universal, respecto de la cual se aplica el principio de igualdad (tanto en su positivización, como en su garantización), ignorando por esta vía las diferencias entre los seres humanos. La noción de sujeto configurada por el constitucionalismo como universal, establece la norma (*tertium comparationis*)

⁸¹ MARKOVIC, Mihailo. “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”. En: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. AA.VV., Serbal/UNESCO, Barcelona-España, 1985, pp. 138-139.

del sujeto que servirá de medida para determinar si se ha producido o no una ruptura de la igualdad de los sujetos dentro de la concepción de la igualdad de trato propia del modelo liberal.

La teoría feminista y particularmente el *ius* feminismo, tienen al respecto un planteamiento que es central en la propuesta crítica de esta teoría referido a que el modelo de igualdad liberal es un “modelo de asimilación”, también denominado de homologación, en la medida que —como ya se señaló anteriormente— asume la noción jurídica abstracta de sujeto universal del constitucionalismo como término normal y normativo de la relación de igualdad, de manera que para poder incluir a todos los sujetos en la igualdad se los debe homologar con este. En otras palabras, la igualdad política liberal se funda en la idea que todos son iguales; ese “todos”, sin embargo, no abarca a la totalidad del género humano sino solo a la totalidad de los pertenecientes a un grupo socialmente dominante, pero el modelo, obviando esta cuestión fundamental, presenta a “su” individuo como expresión de lo universal (su subjetividad, sus atributos), de manera que quienes no forman parte de ese grupo y no tienen sus características deberán asimilarse para acceder a la igualdad.

Resultado de lo anterior es la desigualdad jurídica de las mujeres, ya que a pesar de que en términos estrictos se reconoce la igualdad tanto a hombres como a mujeres, para acceder a ella, estas últimas deben equipararse a un patrón de sujeto masculino que cultural y subjetivamente no le es propio, corresponde a un otro masculino. Esto puesto que el sujeto universal (neutro), el parámetro de ser humano al que se le garantiza la igualdad, es en realidad el sujeto masculino; este y no otro es el *tertium comparationis*, de manera que la igualdad en los derechos fundamentales se resuelve a través de la asimilación jurídica de la diferencia sexual, lo que la transforma en una igualdad formal en la que subyacen las diferencias que perpetúan las discriminaciones de género, consolidando un modelo excluyente.

Así, en el modelo de igualdad liberal, las mujeres tienen formalmente los mismos derechos que los hombres, incluso en los textos constitucionales está explícitamente consagrada la igualdad de hombres y mujeres y la no discriminación por razones de sexo, pero en realidad no hay igualdad efectiva, y lo que se expresa como tal y su garantía en la titularidad, ejercicio y goce de los derechos fundamentales, es asimilación. Los sujetos-mujer deben homologarse a los sujetos-hombre de modo de ser un igual. En ello, hay un amplio margen de ineffectividad respecto del principio de igualdad, ya que con ello se ignora, incluso niega, las diversas realidades concretas y

fácticas que viven los sujetos, que son determinantes para efecto de la titularidad, ejercicio y goce de los derechos fundamentales. Incluso, hay situaciones en que el principio de igualdad no solo es inefectivo sino definitivamente imposible. Es el caso de aquellas experiencias vitales que son exclusiva o preferentemente parte de las vivencias femeninas, como la violencia de género, las barreras de ingreso al mercado del trabajo, las brechas salariales o las limitaciones para la participación política. En ellas es posible reconocer y conceptuar formas de opresión propias y específicas, que construyen también, desde el punto de vista fáctico, una especie de subjetividad que no es susceptible de reconducirse ni reducirse a la subjetividad androcéntrica.

La doctrina *ius* feminista plantea que para lograr avances sustanciales y reales en materia de igualdad y ciudadanía no basta con incorporar a las mujeres al orden normativo existente a través de la homologación, sino que previamente es necesario hacer un análisis crítico de los conceptos y de la relación entre estos, partiendo por la noción de sujeto y el modelo de igualdad construido a partir de esta. En este contexto, el *ius* feminismo plantea, como ya se señaló, la necesidad de reconceptualizar el derecho, proceso en el que no solo no debe ignorarse la diferencia de sexo sino que incluso debe darse cuenta de ella; la garantía de la igualdad en derechos debe abordar las diversas necesidades femeninas producto de su realidad (lugar) social⁸².

El planteamiento iusfeminista que aquí se suscribe no implica un enfoque esencialista, es decir, no postula la existencia de atributos masculinos y femeninos propios de hombres y mujeres, respectivamente. En consecuencia no se trata de dar cuenta de unas supuestas diferencias biológicas irreductibles sino de la realidad social y jurídica que ha sido construida por el sistema sexo-género a partir de la diferencia sexual, y que implica la subordinación de la mujer. Se trata, entonces, de mostrar cómo esta realidad se expresa en un orden social que es recogido por el derecho, ya sea a través de un orden jurídico que consagra directamente la discriminación de la mujer (un ejemplo de ello, en la legislación chilena, la regulación en el Código del Trabajo de los permisos parentales que están establecidos preferentemente para la madres trabajadoras, lo que significa reforzar las barreras a la contratación de mujeres) o a través de ignorar o negar la diferencia, perpetuando por esa vía la no igualdad o la discriminación. La *ius* feminista Encarna Bodelón plantea la situación de la siguiente manera: “El problema de las mujeres no es exclusivamente de discriminación (entendida como aplicación injustamente desigual de normas

⁸² BODELÓN, “Dos metáforas para la...”, *op. cit.*, p. 262.

jurídicas esencialmente justas) sino de subordinación....hoy en día también [se] reconstruye y reproduce la subordinación sexual cuando se iguala a hombres y mujeres sin tener en consideración que la situación de partida es la desventaja social de las mujeres.⁸³ El feminismo plantea que la discriminación que afecta a las mujeres no puede abordarse desde la noción liberal de discriminación, como aplicación injusta de la norma, sino desde la conceptualización de la subordinación. Ello puesto que la noción liberal no puede utilizarse como cartabón para determinar la eventual ocurrencia de una ruptura discriminatoria de la igualdad respecto del sujeto mujeres, considerando que la discriminación de género se origina dentro de un orden social que consagra roles y asignaciones sociales diferenciados que se fundan precisamente en la diferencia sexual. Así, la denominada isonomía aristotélica de tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, no es aplicable en este caso, porque no da cuenta del orden social y la diferencia sexual, implicando que la determinación de la existencia (o no) de una situación de discriminación respecto del sujeto mujeres, va a configurar a estas como representación de la diferencia (las otras), respecto de la abstracción del sujeto que determina lo que es igual y debe ser tratado como igual o lo que es diferente y debe ser tratado como diferente, la igualdad por lo mismo se torna escurridiza.

9. El derecho antidiscriminatorio y la crítica iusfeminista.

El derecho antidiscriminatorio se origina en Estados Unidos a mediados del siglo XX y se funda en la respuesta que da el Derecho a la problemática sobre igualdad y discriminación que plantea el movimiento de las minorías negras, principalmente en el marco de la lucha por los derechos civiles. Se trata aquí de una respuesta a una problemática intergrupala (afecta a un grupo que tiene en común una identidad racial que constituye la base de la discriminación) que no es posible enfrentar desde la concepción liberal de igualdad, es decir, formal, individual y de neutralidad estatal. Este proceso supuso un aporte fundamental, consistente en la introducción en el Derecho de un principio antidiscriminatorio basado en el concepto de la discriminación intergrupala.⁸⁴

El derecho antidiscriminatorio se estructura en dos vertientes, derivadas de sus creaciones más innovadoras en sus inicios, en la década del sesenta y setenta (siglo XX). Por una parte, como

⁸³ *Ibid.*, p. 256.

⁸⁴ BARRÈRE, María de los Ángeles. "Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación". En: MESTRE I MESTRE R. (coordinadora) *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Edit. Tirant lo blanch, Valencia, pp. 49 y 50.

política pública gubernamental orientada a eliminar las situaciones de discriminación, expresada en las políticas de acción afirmativa o acción positiva. Por otra parte, como una búsqueda orientada a identificar situaciones de discriminación, lo que se expresa en el desarrollo de los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta (se basan en los conceptos desarrollados por la Corte Suprema Norteamericana de *disparate treatment* y *disparate impact*)⁸⁵.

La acción positiva —tal como se desarrolló inicialmente en el derecho antidiscriminatorio en Estados Unidos (*affirmative action policy*) y luego en su recepción en el derecho europeo— se configura como una medida de política pública de carácter temporal y excepcional que otorga ciertas ventajas o beneficios especiales a determinados grupos sociales que están en desventaja, constituyendo en este sentido una excepción al principio de igualdad de trato, en función del principio de igualdad de oportunidades.

Este último se configura a partir del diagnóstico de que la exclusión de determinados grupos (negros, mujeres, discapacitados, etc.) resulta de su falta de acceso a los recursos y oportunidades, por lo que se deben crear los medios sociales y jurídicos, a través de medidas de políticas públicas y/o legislativas, que los pongan en condiciones de alcanzar la igualdad. Dicho de otro modo, y en el caso que nos ocupa, para enfrentar la discriminación de género y el déficit de igualdad que experimentan las mujeres, se deben realizar modificaciones legales y/o implementar políticas públicas, que permitan superar déficits sociales que dificultan la igualdad entre hombres y mujeres, equilibrando y compensando las diferencias actuando sobre barreras sociales de modo

⁸⁵ Es el Tribunal Supremo norteamericano quien determina la diferenciación entre las figuras del *disparate treatment* y del *disparate impact*, las que posteriormente en la legislación y jurisprudencia europea se denominan discriminación directa e indirecta, que es como se denominan en general en el derecho antidiscriminatorio en la actualidad. Específicamente el primer caso que considera esta diferenciación por parte de la Corte Suprema norteamericana fue en "*Griggs v. Duke Power Company*" (401 U.S. 424) en 1971; el que resumidamente se refería a lo siguiente: con anterioridad a la Ley de Derechos Civiles en 1964 la empresa *Duke Power Company* empleaba trabajadores negros únicamente en un departamento, el cual además, tenía una media salarial más baja que los otros cuatro departamentos que conformaban la empresa. Luego, de esta Ley, dicha práctica se convirtió en ilegal por discriminatoria, debiendo la empresa modificar su política de contratación, estableciendo que para ser contratados en los otros cuatro departamentos, ya no hay un límite racial, si no que se exige contar con un título de estudio de escuela superior y pasar dos pruebas, esto implica que al no haber distinción racial, todos son tratados de la misma manera, sin embargo, en el fallo se establece que la exigencia de estudios superiores y las pruebas que se exigen implica dejar fuera a quienes no pueden acceder a este tipo de educación, lo que ocurre con la población negra que tiene una educación inferior no pudiendo postular al no contar con el título exigido y con los conocimientos para dar las pruebas requeridas. En el primer caso, la práctica que excluye por razones raciales, es discriminación directa, el segundo, es discriminación indirecta. En: BARRÈRE, María de los Ángeles. "Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades". *Revista Vasca de Administración Pública*, Mayo-Agosto 60, 2001, p. 152.

de posibilitar la configuración de realidades equivalentes para el igual el acceso y goce de los derechos fundamentales.

En un intento de dar respuesta a la discriminación intergrupala, el derecho antidiscriminatorio desarrolló, por una parte, la noción recién revisada de la acción positiva como herramienta de política pública. Por otra parte, ha complejizado el abordaje jurídico de la discriminación elaborando los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta. Existe discriminación directa cuando una norma jurídica establece una diferenciación entre sujetos, rompiendo la igualdad de trato, fundándose para ello en una característica definitoria de las personas pertenecientes un grupo determinado. En la legislación chilena encontramos un buen ejemplo de discriminación directa en los artículos 1750 y siguientes del Código Civil⁸⁶ que establecen limitaciones a la mujer casada en sociedad conyugal para efectos de la administración de sus bienes. Aquí, la mujer es colocada por el legislador en una situación de discriminación respecto del hombre, al limitarle la administración de sus bienes matrimoniales, y otorgarle esta facultad al marido, quien aparece además frente a terceros como dueño de los mismos.

La discriminación indirecta, en contraste, se define como la ruptura de la igualdad (de trato) producto de los efectos o a consecuencia de la aplicación de una norma jurídica, la que sin establecer diferencias y siendo formalmente neutra, trae consigo la exclusión de personas. En este caso, que se funda en datos estadísticos, se habla también de exclusión real (por que ocurre en la realidad) y se requiere de una conducta individualizada a la que se le imputa el carácter injusto y de un *tertium comparationis* que permita realizar el juicio de comparación⁸⁷. El gran aporte de esta noción es que no requiere de la existencia de una intencionalidad de provocar discriminación, sino que es el resultado de la aplicación de una norma jurídica o conjunto de normas (no discriminatorias y neutrales) que provocan o crean una situación de discriminación entre sujetos en un determinado contexto⁸⁸. Adicionalmente, es destacable que en su regulación se establece la

⁸⁶ El art. 1750 del C.C, establece la regla general, señalando: “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido. Podrán, con todo, los acreedores perseguir sus derechos sobre los bienes de la mujer, en virtud de un contrato celebrado por ellos con el marido, en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio.”

⁸⁷ BARRÈRE, “Problemas del Derecho...”, *op. cit.*, p.6.

⁸⁸ BARRÈRE, María de los Ángeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. IVAP & Cívitas, Madrid, 1997, p. 74.

inversión de la prueba a favor de miembros de grupos desventajados lo que implica asumir que ciertos grupos de sujetos están más expuestos a sufrir discriminación que otros.

Sin embargo, esta propuesta es insuficiente para abordar las situaciones de discriminación fundadas en el sexo-género, ya que si bien se construye a partir de la realidad de discriminación intergrupala, al establecer los criterios para determinar la discriminación, no rompe con la noción de igualdad de trato. Es decir, considera que todos los sujetos—incluyendo a hombres y mujeres—son comparables, y que la existencia de una situación de discriminación depende de circunstancias particulares. Por ello, debe determinarse en cada caso las condicionantes específicas para establecer si hubo o no ruptura de la igualdad de trato y, con ello, si hubo o no discriminación. Frente a estos conceptos de discriminación directa y de discriminación indirecta, el *ius* feminismo plantea una posición crítica—si bien valora el avance que implicó la introducción de estos conceptos por parte del derecho antidiscriminatorio, particularmente la conceptualización de la discriminación indirecta— sostiene que hay una realidad de discriminación y desigualdad de género de la que no es posible dar cuenta con estas nociones. Específicamente, este planteamiento se refiere a la discriminación estructural en materia de género que es producto de las relaciones de poder y de una jerarquía respecto del lugar social que los grupos sociales ocupan o le son asignados en el orden social⁸⁹. De un modo similar al caso de la discriminación indirecta, para constatar la ocurrencia de desigualdad estructural, se utilizan metodologías sociológicas, pero con la diferencia que en este caso no se analiza el trato, es decir, comportamientos específicos en busca de las desigualdades, sino de los elementos estructurantes del orden social sexual que implica configurar realidades sistémicas de discriminación. A modo de ejemplo de discriminación estructural se pueden señalar la prostitución, la violencia contra las mujeres (violencia doméstica,

⁸⁹ Al respecto hay que tener presentes autoras como Marion Iris Young, que plantearon tempranamente que la noción de discriminación tiene limitaciones al momento de referirse a la injusticia basada en razones de sexo, ya que esta realidad va más allá que la sola discriminación. Esta autora plantea que el término conceptualmente más acertado es opresión o dominación, ya que estos dan cuenta de mejor forma de la realidad de marginación que sufren las mujeres debido al orden social sexual y al legado cultural, a los prejuicios y conductas que privilegian en términos generales a los hombres respecto de las mujeres. En este mismo sentido, es posible mencionar el trabajo de la jurista feminista Kimberlé Crenshaw, quien desde el “feminismo negro” se plantea críticamente a la noción de discriminación del derecho antidiscriminatorio, en especial cuando se expresan varias situaciones de discriminación como racial, de género, de orientación sexual, de clase, etc., las que según la autora no es posible abordar como fenómenos aislados o yuxtapuestos, si no desde la noción de interseccionalidad (*intersectionality*), esto es, considerando las diferentes realidades de discriminación y determinando cómo se configura respecto de esos sujetos una modalidad de discriminación específica a partir de la conjunción de esas realidades de discriminación, que es propia y distinta si se considera cada factor por separado o simplemente acumulado. Esto es ejemplificado a través de la realidad de las mujeres negras que experimentan discriminación como tales y no como la suma de discriminación por raza y sexo, donde, además quedan subsumidas en la discriminación de los hombres negros y de las mujeres blancas, quedando su propia realidad de discriminación invisibilizada en la mera agregación.

femicidio, acoso sexual), el trabajo doméstico no remunerado, el cuidado de ancianos y en general la economía del cuidado, trabajos que ejercen mayoritariamente las mujeres⁹⁰.

10. Generización de la ciudadanía. El planteamiento *ius* feminista.

Para la teoría *ius* feminista la noción de ciudadanía⁹¹ es central, ya que ésta determina respecto de los sujetos —en este caso hombres y mujeres— la estructuración del sistema de derechos fundamentales, en cuanto al modo de la titularidad, ejercicio, goce y garantía de estos derechos. La teoría feminista ha centrado su planteamiento en dos cuestiones fundamentales en la configuración del concepto de ciudadanía: la crítica a la noción jurídica de sujeto (el que en definitiva define al sujeto ciudadano) y la definición del contenido y alcance del concepto de ciudadanía⁹². Veamos cada uno de ellos.

Uno de los rasgos fundamentales de la Modernidad descansa en la conceptualización del sujeto en tanto ser de derechos, es decir, un ser al que se remite la titularidad de derechos simplemente por el hecho de ser persona⁹³. De esta manera, se configura una noción nueva de persona, a saber: la de un sujeto portador de derechos, titular de derechos generales y abstractos. El sujeto individuo se plantea en relación con un conjunto de derechos que, en el planteamiento racionalista, corresponden a los derechos naturales, que en el proceso de constitucionalización decimonónica, serán el catálogo de derechos establecidos en los textos constitucionales.

Para concebir al ser humano como ser portador de derechos, como sujeto de derecho, se requirió, como se señalara con anterioridad, superar el concepto de individuo físico, lo que implicó plantearse una noción abstracta de persona que expresara al sujeto y su subjetividad. El constitucionalismo en el siglo XIX configuró, en palabras de Ferrajoli, como sujeto *optimo iure*⁹⁴ a un sujeto varón, blanco, propietario y letrado. En efecto, la noción abstracta jurídica de persona que se recepciona y positiviza en las constituciones liberales decimonónicas, fue la del sujeto

⁹⁰ BARRÈRE, “Problemas del Derecho antidiscriminatorio...”, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

⁹¹ Sostenemos -y se verá con mayor claridad en el capítulo histórico (siguiente) y el capítulo 4 referido a ciudadanía- que el sujeto configurado en los albores de la Modernidad y recepcionado en el constitucionalismo inicial, es la base con la que se constituye la noción de sujeto ciudadano y sujeto de derechos, por lo que es posible plantear que hay identidad entre ellos.

⁹² MESTRE, Ruth. “La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45, 2011 España, p.148.

⁹³ CHARLES ZARKA, Yves. “La invención del sujeto de derecho”. *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 20, (1999), p.31.

⁹⁴ FERRAJOLI. *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 4.

varón, blanco, propietario y letrado, lo que se manifestó en la conceptualización y condición de ciudadano, ya que las constituciones sólo reconocieron la condición de ciudadano a los sujetos que detentaban tales características, configurándose éstas como estatus de ciudadanía. Además, esta noción de persona y la consiguiente conceptualización de ciudadano implicó delimitar al sujeto de derecho, ya que, por una parte, sólo podrá ser portador de derechos el sujeto *optimo iure* y por otra, los derechos fundamentales del catálogo constitucional decimonónico fueron establecidos fundamentalmente en relación con la ciudadanía, de manera que la titularidad de esos derechos solo era aplicable a quienes jurídicamente (constitucionalmente) pudieran detentar la condición de ciudadanos⁹⁵. Los demás, las mujeres, los negros, los que se desempeñaban como servidumbre doméstica, los no propietarios y los iletrados, quedaron excluidos de la ciudadanía durante el siglo XIX y parte del siglo XX⁹⁶, y en consecuencia no fueron sujetos de derecho⁹⁷.

En el proceso de ampliación democrática del constitucionalismo liberal, la ciudadanía política se fue expandiendo a través de la eliminación de requisitos para acceder a la ciudadanía, lo que significó excluir progresivamente de los ordenamientos jurídicos constitucionales, las categorías de estatus racial, sexual, económico y/o de escolaridad que limitaban el acceso a esta⁹⁸. El proceso

⁹⁵ Al respecto hay quienes plantean que más allá que la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales requiriera que el sujeto tuviera la condición de ciudadano, es posible establecer que desde un inicio se determinaron derechos de ciudadanía y de personalidad. Autores como Ferrajoli plantean que la norma general es que los derechos sean de personalidad, salvo aquellos que expresamente el ordenamiento jurídico establece como de ciudadanía, en su trabajo "De los derechos del ciudadano a los de la persona" señala expresamente: "...el universalismo de los derechos fundamentales y su nexa con la igualdad, lograron imponerse precisamente gracias a que casi todos los derechos fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano, sino como derechos de las personas. "Los hombres" (y no los ciudadanos), dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789, "nacieron libres e iguales *en droits*"; y el artículo 2 habla de "derechos naturales e imprescriptibles del hombre", identificándolos con "la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"; mientras que los artículos 7, 8, 9 y 10 incorporan para todos ellos las garantías del *habeas corpus*, las restantes garantías penales y procesales y la libertad de pensamiento. Existe tan sólo una clase de derechos – los derechos políticos– que son atribuidos por el artículo 6 al individuo en cuanto *citoyen*: "el derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes a la formación" de la ley como "expresión de la voluntad general", y el de "acceder a todas las dignidades, puestos y empleos públicos sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos. Lo mismo podría decirse de las demás constituciones de los siglos XIX y XX." FERRAJOLI, Luigi. *De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona*. En: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2004 p. 100.

⁹⁶ La exclusión de la ciudadanía respecto de los diversos estatus que configuró el Derecho tuvo vigencias distintas para cada uno y fue variable según los países. Las mujeres fueron quienes más tardíamente fueron incorporadas a la ciudadanía, este proceso se masificó, en Occidente, luego de la Segunda Guerra Mundial. Las exclusiones raciales fueron resueltas hacia fines del siglo XIX, sin embargo, hubo países como Sudáfrica donde esta institucionalidad se mantuvo vigente hasta el último tercio del siglo XX, periodo en que se puso fin a la institucionalidad de *apartheid*.

⁹⁷ En el ámbito de derecho privado, los excluidos de la ciudadanía tenían condicionado o limitado acceso a los derechos patrimoniales, y en lo relativo a su capacidad jurídica, esta se encontraba muchas veces limitada, asimilándose a la de incapaces relativos como los menores de edad.

⁹⁸ Este modelo es el que autoras ius feministas como Encarna Bodelón denominan ciudadanía agregativa, que implica agregar (sumar) sujetos, en este caso mujeres, a la noción de ciudadanía sin un análisis crítico de la noción de sujeto que subyace. BODELÓN, "Las leyes de igualdad...", op. cit., p. 91.

gradual de ampliación de ciudadanía significó, a su vez, la ampliación de la noción de sujeto de derecho a nuevos sujetos, llegando este a comprender formalmente a todos a quienes se les reconoció la ciudadanía. Así, las mujeres se transformaron en titulares de derechos producto de un proceso progresivo de generalización o extensión de la titularidad de ciudadanía que se extiende hasta bien avanzado el siglo XX.

Este proceso se llevó a cabo sin someter a un proceso crítico los atributos subjetivos que definen y configuran a la persona y, por ende, al ciudadano y al sujeto de derecho, manteniéndose intacta la configuración de antes de la ampliación de la ciudadanía, es decir, subjetivado conforme al sujeto *optimo iure*. Lo anterior significó, además, que el proceso de ampliación de ciudadanía ocurrió sin la debida reflexión —y sin siquiera plantearse- que pudiera ser necesario considerar la subjetividad de los nuevos sujetos/ciudadanos —especialmente las subjetividades determinadas por su estatus- para replantear la noción de ciudadano y de sujeto de derecho. Así, la ampliación de ciudadanía, la extensión del concepto jurídico de persona y la ampliación de la noción del sujeto respecto del cual se plantea la universalidad de derechos⁹⁹ fue de carácter formal y no sustancial.

Específicamente, respecto de las mujeres, la extensión de la ciudadanía se efectuó incorporando al sujeto mujer a la ciudadanía existente (configurada) respecto del sujeto hombre¹⁰⁰. Esto es, dicho proceso se limitó a conceder a las mujeres los derechos de ciudadanía del constitucionalismo, sin que se produjera un proceso crítico transformador respecto de la noción de persona, manteniendo los rasgos con que se había configurado la noción de sujeto en los albores de la Modernidad y del constitucionalismo liberal decimonónico, es decir, a partir de una ciudadanía exclusivamente masculina. Correlativamente, no se recogió la subjetividad de las mujeres; y tampoco se consideró como el orden social, y las relaciones entre los sujetos sexuados que se inscriben en él, configuran relaciones de subordinación que determinan la discriminación del sujeto mujeres.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, ed., Madrid, 2009, p. 145.

¹⁰⁰ Hubo respecto de los hombres, en el siglo XIX e inicios del XX, también un proceso de expansión de la ciudadanía, se dio mediante la eliminación de la ciudadanía masculina censitaria, primeramente, luego, se eliminaron las prohibiciones raciales y finalmente se incorporó a los varones iletrados, proceso que también tiene su propio impacto y relación con la noción de sujeto respecto de los colectivos masculinos inicialmente excluidos de la ciudadanía, sin embargo en lo que se refiere a la diferencia sexual, la subjetividad masculina en general, estuvo desde el origen configurando la noción de sujeto, ello más allá de que ciertas particularidades de otras diferencias como clase, raza o diversidad sexual no estuvieran adecuadamente representadas en dicha noción.

No dar cuenta del sujeto mujer ciudadano implica dos consecuencias. Por una parte, en el ejercicio de la ciudadanía y de la condición de sujeto de derecho, el sujeto mujer-ciudadana debe asimilarse a la subjetividad masculina presente en el modelo general de persona y de sujeto-ciudadano, lo que significa, que en los hechos, su condición de sujeto de derecho y la consiguiente titularidad, ejercicio y garantía no se logran plenamente o se expresa desfasadamente o de un modo limitado, ya que su subjetividad de persona no calza con la del sujeto de derecho respecto del cual se ha estructurado todo el sistema jurídico de los derechos fundamentales.

Por otra parte, la inclusión formal de la mujer, sin la correspondiente recepción de su subjetividad en la noción jurídica de persona, significó (y significa) que la realidad que es propia (en el sentido de privativa) de las mujeres, producto de la asignación de éstas a la esfera privada y la configuración de un orden social fundado en el sexo que estructura un modelo de subordinación de género, no es considerado, quedando así esta realidad ignorada por el derecho. Asimismo, la subjetividad femenina que es producto de la construcción del su rol social de la mujer en la esfera privada —que no se modificó por el acceso a la esfera pública que implicó la concesión de ciudadanía política, esto es el derecho a voto y por esa vía el acceso a determinados derechos políticos y ciudadanos¹⁰¹— tampoco es considerada en la construcción subjetiva de la noción jurídica de persona.

Además, la crítica del *ius* feminismo en esta materia se refiere al sentido y alcance del concepto de ciudadanía, a este respecto plantea fundamentalmente que la noción de ciudadanía, que define la relación con los derechos fundamentales, se configura sobre la base de lo propio y específico de la esfera pública: Estado, política y derechos configuran de un modo central el contenido de la ciudadanía, determinando por lo mismo el alcance y ámbito propio de ésta¹⁰², lo que deja fuera o no contiene lo que es propio y particular de la esfera privada-doméstica, y, además se mantiene la separación y por lo mismo no vinculación entre ambas esferas. Así, al quedar los procesos y realidades de la esfera privada-doméstica al margen de la concepción de ciudadanía, y respecto de

¹⁰¹ Es importante aclarar en este punto, lo que servirá para el desarrollo de los siguientes capítulos de esta tesis, que la concesión del derecho a voto de las mujeres durante el siglo XX se plantea a menudo como la obtención de la ciudadanía, sin embargo, esto es solo correcto en medida relativa, concretamente si se entiende ciudadanía como ciudadanía política. En esa lógica las mujeres obtienen efectivamente la ciudadanía, pero ello no es suficiente en la conceptualización actual, donde ciudadanía (como se ve en el capítulo cuarto de este tesis) es mucho más amplia que derechos políticos, abarcando la noción de ciudadanía más bien el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o colectivos.

¹⁰² Un análisis al respecto, desde la filosofía política feminista, se encuentra en: FRAISSE, Geneviève. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, 2003.

los derechos fundamentales, al ser estos propios de la esfera pública no penetran en la esfera privada-doméstica¹⁰³, configurándose un espacio de no injerencia de los mismos; por otra y en la medida que el espacio político de la ciudadanía es la esfera pública y que la mujer se ubica socialmente desde y en la esfera privada, esta queda al margen (desfasada) de la actividad política-ciudadana¹⁰⁴. Los intereses o posiciones fácticas reconocidos como derechos y la intensión y extensión de su protección son una manifestación de lo que aquí se plantea. Así, por ejemplo, intereses como vivir en un ambiente sin violencia o poseer autonomía procreativa, que se relacionan eminentemente con el espacio privado-doméstico, no fueron reconocidos como derechos sino hasta fines del siglo XX, época en la que proliferan los estatutos contra la violencia doméstica y se inicia el proceso de despenalización del aborto.

Sin embargo, aun adquiriendo el estatus de derechos, tales intereses han continuado siendo subprotegidos, entre otras razones, porque son minusvalorados respecto de los derechos pertenecientes a la esfera pública y/o porque, para el diseño y garantía de los primeros, no se han considerado las características y construcciones de subjetividades propias de la esfera privada, en la que aquellos se inscriben.

¹⁰³ Al respecto es importante tener presente aquel planteamiento feminista elaborado en la década del 60 (del siglo XX) que “lo personal es político”, el cual presentado como slogan planteaba justamente que la realidad de la esfera privada no debía quedar excluido de lo político, esto es de la ciudadanía y por lo mismo de los derechos fundamentales.

¹⁰⁴ MESTRE, “La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades...”, *op. cit.*, p. 148.

CAPÍTULO SEGUNDO

DESDE EL CONSTITUCIONALISMO DECIMONÓNICO A LA CEDAW

1. El constitucionalismo decimonónico y el racionalismo.

1.1. Noción de persona.

El constitucionalismo configurado en Occidente desde finales del siglo XVIII constituye uno de los pilares fundamentales en la construcción conceptual de la Modernidad y de la democracia moderna, y por lo mismo, una parte esencial de la institucionalidad jurídico-política actual está determinada desde sus inicios por la forma en que se diseñó y configuró el constitucionalismo.

Por constitucionalismo, se entiende el movimiento jurídico que positiviza los postulados y principios del jusracionalismo en textos normativos fundamentales. Estos textos, bajo el nombre de constituciones, regulan las condiciones del pacto que constituye la sociedad política; reconocen y garantizan los derechos fundamentales y norman los principios que organizan los poderes que se constituyen por el pueblo soberano, estructurando de esta forma al Estado y determinando de manera específica su ámbito de competencia (funciones, atribuciones y responsabilidades)¹⁰⁵.

El ideario de la filosofía *ius* racionalista, desarrollado durante los siglos XVII y XVIII, configuró un corpus doctrinario jurídico y un conjunto de principios jurídicos, los que al finalizar el siglo XVIII, se plasmaron en norma positiva que reguló el nuevo orden institucional que puso fin al Antiguo Régimen.

Esta nueva institucionalidad expresó su concordancia con los principios del racionalismo en dos planos. En primer lugar, configura un modelo de norma jurídica racional -la constitución- que estructura y ordena el poder político de un modo unitario, racional, sistemático y no contradictorio. Esta norma comprende, por una parte, el reconocimiento total y sistemático de los derechos naturales de los ciudadanos, los que están, a su vez, concebidos como fines y límites del Estado, y por otra, la regulación de las funciones fundamentales del Estado y de los órganos que lo integran, así como el ámbito de sus competencias y de las relaciones entre ellos.

¹⁰⁵ Sobre el concepto de constitucionalismo, ver: DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo Moderno*. Marcial Pons, Madrid, 2009; BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política. Editorial Siglo XXI*, México, 2005, pp. 335-349; FERRAJOLI, Principia iuris. *Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia, op. cit.* y HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 173-194.

En segundo lugar, es concordante con los principios del racionalismo, en cuanto a la concepción del poder político que es recepcionada en el orden constitucional. De esta manera, se configura una estructura basada en los postulados y principios *ius* racionalistas que determinarán la ordenación normativa del poder político, dentro de la cual se establecerán las instituciones propias del Estado. Los principios básicos del constitucionalismo que lo estructuraran, y que a su vez serán parte de las normas del texto constitucional, son: la existencia de principios universales; la soberanía del pueblo, los derechos naturales a la persona humana¹⁰⁶, el gobierno representativo, la constitución como ley suprema, la separación de poderes, el gobierno limitado, la independencia e imparcialidad del poder judicial y el derecho del pueblo a revisar y enmendar la constitución¹⁰⁷.

La recepción de estos principios en los textos constitucionales implicará que, desde su aparición a fines del siglo XVIII hasta hoy, tengan estos una estructura similar y consagren y regulen las instituciones de un modo también similar. Así, las constituciones contemplan una parte dogmática, que es la que consagra el catálogo de derechos del hombre. En un comienzo, este catálogo contemplaba los derechos que el iusnaturalismo determinó como tales: Libertad, igualdad y propiedad. Posteriormente, con el desarrollo de la democracia y del constitucionalismo del Estado social¹⁰⁸, en el siglo XX y especialmente de los derechos humanos luego de la Segunda Guerra Mundial, se amplía el catálogo, particularmente con los derechos económicos y sociales y, actualmente, con los denominados de tercera generación y los derechos humanos colectivos. Seguidamente, las constituciones contemplan una así denominada parte orgánica, que es la que regula la estructura del Estado, las instituciones que lo conforman, el ámbito de competencia de éstas y las relaciones entre las mismas. Esta normativa consagrará y expresará de un modo similar

¹⁰⁶ El constitucionalismo inicial (palio constitucionalismo como lo denomina Ferrajoli) recepciona el ideario *ius* racionalista en cuanto a la concepción sobre los derechos, la que se funda en una concepción naturalista de los mismos; posteriormente, concordante con el desarrollo del *ius* positivismo y la recepción de su ideario por parte del constitucionalismo, éste deja atrás la concepción naturalista del derecho, lo que implica dejar atrás la denominación y noción “derechos naturales del hombre”, sustituyéndose por la noción (y denominación) de derechos fundamentales. Luego de la Segunda Guerra Mundial, con la configuración de la nueva rama del derecho de los derechos humanos, se los denominará con este nombre en materia de derecho internacional público. Actualmente, en el ámbito constitucional, se denominan de modo mayoritario derechos fundamentales y, en el derecho internacional público, derechos humanos.

¹⁰⁷ DIPPEL, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p.186.

¹⁰⁸ En los últimos años, en un esfuerzo por desarrollar una base conceptual del constitucionalismo social, los autores han acuñado el concepto de constitucionalismo del Estado social, a modo equivalente al constitucionalismo liberal. Por lo mismo aquí se utilizará este concepto más que el del Estado social, ya que este se refiere a un modelo de estructura y rol del Estado, siendo el otro concepto más amplio ya que refiere a un modelo constitucional.

hasta hoy los principios de soberanía popular, gobierno representativo, separación de los poderes e imparcialidad del poder judicial.

La propuesta de un nuevo orden político diseñado por la filosofía racionalista permitió la superación del modelo aristotélico vigente hasta esa época. Este era la base sobre la cual se configuraba la concepción de Estado en el Antiguo Régimen, planteaba fundamentalmente que el Estado se conformaba a partir de la unión de sociedades menores, entre las cuales, las primeras, temporalmente hablando, son las familias, las que en un proceso de concatenación social en una relación de continuidad o progresión configuran el orden político. El racionalismo, en cambio, se planteará un modelo dicotómico que se estructura a partir del estado de naturaleza y de la sociedad civil¹⁰⁹, entendidos el uno como antítesis del otro y, por lo tanto, antagónicos¹¹⁰.

El estado de naturaleza, aunque hipotético, es una abstracción que permite un punto de partida. Será el estudio de este el que permitirá conocer al hombre natural y, con ello, la verdadera naturaleza humana, su verdadero origen y los principios universales de la conducta humana¹¹¹.

En el estado de naturaleza es donde se desarrollan las relaciones más elementales entre los hombres; allí, las personas son seres individuales independientes los unos de los otros. En el estado de naturaleza, el protagonista es el individuo singular con sus derechos y deberes, en relación directa con la naturaleza de la que se toma los medios para la sobrevivencia, y que sólo indirectamente y de forma esporádica se vincula con los demás seres humanos. Son individuos aislados, no hay organización social, las personas están en una condición de libertad y de igualdad¹¹².

Lo que une la dicotomía estado de naturaleza-estado social en la propuesta teórica del racionalismo sobre la conformación de la sociedad civil, es el pacto, el contrato social, que expresa la concurrencia de los individuos aislados, libres e iguales, quienes mediante un consenso se

¹⁰⁹ La idea de sociedad civil es un concepto que se construye en contraposición de la noción *ius* naturalista de sociedad natural. Se trata aquí de una sociedad que se constituye con una finalidad política, configurada sobre la base de la esfera pública y esfera privada, sociedad que en este modelo se desliga o separa de su rol económico (el cual se circunscribe a la esfera privada) para constituirse sólo en un referente político. Sin embargo, respecto de la concepción de la sociedad civil, se debaten sus diversas acepciones, ya que se ha definido como expresión más bien de la configuración social de los sujetos al margen de la institucionalidad del estado, como el espacio social donde se expresan los sujetos y sus conflictos. BOBBIO, Norberto *Estado, Gobierno y Sociedad, Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica, Décimo cuarta impresión, México, 2010, pp. 39 y ss.

¹¹⁰ BOBBIO y BOBERO, *Sociedad y Estado...*, op. cit., pp. 56-68.

¹¹¹ COBO, Rosa. *Fundamento del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, pp.92-93.

¹¹² BOBBIO y BOBERO, *Sociedad y Estado...*, op. cit., pp. 63 y 83.

someten a un poder común, conformando así la sociedad civil o política. El pacto social es la base de la sociedad civil, donde se estructuran las condiciones de convivencia, de organización y de regulación de la entidad (Estado) que asegure a cada persona la satisfacción de sus derechos. El poder político se funda en el contrato social, en la constitución de un poder común, que implica la transferencia a la sociedad política configurada a través del pacto del poder natural que cada uno tiene en el estado de naturaleza. La sociedad política expresa la unión de todos, de modo que a partir del yo individual (cada sujeto que concurre al pacto social) se conforma un yo común que es soberano. Así, el pacto en el modelo racionalista cumple una función de legitimación del poder de la sociedad política que se conforma con el mismo. El contrato, al igual que el estado de naturaleza, no es una verdad histórica, es un supuesto de la cadena de razonamiento que explica la constitución de la sociedad civil partiendo del estado de naturaleza. En este sentido, el contrato social cumple una función explicativa respecto de cómo se conformó la sociedad política. El traspaso al Estado de los derechos que los individuos tenían en el estado de naturaleza, transforma estos derechos naturales en derechos sociales, y le confiere al Estado el rol de asegurar la garantía y respeto de los mismos, respecto de todos los hombres, transformados ahora, por obra del pacto, en ciudadanos¹¹³.

La concepción racionalista, la noción del pacto y los requisitos que se determinan para participar en éste (ser libres e iguales), requieren configurar una noción general y abstracta de persona, de modo de tener un instrumento conceptual que permita determinar quiénes y de qué forma pasan del estado de naturaleza al estado político, y cómo se caracteriza al hombre natural que se convierte ahora en ciudadano. Es necesario construir un modelo que permita responder a la nueva conceptualización del sujeto político, el cual se configura como portador de derechos, y para esto es necesario, a su vez, superar el concepto de individuo físico por el de la persona moral. El origen del constitucionalismo es también el origen del sujeto, del sujeto individual. El profesor Vitale plantea la idea de la vinculación entre derechos y concepto de individuo o persona, señalando expresamente: "...para pensar el objeto jurídico "derecho fundamental" resulta necesario, cuando menos, tener una idea de individuo o de persona... Pero quizás haya más, del individuo o de la persona resulta necesario definir sus predicados esenciales...La naturaleza del individuo y de sus

¹¹³ CASSIER, Ernst. *El mito del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económico, México, octava reimpresión 1993, Capítulo XIII.

relaciones no es indiferente para la definición no sólo de cuáles son los derechos fundamentales si no del propio concepto de derecho fundamental.”¹¹⁴

El concepto jurídico de persona no fue el único durante la Ilustración que se configuró a través de una noción abstracta que no tiene una materialidad en una realidad concreta. En este caso específico, como enunciamos anteriormente, se requería contar con nociones abstractas¹¹⁵ que dieran respuesta a las necesidades teóricas derivadas del modelo explicativo de configuración de la sociedad política de la propuesta teórica del *ius* racionalismo, fundado en la concepción (explicativa) estado naturaleza-estado social construido (también como concepción abstracta). Esta noción conceptual de persona fue un instrumento técnico jurídico, que permitió la positivización normativa (constitucionalismo y codificación) de planteamientos filosóficos y doctrinarios jurídicos referidos a la persona. Como dice Amelia Valcárcel: “Hace falta haber llegado al siglo XVII y que se esté presentando en el panorama una noción como la nueva de individuo que se plantea en la filosofía política barroca: el individuo que es abstracto y carece de cualquier determinación.”¹¹⁶, o bien, como señala Jiménez Redondo, la primera abstracción definitoria de la Modernidad social y política consiste en lo que Hegel llamó principio de la subjetividad. Se trata del nacimiento de lo que conocemos como individuo moderno¹¹⁷.

La concepción jurídica de persona que cristaliza el constitucionalismo (y luego concordantemente la codificación) en el siglo XIX tiene su base en razones históricas de los procesos de cambio de los siglos XVII y XVIII y en los principios del *ius* racionalismo que recoge y positiviza el constitucionalismo. El sujeto jurídico (sujeto de derecho) de la Modernidad es una creación histórica, no es posible planteárselo en aquellas configuraciones con correspondencia entre realidad y derecho, como era el Antiguo Régimen (sistema estamental), puesto que es un concepto histórico¹¹⁸ que se nutre del proceso de conformación teórica del pensamiento racionalista y de la Ilustración, que luego será recepcionado por el Derecho y positivizado por el constitucionalismo y la codificación.

¹¹⁴ VITALE, Ermanno, “¿Teoría General del Derecho o Fundación...”, *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁵ Uno de los elementos característicos del racionalismo es que basa su propuesta normativa en construcciones conceptuales abstractas. Así también elabora la de ciudadano, la de nacionalidad, la de soberanía, la de representación. JIMÉNEZ, “Introducción”..., *op. cit.*, pp.7 a 39.

¹¹⁶ VALCÁRCEL *Feminismo en...*, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁷ JIMENEZ, “Introducción”..., *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁸ DE CABO MARTÍN, Carlos. “El sujeto y sus derechos”. *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 7, 1º semestre 2001, p. 118.

Las razones históricas derivan fundamentalmente del cambio paradigmático que la propuesta *ius* racionalista/Ilustración implicó en la relación entre Derecho y persona respecto a lo establecido en el Antiguo Régimen. Esto es observable fundamentalmente en lo referente a la superación de estructuras sociales estamentales y a la derogación de los consiguientes derechos estamentales y privilegios jurídicos, vigentes hasta el siglo XVIII e incluso parte del XIX (en determinadas zonas de Europa). Como señala Valcárcel, "...la Ilustración heredó del Barroco gran parte de sus ideas. Sin embargo su originalidad y su fuerza estriban en que intentó sacarlas del limbo especulativo primero y encarnarlas en la política efectiva después. Había una especialmente recia, la de igualdad. Servía en principio contra el Antiguo Régimen y los privilegios de sangre."¹¹⁹

El Derecho y un principio de igualdad que ponía fin a situaciones como la exigencia de nobleza o "limpieza de sangre" para acceder a cargos de función pública, garantizaban, en principio, la participación de todos en la política y el quehacer de la función pública; su aplicación concretaba también el principio general de igualdad ante la ley, la abolición de todos los fueros privilegiados y, en materia penal, significaba antes que nada la igualdad y proporcionalidad de las penas respecto de cualquiera que cometiere un delito, independientemente de su pertenencia a un determinado estamento¹²⁰.

El fundamento en los principios *ius* racionalistas significaba que la concepción abstracta jurídica de persona, que estaba en construcción, debía ser concordante con los postulados que el racionalismo tenía sobre la persona humana. Así, este debía ser racional¹²¹, libre y soberano de su persona. Cada sujeto ha de ser libre, dueño de sí y de sus derechos. Este individuo esencialmente racional y libre es, en su condición de tal, igual a los demás individuos.

Estas condiciones eran requisito fundamental de quienes participaban en la formación del pacto social, ya que a su conformación se debía concurrir voluntariamente (de manera libre) y en condiciones de igualdad, (la igualdad se fundaba en la condición de ser libre y soberano de su persona). El pacto social debe concretarse con plena conciencia de sus significados y sus consecuencias, este presupone el libre consenso de todas las partes que intervienen en él. En

¹¹⁹ VALCÁRCCEL, *Feminismo en...*, *op. cit.*, p.20.

¹²⁰ HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, *op. cit.*, p. 174.

¹²¹ "La definición de hombre realizada por el cartesianismo era la del ser racional: ser que buscaba la verdad a través de la razón... A tal ente no podían dejar de reconocérsele dos derechos derivados de su naturaleza: el de usar libremente la razón (en el campo teórico) y el de desarrollar racionalmente (en el campo práctico y de la acción) su personalidad, es decir el de pautear su acción desde los principios que le eran dictados por la razón". *Ibid.*, p. 154.

palabras del propio Rousseau, en el Contrato Social: “Los ciudadanos se someten a las condiciones que ellos mismos han acordado, por decisión libre y racional... Al darse cada uno a todos los demás (a través de la concurrencia al pacto social), no se da a ninguno en particular y, como no existe ningún miembro de la comunidad sobre el que no se gane el mismo derecho que a él se le permite sobre uno mismo, así cada uno recobra lo que entrega en la misma medida”¹²².

Así, la noción abstracta de sujeto, sujeto jurídico/sujeto de derechos, configurada en el palió constitucionalismo y fundada en los requerimientos de la realidad histórica y material del periodo y en la recepción normativa que el constitucionalismo hizo de los principios *ius* racionalistas, se configuró a partir de la subjetivización de los siguientes sujetos: 1º) Los mayores de determinada edad, los menores eran considerados seres con menor capacidad de comprensión y, por lo tanto, mientras no llegaran a la mayoría de edad (que fue variable en cada ordenamiento jurídico), no podían pertenecer a la comunidad política; 2º) Los que poseían bienes o realizaban una actividad lucrativa-remunerada que les permitía vivir de modo autónomo lo que aseguraba la pertenencia libre-autónoma a la comunidad política, no dependiente de otro¹²³; 3º) Los que no tenían condición servil, lo que significó la exclusión de los campesinos (rústicos-siervos de la gleba), trabajadores domésticos y esclavos que no cumplían con la condición de libertad; 4º) Los que supieran leer y escribir. La condición de letrado era la base para el uso de la razón y del acceso al conocimiento, lo que, a su vez, aseguraba que se tenía herramientas para decidir libre y soberanamente; y 5º) Los que no tuvieran discapacidades que les impidieran expresar claramente su voluntad. Era el caso de los ciegos y de los sordomudos^{124/125}. El sujeto de la Modernidad también estaba definido desde lo masculino, las mujeres quedaron excluidas. Respecto de ellas, se argumentó su falta de razón, la carencia de aquella racionalidad que se requería para la participación en la configuración del pacto social y la sociedad política¹²⁶. Marginadas del pacto

¹²² ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Biblioteca EDAF, Madrid, 1982, pp. 54 y 55.

¹²³ Esta idea está a la base de la construcción del modelo de la “democracia” censitaria, sólo son ciudadanos los que poseen recursos que aseguren la autonomía de la voluntad de modo libre.

¹²⁴ Aún en la actualidad los sordomudos que no pueden expresarse por escrito son absolutamente incapaces en el ordenamiento jurídico chileno, no pueden casarse, realizar contratos civiles de cualquier especie, el art. 1447 del Código Civil establece expresamente: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.”.

¹²⁵ HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁶ Rosseau es uno de los autores racionalistas que se refiere en sus trabajos de modo específico a la condición de la mujer en la sociedad, determinando que ella posee una alta espiritualidad, lo que configura su rol social fundamentalmente como un complemento del quehacer masculino en la sociedad. Este tema es analizado en detalle por

social, no eran parte de la sociedad civil, no participaban de la esfera pública de lo político ni de la esfera privada de la economía, estaban circunscritas al orden domestico-privado. Por lo mismo, ante la vindicación de igualdad (en la Ilustración) por parte de las mujeres¹²⁷, se respondió con el argumento de la naturalización del sexo y de la función social asociada a ello: se afirmó que la condición de las mujeres era pre-política y que estaba dada por el designio de la naturaleza^{128/129}.

Así, esta noción de persona construida por el constitucionalismo comprendió sólo al varón, libre, adulto, letrado y con patrimonio, subjetivando y determinando de esta manera al sujeto político, al sujeto jurídico y al sujeto de derecho y, a partir de allí, a la noción abstracta genérica de sujeto que será presentada como universal y neutra. Sólo quienes eran libres e iguales entre sí (personas en la concepción racionalista) podían manifestar su voluntad en el pacto social, sólo ellos tienen la condición para expresar libremente su consentimiento. Los que no tenían tal condición, no cumplían con los requisitos de racionalidad, libertad e igualdad para concurrir al pacto social, no eran sujetos políticos.

La noción de persona, sujeto político y sujeto de derecho fue recepcionada normativamente por el constitucionalismo, por lo que en las constituciones (norma positiva) elaboradas a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX, la condición de ciudadano¹³⁰ y la garantía y protección de los derechos

Rosa Cobo en su trabajo *Fundamento del patriarcado moderno: J.J. Rousseau*, 1995, y asimismo por Amelia Valcárcel en su trabajo *Feminismo en el mundo global*.

¹²⁷ Olympe de Gouges escribió en 1789 la propuesta a la Asamblea Nacional para su votación de la Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana y Mary Wollstonecraft escribió "Vindicación de los derechos de la mujer", que fue publicado en Inglaterra en 1792. Ambas feministas del siglo XVIII planteaban que la mujer debía ser parte integrante de la sociedad política. La primera, a través del reconocimiento expreso de los derechos propios del ser humano (son los mismos que la declaración de derechos del hombre) al sujeto mujer y con ello el reconocimiento de su condición de ciudadana. La segunda plantea que la razón, que es universal a todos los seres humanos, nos lleva unívocamente a que la igualdad es el principio que expresa la razón moral. Ver sobre estas autoras en Celia Amorós, y Rosa Cobo, "Feminismo e Ilustración". En: AMORÓS, Celia y MIGUEL, Ana (eds.). *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización*, Minerva, Madrid, 2005.

¹²⁸ En el periodo histórico de configuración del constitucionalismo, en Francia, se tomaron medidas que concordantes con el modelo social político excluyente, implicaron cerrar a las mujeres la participación en el debate político intelectual de la época. Así, en los primeros años de la Revolución Francesa se prohibieron y censuraron los clubes de mujeres y se presentó y debatió largamente un proyecto de ley que prohibía enseñar a leer a las mujeres. Al respecto ver: FRAISSE, Geneviève. *Musa de la razón. La democracia excluyente y la diferencia de los sexos*. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1991.

¹²⁹ Más allá de los fundamentos esgrimidos en el periodo para limitar la condición de ciudadana y sujeto de las mujeres. Las razones son más profundas y tiene que ver con la configuración de un orden social que se configuraba para asegurar el control de la sexualidad y capacidad reproductiva de las mujeres y apropiarse del trabajo de estas para asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo. De modo somero se ha abordado este punto en el capítulo primero y se analiza más detenidamente en el capítulo cuarto. Específicamente este tema es abordado en el Contrato sexual de Carol Pateman, Caliban y la bruja de Silvia Federici y Hacia una Teoría Feminista del Estado de Catherine Mackinnon.

¹³⁰ En el caso de Chile, la Constitución de 1833 establecía en su artículos 8º a 11º la regulación de la ciudadanía estableciendo: "Artículo 8º: Son ciudadanos activos con derecho a sufragio: Los chilenos que habiendo cumplido

les estaban reservadas sólo a quienes quedaban comprendidos en la noción de persona. Los y las demás no eran ciudadanos, no eran sujetos de derecho y la garantía y reconocimiento de los derechos respecto de ellos/ellas era inexistente.

Asimismo, la noción de sujeto abstracto de la Modernidad será recepcionada por el ordenamiento jurídico de derecho privado (derecho civil y comercial), el cual concordante con el constitucionalismo, regulará en el ámbito privado la condición de sujeto de modo que ésta sea funcional al determinado respecto de la esfera pública y de los principios y el orden social que plantea el racionalismo. En relación a las mujeres, su no ciudadanía y su rol social vinculado al cuidado y la reproducción, y por lo mismo a un orden familiar (esfera privada doméstica), implicará que se establecerá respecto de la mujer casada una capacidad jurídica limitada, que significará que en la vida jurídica deberá actuar representada por el marido o con autorización de un juez.

Sólo los que concurrían al pacto social eran integrantes de la comunidad social y política¹³¹, los demás quedaban fuera de ella. La incapacidad para realizar el contrato social implica que esos sujetos permanecen en un orden previo, un orden pre-social. Como señala Hespanha, tal concepción de exclusión de la comunidad reducía el porcentaje de ciudadanos activos, de sujetos de derecho en términos políticos. Las mujeres, los campesinos, los obreros, los indígenas, los menores, los pródigos, los insolventes (económicamente) y los discapacitados servían, conforme a

veinticinco años, si son solteros, i veintiuno, si son casados, i sabiendo leer i escribir tengan alguno de los siguientes requisitos:

1º Una propiedad inmueble, o un capital invertido en alguna especie de jiro o industria. El valor de la propiedad inmueble, o del capital, se fijará para cada provincia de diez en diez años por una lei especial;

2º El ejercicio de una industria o arte, el goce de algún empleo, renta o usufructo, cuyos emolumentos o productos guarden proporción con la propiedad inmueble, o capital de que se habla en el número anterior.

Art. 10. Se suspende la calidad de ciudadano activo con derecho de sufragio:

1º Por ineptitud física o moral que impida obrar libre i reflexivamente;

2º Por la condición de sirviente doméstico...”.

¹³¹ La filósofa política Carole Pateman en su libro “El contrato sexual” fue precursora en elaborar un análisis crítico, desde la teoría feminista, respecto de la teoría pacto social del racionalismo y del significado que esta construcción teórica tuvo para las mujeres, particularmente en lo que se refiere a cómo, en definitiva, se produjo la inserción de éstas en la sociedad civil y política de la modernidad. Así, al analizar el planteamientos de los autores clásicos del racionalismo, señala: “El recurso del estado de naturaleza se utiliza para explicar por qué, dadas las características de los habitantes en la condición natural, llevan a cabo un contrato original que es un acto racional.en los autores clásicos (con excepción de Hobbes) se sigue una diferencia en la racionalidad debido a la diferencia sexual natural... sólo los seres masculinos están dotados de los atributos y capacidades necesarias para realizar el contrato....sólo de los varones cabe decir que son individuos.” PATEMAN, Carole. *El Contrato Sexual*, op. cit., p. 15.

los principios del *ius* racionalismo recepcionados por el constitucionalismo, menos para la vida civil y la política¹³². Así se comenzó a edificar una democracia excluyente.

1.2. Crisis de la estructura político patriarcal.

El planteamiento teórico de los racionalistas respecto del modelo explicativo de la constitución del Estado permitió dejar atrás el planteamiento existente hasta el Renacimiento, basado en el modelo aristotélico, de la explicación de la constitución de la sociedad política. Uno y otro modelo explicativo tienen planteamientos muy diferentes en cuanto a la vinculación de la familia con la estructura política, lo que tiene implicancias en la relación del orden civil (social) y sus esferas del mundo público y privado. Esto, a su vez, tiene consecuencias respecto de la diferenciación entre sujeto mujer y hombre y su ubicación dentro de la sociedad civil.

El modelo aristotélico describe el origen del Estado a través de un proceso evolutivo gradual, que va desde un núcleo pequeño y original, la familia, a uno mayor, el Estado. Esto es el resultado de la unión o vinculación de los núcleos inferiores que van conformando núcleos intermedios. Este modelo explicativo tiene su base en una reconstrucción histórica, aunque sea una historia mítica o imaginaria, según la cual, partiendo desde un núcleo inicial simple, la organización va paulatinamente complejizándose en un proceso que podríamos denominar evolutivo, hasta conformar finalmente una sociedad última y perfecta: el Estado. En este modelo, la familia es el verdadero origen del Estado y constituye parte fundamental del mismo¹³³.

Así, en el modelo aristotélico, la familia, es decir un núcleo asociativo básico conformado a partir de relaciones familiares, es la médula de todas las formas sociales sucesivas. La familia como punto inicial comprende tanto la sociedad doméstica, las relaciones derivadas de la vida del hogar, como la sociedad patronal, relaciones derivadas de las actividades económicas de producción para el abastecimiento de la familia. Las relaciones en el núcleo familiar son jerárquicas y desiguales: relación entre *pater* (marido) y su mujer, *pater* (padre) e hijos y entre amo (*pater*) y siervos¹³⁴. Esta jerarquía se manifiesta, en el modelo del Antiguo Régimen, en el orden jerárquico del Estado.

¹³² HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, op. cit., p. 175.

¹³³ BOBBIO y BOBERO, *Sociedad y Estado...*, op. cit., pp. 57 a 60.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 62.

El modelo propuesto por el racionalismo se sustenta en una concepción completamente diferente. El punto de partida aquí es una concepción dual: un estado de naturaleza y una sociedad civil de carácter antagónico. El tránsito del primero a la segunda no es el resultado de un proceso continuo de complejización. Aquí, el estado de naturaleza en el que los individuos (hombre natural) son seres independientes unos de otros y no hay organización social, se abandona, para pasar al segundo a través de la realización del pacto social.

Lo anterior no significa que no existan sociedades naturales. Los racionalistas plantean incluso que en el estado de naturaleza existe un derecho que regula esas sociedades naturales (derecho natural privado) que son la familia y las asociaciones privadas. Pero estas sociedades naturales no tienen en el modelo racionalista rol alguno en la configuración de la sociedad política, ya que ésta al constituirse en virtud del pacto social sustituye al estado de naturaleza. El principio de legitimidad de la sociedad política será precisamente el pacto social como expresión del consenso, mientras que la sociedad doméstica y la sociedad patronal -como conjunción que expresa la familia- no tendrán rol alguno en la conformación del Estado, a diferencia del modelo aristotélico, donde la familia es su fundamento¹³⁵.

Al fundar el origen del Estado en la familia y establecer un *continium* entre esta y aquel, el modelo aristotélico, propone que la familia es parte constitutiva del Estado, por lo que sitúa como sujeto político al jefe de esa unidad fundante, el *pater*, que es quien ejerce las relaciones jerárquicas respecto de su mujer, de sus hijos y de sus siervos.

En el postulado racionalista, en cambio, sujeto político es todo aquel individuo que cumple con los requisitos de ser racional, libre e igual y que, por lo mismo, puede concurrir libremente a expresar su voluntad en el pacto social; el varón como sujeto político en general, independientemente de su condición de padre de familia. Los padres de familia dejan de ser los creadores del poder político, en la medida que ese rol es trasladado a todos los individuos de la comunidad¹³⁶.

La teoría *ius* naturalista y su modelo explicativo del origen de la sociedad política tuvo importantes críticos, provenientes fundamentalmente de círculos que defendieron la restauración monárquica luego de la Revolución Inglesa y, un siglo más tarde, tras la Revolución Francesa. Estos autores fueron coincidentes en fundamentar su crítica al racionalismo a partir de la revaloración del

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 85 y 86.

¹³⁶ COBO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 145 y 195.

modelo clásico aristotélico explicativo del origen del Estado, dando especial importancia “a la familia como origen de la sociedad política y como principal sede de la vida económica, el Estado es representado como una familia en grande”¹³⁷.

Así, en el siglo XVII se desarrolla una polémica entre patriarcalistas, que establecen como sujeto político al jefe de familia (*pater*) y fundan la base de la sociedad/política en la familia (orden jerárquico que se expresa en la sociedad), y contractualistas, que explican la sociedad/política en el pacto social constituido por los sujetos libres e iguales¹³⁸. El principal exponente de los primeros, Robert Filmer¹³⁹, cuyo trabajo “Patriarca o poder natural de los reyes” fue replicado por Locke (siendo esta réplica la base de la primera tesis de la obra de Locke *Dos ensayos sobre el gobierno civil* de 1698), dando paso al primer debate sobre el origen y fundamento del orden político que se desarrollara en el siglo XVII. Filmer plantea que la única forma de gobierno legítimo es la monarquía, ya que el fundamento del poder es el derecho que el padre tiene de mandar a sus hijos y los reyes son originalmente los padres¹⁴⁰. Según este autor, el derecho político se deriva del derecho paternal y monárquico que Dios le entregó a Adán, ello como cristalización de la historia (real o ficticia) de un origen del Estado en el núcleo primigenio de la familia¹⁴¹. Para Filmer, poder político y poder paternal coinciden, la autoridad de los reyes es la prolongación de la autoridad paterna, la única diferencia es un asunto de grados, pero el poder es el mismo¹⁴².

¹³⁷ BOBBIO y BOBERO, *Sociedad y Estado...*, op. cit., p. 65.

¹³⁸ Este debate se encuentra recogido en el trabajo de Norberto Bobbio “Sociedad y Estado en la filosofía política moderna. El modelo iusnaturalista”, quien explica el desarrollo de la propuesta *ius* naturalista en contraposición al planteamiento del modelo patriarcalista del Antiguo Régimen. Desde una perspectiva *ius* feminista, este debate se encuentra recogido en el trabajo de Carole Pateman “El Contrato Sexual” y en la obra de Rosa Cobo “Fundamento del patriarcado moderno: J.J. Rousseau”. Será Pateman quien, en un primer esfuerzo teórico por demostrar la configuración del modelo de dominación del sujeto mujeres que implicó la modernidad, recogerá el debate entre patriarcalistas y contractualistas respecto del rol de la familia en el modelo de configuración del nuevo orden social/político, lo que en la teoría feminista resulta central para explicar la asignación del sujeto mujeres a la esfera privada-doméstica y la pérdida de todo rol político-económico de la familia en el cambio del modelo del Antiguo Régimen a la modernidad fundada en el contractualismo.

¹³⁹ Robert Filmer (1588 – 1653), autor inglés defensor de la monarquía absoluta y de la doctrina del derecho divino del poder. Fue testigo de las luchas religiosas y del proceso de crisis político religiosa que antecede a la caída de la monarquía en Inglaterra en el siglo XVII, la que se expresa en la motivación y contenido de su obra. Los trabajos de Filmer se ubican dentro del debate sobre la obligación política y el origen del poder del monarca. Su principal obra fue “Patriarca o el poder natural de los reyes”, la que se publicó 30 años luego de su muerte en 1680 como panfleto político del partido *tory* en el contexto de su lucha por la soberanía de la corona frente al parlamento. Este texto es replicado punto a punto por Locke, dando origen así a la primera tesis del texto fundante del liberalismo “Dos ensayos sobre el gobierno civil” de 1698.

¹⁴⁰ BOBBIO y BOBERO, *Sociedad y Estado...*, op. cit., p. 66.

¹⁴¹ COBO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 149.

¹⁴² BOBBIO y BOBERO, *Sociedad y Estado...*, op. cit., p. 66.

En el siglo XIX, el principal exponente de los patriarcalistas será Carl Ludwing von Haller, quien funda parte de su propuesta en la obra de Filmer, señalando que el Estado no es más que una forma asociativa no distinta a las otras que existen salvo por su grado de complejidad. El Estado no es distinto a otras sociedades naturales -naturales en tanto creación del ser humano basada en su naturaleza social-; no es posible establecer una diferencia entre sociedades naturales (privadas) y sociedades civiles (políticas), todas son naturales, ninguna ha sido creada mediante actos de razón humana, sino que son el resultado de un procedimiento natural¹⁴³.

El objetivo de este planteamiento es refutar el modelo explicativo del racionalismo, basándose en la concepción patriarcal del poder político y en el planteamiento de la familia como base de sustentación del poder político. Con ello se pretende negar que haya una condición original constituida por individuos libres e iguales, como plantea el racionalismo. En palabras de Bobbio, “[u]na prueba *en contra* de la ruptura que el modelo *ius* naturalista introduce en la concepción clásica, y del significado ideológico-político que esta ruptura asume en el desarrollo de la reflexión sobre la formación del Estado moderno... [se da]: a partir del dominio casi incontrastado del modelo *ius* naturalista, periódicamente es desenterrado el modelo clásico, de manera particular se retoma la revaluación de la familia como origen de la sociedad política y principal sede de la vida económica...(concepción paternalista del poder político)”¹⁴⁴

Este debate expresa no sólo la diferente concepción de ambos modelos, sino también el problema que implica la superación del rol político de la familia y el poder del *pater* al interior de ella. El cambio respecto del orden patriarcal va a plantear una crisis en cuanto a cómo resolver, en el nuevo orden del racionalismo, el lugar de la familia¹⁴⁵ y el orden jerárquico (patriarcado) que se da al interior de ésta.

La ausencia del carácter de organización política de la familia en el modelo racionalista significa la privatización de la misma, el poder del *pater* sobre el núcleo doméstico y patronal pasa a ser privado. Ello implica que el orden patriarcal, su jerarquía, ya no es una cuestión de Estado (sociedad política) si no privada. Por lo mismo, quienes pertenecen al orden doméstico (mujer e

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 67 y 68.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴⁵ La familia en ambos ordenes sociales está configurada sobre la base de los parientes vinculados por relaciones familiares consanguíneas y de afinidad, como por los sirvientes domésticos necesarios para satisfacer las necesidades de domesticas de sobrevivencia de la familia. La referencia es al oikos parientes y domésticos constituyen la familia. Por lo mismo como se ve más adelante, en el constitucionalismo inicial, los sirvientes domésticos quedaron excluidos de la ciudadanía (norma chilena en *supra* 130), ya que eran parte del orden familiar doméstico.

hijos) y patronal (criados y servidumbre) no están dentro del orden jerárquico político sino privado.

¿Si la familia ya no está en el orden político, cuál será entonces su lugar y rol dentro del nuevo orden? Y lo que no es menos fundamental, ¿cuál será el lugar de los integrantes de la familia en la sociedad que ha emergido superando el estado de naturaleza?

La familia como sociedad natural pasa al nuevo orden social, pero como una sociedad privada no es parte del orden político, formará parte de la sociedad civil, pero estará relegada a la esfera privada. Las relaciones al interior de la familia no se transforman, el jefe continúa siendo el *pater*, sólo que ahora esta condición no lo convierte en sujeto político, será una autoridad del ámbito privado. En su calidad de sujeto, por cierto, el *pater* será parte de la sociedad política, ya que junto a los demás hombres libres concurrió con su consentimiento y dio origen a la sociedad política. Así, el *pater* se moverá en ambas esferas, la pública (sociedad política), en tanto hombre libre, ahora ciudadano, y en la privada, en tanto jefe e integrante de la familia.

La segunda interrogante se resuelve de un modo similar, los integrantes de la familia: esposa, hijos y siervos (sirvientes, dependientes domésticos), en tanto parte de la misma, serán miembros de la sociedad civil pero en su esfera privada y continuarán dependiendo y estando bajo la subordinación de su jefe, el *pater*. Ni unas ni otros serán parte de la sociedad política, ya que no son sujetos políticos, no han entregado su consentimiento a la formación de la sociedad política. No concurrieron al pacto social pues no eran personas libres y racionales. Si bien su pertenencia a la familia les da un lugar en la sociedad civil, este se limita a su ámbito o al de esfera privada, nunca a la esfera pública, puesto que no son ciudadanos¹⁴⁶.

Como vemos, será a partir del racionalismo con su modelo explicativo y fundante de la sociedad civil (Estado) y del sujeto político (ciudadano) que se producirá una disociación entre la esfera privada (doméstico-familia) y la pública (lo político). En palabras de Fraisse¹⁴⁷, ello representa la disociación entre la familia y la ciudad. Este modelo determinará la exclusión de las mujeres de la

¹⁴⁶ Geneviève Fraisse cita a Louis de Bonald en un texto que expresa claramente la idea de la época respecto de sujeto y sociedad política: "Hay tres clases de personas en la sociedad más que de la sociedad; la sociedad debe protegerlas, pero ellas no están hechas para defender a la sociedad; pertenecen a la sociedad natural más que a la sociedad política, a su familia más que al Estado. Se trata de los niños, de las mujeres y del pueblo, es decir, a quienes ejercen una profesión puramente mecánica. Es la debilidad de la edad, del sexo y de la condición (*Bonald, L. de, Du divorce, considéré aux XIX siècle relativement à l'état public de société*, Paris, 1801 ; *Ceuvres complètes*, Paris, 1839, pp. 260) ; FRAISSE, *Los dos gobiernos...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 15.

sociedad civil en la esfera pública, pero a su vez, determinará su forma de inclusión en la sociedad civil en la esfera privada, pero sólo en el ámbito privado doméstico, ya que tampoco serán integradas a la esfera privada de la producción.

Se estructura así un orden social con dos esferas: la pública -ciudadana- y la privada -una productiva y otra reproductiva y del cuidado¹⁴⁸-. Los hombres están asignados a la primera en tantos ciudadanos, a la privada productiva en tanto productores (dueños del capital o mano de obra asalariada) y a la privada-doméstica en tanto jefes de familia; la mujer en cambio, sólo a esta última. La asignación a cada esfera va a implicar roles sociales y tareas (trabajo social), que deberán cumplir en virtud de ello hombres y mujeres según la asignación establecida, los primeros el trabajo de lo público y de las actividades productivas (propietarios o trabajo productivo asalariado) y las segundas el trabajo del cuidado (economía del cuidado) y la reproducción, todos trabajo, no valorizado como tal y no remunerado; esto es lo que se denomina orden social sexual y que se expresa en materia de trabajo social en la división sexual del trabajo.

1.3. Las mujeres excluidas de la democracia y privatizadas.

La exclusión de las mujeres de la ciudadanía y de la condición de sujeto (sujetos de derecho), tenía una serie de expresiones concretas: Las mujeres no tenían derecho a voto, no podían ser elegidas ni presentarse a cargos de representación popular¹⁴⁹, no quedaban comprendidas en el reconocimiento y amparo de los derechos fundamentales de la persona humana ni de sus garantías¹⁵⁰. Tenían acceso limitado a la educación, el acceso a la educación primaria recién se comienza a extender en la segunda mitad del siglo XIX y la educación secundaria era casi

¹⁴⁸ La constitución de la esfera privada doméstica en la cual se desarrollan las tareas del cuidado y la reproducción, se conforma producto de un proceso ocurrido durante los siglos XVI y XVII que significó eliminar el valor del trabajo de las mujeres, produciéndose una separación en las actividades económicas, por una parte las productivas que tienen valor monetario y que se desarrollan fuera de la familia en el mercado y por otra parte las actividades reproductivas que se desarrollan en la familia al margen del mercado. Este tema se aborda con más detalle y particularmente respecto de la implicancia en las mujeres en la conformación del orden social y jurídico de la modernidad en los siguientes capítulos. La explicación histórica del proceso es estudiada en el texto de Silvia Federici "Calibán y la Bruja".

¹⁴⁹ En 1874, en la ciudad de San Felipe en Chile, un grupo de mujeres mayores de edad solicitaron su inscripción electoral, aduciendo el derecho de ciudadanía sin distinción de sexo que consagraba la constitución vigente (ver norma cita *supra* 130). No se les permitió inscribirse y se procedió a reformar la ley electoral, incorporando una norma que prohibía expresamente el voto a las mujeres. GAVIOLA, Edda; JILES, Ximena; LOPRESTI, Lorella y ROJAS, Claudia. *Queremos Votar en las próximas elecciones: Historia del movimiento femenino chileno 1913-1952*. Coedición de "La Morada"/Fempres-Ilet/Isis/Librería Lila y Centro de Estudios de la Mujer, Santiago de Chile, 1986, p.19.

¹⁵⁰ Las mujeres casadas no tenían derecho a la inviolabilidad de su correspondencia, ya que se permitía al marido interceptar las cartas dirigidas a su mujer, incluso utilizarlas en su contra en caso de juicio de divorcio no vincular. ARNAUD-DUC, Nicole. "Las contradicciones...", *op. cit.* p.111.

inexistente (los primeros liceos públicos para mujeres se crean a fines del siglo XIX y comienzos del XX¹⁵¹) y la educación universitaria no les estaba permitida¹⁵².

Excluidas así del orden jurídico de la sociedad política, las mujeres quedarán circunscritas en términos de su condición de persona al ámbito de la esfera privada. Serán consideradas por el derecho, pero no en su condición de sujetos, sino en tanto parte de la familia. El derecho regula su pertenencia a la familia y sus relaciones al interior de su familia de origen (filiación) y de la familia a la que se adscribe (matrimonio). Para el derecho, la mujer sólo existe como hija, cónyuge y madre, figura secundaria que se define en relación con el hombre (jefe de familia), único sujeto de derecho¹⁵³, en el ámbito público, en tanto ciudadano, y en el privado-doméstico, en tanto jefe de familia.

La regulación en el ordenamiento jurídico respecto de las mujeres está en relación con el cambio del orden político/social y la crisis del orden patriarcal. La familia en el nuevo orden cumplirá dos roles, por una parte, constituirá la sociedad jerárquica donde se ejercerá el control y sujeción de las mujeres y, por otra, será la esfera de garantía de la mantención del patrimonio (jerarquía y patrimonialidad). Por ello, el derecho (civil y penal) regula y ampara un orden de las familias que asegure el cumplimiento de este doble rol, este será el de la familia constituida a partir del contrato de matrimonio¹⁵⁴ establecido y regulado por el derecho, la que se denomina familia

¹⁵¹ En Francia, en 1881, se decide la creación e instalación de colegios femeninos...habrá que esperar hasta 1925 para que se proclame la igualdad de enseñanza. En Francia e Inglaterra la educación secundaria es básicamente privada, como en Estados Unidos y en Rusia. DUBY, George y PERROT, Michelle. Historia de las mujeres siglo XIX tomo 7. Editorial Taurus, Madrid, 1993, p. 100. En Chile en 1891 se crea en Valparaíso el primer liceo de niñas y en 1895 en Santiago. LABARCA, Amanda. Historia de la enseñanza en Chile. Imprenta Universitaria, Santiago, 1939, pp. 200 y 201. En: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0000181.pdf>.

¹⁵² En toda América y Europa existieron normas jurídicas que no permitían el ingreso a la universidad de las mujeres. Durante la segunda mitad del siglo XIX y primera del siglo XX, se fue derogando esta prohibición y estableciendo expresamente la autorización para el estudio. A modo ilustrativo se presenta el caso chileno: En febrero de 1877, el entonces Ministro de Instrucción Pública, Miguel Luis Amunátegui, dicta el decreto que faculta a las mujeres a la validación de exámenes ante comisiones universitarias. El decreto establecía:

“Considerando:

1° Que conviene estimular a las mujeres a que hagan estudios serios y sólidos;

2° Que ellas pueden ejercer con ventaja alguna de las profesiones denominadas científicas;

3° Que importa facilitarles los medios de que puedan ganar la subsistencia por sí mismas, decreto:

Se declara que las mujeres deben ser admitidas a rendir exámenes válidos para obtener títulos profesionales, con tal que se sometan para ello a las mismas disposiciones a que están sujetos los hombres” Esta norma permitió que en 1884 se titulara la primera mujer médica en toda Sudamérica en la Universidad de Chile, Eloísa Díaz. SÁNCHEZ MANRÍQUEZ, Karin “El ingreso de la mujer chilena a la universidad y los cambios en la costumbre por medio de la ley 1872-1877”. *Historia No 39, Vol. 2*, julio-diciembre 2006: 497-529. Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. En: www.scielo.cl.

¹⁵³ ARNAUD-DUC, “Las contradicciones...”, *op. cit.*, p.92.

¹⁵⁴ Carole Pateman en su libro “El contrato sexual” sostiene que el matrimonio, en la modernidad, y su regulación establecida por la legislación civil, expresa simbólicamente el contrato sexual, que junto a la configuración

legítima.¹⁵⁵ Por ello la institucionalidad normativa jurídica referida a familia de un modo concordante y coherente regulará, reconocerá y amparará a la familia legal/legítima, configurando a esta como el modelo de familia. Este orden normativo se estructura y regula en torno a la jerarquía y potestades y aseguraba la conservación del patrimonio a través de la herencia y la descendencia legítima.

Este orden familiar se convirtió en un modelo, fundamentalmente en lo relativo a las jerarquías, más allá del vínculo legal (“legítimo”), ya que expresa un modelo de relaciones familiares que se estructuran en un orden jerárquico respecto de la mujer (y de los hijos). Orden que existe más allá de la normativa y materialidad de la familia legítima, por lo que el “orden jerárquico de la familia” supera y sobrevive a las reformas más recientes, que implicaron la derogación de la potestad marital a fines del siglo XX.

La normativización de la familia en el proceso de codificación¹⁵⁶ decimonónico, en tanto institución desprovista de rol político y económico, no podía ser abordada ni desde el derecho público ni desde el ámbito de la regulación de los bienes (salvo la regulación de los bienes del patrimonio familiar), por lo que se constituyó un orden jurídico específico que normó a la familia regulando y consolidando el orden familiar y las relaciones familiares correspondientes a dicho orden (obligaciones y derechos entre los miembros de la familia y el orden jerárquico de esta). Específicamente, esta normativa se estableció en el Código Civil y Código Penal, lo que cada uno desde su especificidad, regulan el orden de la familia y, por ese medio, el orden jurídico de la mujer y su capacidad jurídica. Los códigos señalados regulan el ámbito privado y la patriarcalidad.

del nuevo orden social (orden sexual), determinan el modelo de dominación y subordinación patriarcal de la modernidad (sistema sexo género). PATEMAN, *El contrato...*, op. cit., pp. 141 a 161.

¹⁵⁵ El mismo nombre de “familia legítima” que recibe la familia constituida conforme a la normativa legal, da cuenta del valor jurídico y moral que el derecho le otorga.

El concubinato no estaba regulado y su referencia era menor en la legislación civil, no constituía familia, la descendencia ilegítima implicaba obligaciones disminuidas para el padre y no había derecho a herencia (salvo por testamento). En términos genéricos estas formas familiares eran denominada por la literatura jurídica y jurisprudencial familias ilegítimas.

¹⁵⁶ Luego de los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII y del XIX, los países en Occidente se abocan a la tarea de contar con una nueva legislación en derecho privado, penal y procesal, que sea concordante con los postulados del racionalismo y de su orden normativo de la sociedad política, el constitucionalismo. Este proceso se denomina codificación, la que se puede definir como la técnica jurídica que busca establecer en normas positivas los principios del racionalismo sobre sistematicidad material del ordenamiento jurídico para constituir un todo armónico y coherente con las garantías constitucionales en las diversas áreas jurídicas como civil, procesal, comercial y otras, dándose paso a la elaboración de los códigos de derecho civil, comercial, penal y procesal.

La familia, que incluye a las personas con vínculo de matrimonio, de filiación y de servidumbre¹⁵⁷, será regulada, por la legislación privada civil (Código Civil) en relación a la configuración y constitución de un orden familiar, que implicó determinar su constitución (contrato de matrimonio), derechos y obligaciones entre los cónyuges, filiación, capacidad jurídica de unos y otros y el patrimonio de la familia¹⁵⁸.

La familia legítima nace jurídicamente a partir de un acuerdo de voluntades entre un hombre y una mujer (hasta ese momento plenamente capaz si es mayor de edad): el contrato de matrimonio, establecido en la legislación civil como un contrato especial que fija los requisitos y los efectos del mismo. La legislación pos revolucionaria (francesa) lo declaró indisoluble. El marido es el jefe de la familia, respecto de su mujer tiene la potestad marital que consiste en el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de su mujer¹⁵⁹. En virtud de esta potestad, en el modelo normativo jurídico expreso hasta antes de las reformas en el siglo XX¹⁶⁰, el marido le debe protección a su mujer y ésta le debe a él obediencia, lo que la obliga a vivir en el hogar conyugal, el domicilio de la familia es fijado por el *pater* (por ello sólo la esposa comete abandono de hogar). Respecto de los hijos, ambos comparten el deber de cuidado mientras vivan juntos, sino lo tiene la madre, pero la patria potestad, es decir, la facultad de administrar los bienes de los hijos y ser su representante, es solo del padre, y solo recaerá en la madre ante la ausencia de este. Hasta alcanzar la mayoría de edad, los hijos e hijas son jurídicamente incapaces y están bajo la tutela del padre. La cónyuge es relativamente incapaz, y al igual que sus hijos e hijas menores adultos, no puede actuar por sí misma en la vida jurídica si no que requiere un tutor, que es el marido. Todos sus bienes son administrados por su cónyuge, tanto los que adquiera durante la vigencia del matrimonio, ya sea por herencia o donación o los que obtenga con su trabajo, y también los que tenía en propiedad antes de casarse. La falta de

¹⁵⁷ Norma de la Constitución 1833 que limita la ciudadanía a los sirvientes domésticos ver nota *supra* 130.

¹⁵⁸ Este tema es analizado desde un punto de vista histórico Nicole Arnaud-Duc en "Las contradicciones del derecho". Historia de las mujeres. Tomo 7; y por Michelle Perrot y Anne Martin-Fugier en "Los actores". *Historia de la vida privada*. Tomo 4.

¹⁵⁹ En la versión de 1855 y hasta su derogación en 1989, el artículo 132 Código Civil chileno consagraba la potestad marital en los siguientes términos: "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre los bienes y persona de la mujer.". En: books.google.cl/books?id=jIYzAQAAAMAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true.

¹⁶⁰ En Chile, las normas sobre deberes y derechos en el matrimonio y patria potestad fueron modificadas a fines de la década del 80 del siglo XX. En los demás países de América Latina, esta modificación ocurrió en general en la década anterior. En Europa, las reformas se hicieron, de modo muy variado entre comienzos del siglo XX y la década del 70 de ese siglo.

capacidad de la mujer casada significa que no puede realizar acto jurídico alguno, no sólo respecto de los bienes, sino también de su persona. Por lo mismo, no puede ser tutora ni trabajar sin autorización del marido.

Las mujeres mayores de edad célibes o viudas, tienen autonomía y capacidad, ya que no están bajo el poder del marido. Emancipadas del hogar familiar, no están jurídicamente bajo la tutela de un jefe de familia, son absolutamente capaces en la vida jurídica, pero no son ciudadanas.¹⁶¹

La regulación jurídica del orden de la familia junto con el Código Civil, será normada por la legislación penal, la cual establece como bien jurídico protegido el “orden de las familias y la moralidad pública”¹⁶² en aquellas materias relativas a familia. En materia de delitos sexuales, particularmente en el caso de violación, sólo se configura este tipo penal si la agresión sexual consiste en obligar a una mujer a realizar el acto sexual con penetración vaginal fálica (masculina), no existía la violación entre cónyuges (el deber de cohabitación contemplaba la realización del acto sexual) y era eximente de responsabilidad penal para el violador, si éste se casaba con la mujer violada. El bien jurídico protegido era un orden familiar, con la finalidad específica de evitar la filiación ilegítima. Por ello no es delito la violación entre cónyuges y se exime de responsabilidad al violador que se casa con la mujer violada.

El bien jurídico del orden de las familias comprendió también el delito de aborto y el adulterio. El de adulterio protegía el orden y filiación de la familia legítima¹⁶³ y el del aborto establece control sobre la sexualidad de las mujeres como parte del orden familiar. De hecho, cometer aborto para ocultar la deshonra era atenuante de responsabilidad¹⁶⁴, es decir, ocultar la filiación fuera de la familia, fuera de la filiación legítima, fuera del control del *pater*.

¹⁶¹ La realidad y conceptualización de las mujeres solas (solteras o viudas) es abordado en: Cécile Dauphin, “Las mujeres solas”, En: *Historia de las mujeres*. Tomo 8. DUBY, Georges y PERROT, Michelle. Editorial Taurus, Madrid, 1993.

¹⁶² En el caso chileno este era el bien jurídico protegido, en el texto original señalaba: “Crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”; se modificó en el 2004 (Ley n°19.927), agregándole al bien jurídico existente “y contra la integridad sexual”. Es decir se ampara conjuntamente el orden familiar, moral y la integridad de las personas en materia sexual.

¹⁶³ El Código Penal chileno establecía el delito de adulterio de modo que respecto de la mujer se configuraba si tenía relaciones sexuales con un tercero que no fuera su marido, en cambio el marido sólo cometía adulterio si llevaba a la “manceba” a vivir al hogar común o la tenía fuera de este con escándalo. En cualquier caso la pena para el marido era más baja que para la mujer y en el caso de la manceba su pena era el destierro, lo que no ocurría con el hombre coautor del delito de adulterio. El adulterio como delito penal se deroga en 1994 (LEY N° 19.335).

¹⁶⁴ El Código Penal chileno establece expresamente al respecto: “Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”

En el derecho penal, las mujeres sólo eran parte del orden de las familias y su función social y consideración como sujeto jurídico se establecía en relación con este orden. El derecho penal decimonónico forjó para ellas delitos específicos que consagraban que sus cuerpos no les pertenecían¹⁶⁵.

Para el derecho de la Modernidad, en el siglo XIX, las mujeres no estaban consideradas dentro de la concepción abstracta de persona sobre la que se fundaba la ciudadanía, no eran sujetos de derechos, y en la esfera privada-doméstica, quedaban bajo la tutela del *pater* dentro del orden de la familia. En otras palabras, estaban por completo fuera del ámbito de los derechos y bienes liberales.

Así, desde la Revolución francesa, se afirmará la disociación entre lo doméstico y lo político, entre la familia y la ciudad, distinguiendo por esta vía también dos esferas de gobierno: el gobierno doméstico y el gobierno político. El gobierno abarca así un poder político de los ciudadanos y un poder doméstico del *pater*. Esta distribución del poder y la relación entre ellos determinará la forma como se ha configurado la ciudadanía de las mujeres durante los dos siglos siguientes¹⁶⁶.

2. Los cambios en el siglo XX.

2.1. El avance de la democracia.

Hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX, se produce en Occidente un proceso de avance y ampliación de la democracia. En este periodo, hubo fundamentalmente un reconocimiento de ciudadanía política a nuevos sujetos, se amplió la ciudadanía a quienes no poseían bienes, poniendo fin a las democracias censitarias; se rebajó la edad para ser ciudadanos y se otorgó ciudadanía a quienes estaban excluidos por razones raciales. Esto implicó que para los varones la ciudadanía fue calificada como universal, pasando de un total de ciudadanos que no superaba el 8 por ciento de los varones mayores de edad en el último tercio del siglo XIX a un 70 por ciento de varones adultos al finalizar la segunda década del siglo XX¹⁶⁷. Este proceso también implicó el reconocimiento de nuevos derechos y la garantía de estos derechos respecto de los nuevos ciudadanos. El avance en materia de derechos significó el reconocimiento y garantía de los

¹⁶⁵ VALCÁRCEL, *Feminismo en...*, op. cit., p.74.

¹⁶⁶ FRAISSE, *Los dos gobiernos...*, op. cit., pp. 15, 16, 17 y 156.

¹⁶⁷ HOBSBAWM, Eric. *La era del imperio*. Crítica Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998, pp. 95 y 96.

derechos económicos y sociales; como el derecho a la educación y el derecho al trabajo, que en este último caso implicará además el surgimiento de la legislación laboral y social; implicó también cambios en el contenido de derechos ya existentes como fue en el caso del derecho de propiedad, que fundado en el constitucionalismo del Estado social se configura y regula la función social de la propiedad.

En este proceso, los grandes movimientos sociales de la época tuvieron un rol central, fundamentalmente los movimientos obreros y antiesclavistas. Estos impulsan y determinan de modo importante el avance y ampliación de la democracia; sus demandas y movilizaciones logran el reconocimiento de ciudadanía de los asalariados, campesinos y negros; la consagración de los nuevos derechos y las garantías de éstos. El proceso de ensanchamiento democrático se nutrió, además, de los procesos resultantes del fin de los imperios europeos, de las dos guerras mundiales y de la reacción al desarrollo de los totalitarismos europeos en la primera mitad del siglo pasado¹⁶⁸. Así, luego de la Segunda Guerra Mundial, Occidente retoma el liberalismo constitucional, pero con profundos cambios políticos, pasando a conformarse, en una primera etapa, un modelo de constitucionalismo democrático, al que posteriormente algunos países incorporan un modelo de democracia social. Ello se tradujo en procesos que reforzaron y complementaron la idea de ampliación de ciudadanía e implicaron, además, una creciente inclusión política y social, a través del desarrollo de diversas (algunas nuevas) formas de ejercicio de la soberanía y la ampliación del catálogo de derechos. Todo lo anterior impactó de un modo fundamental en la concepción del alcance, contenido y protección del principio (y derecho) de igualdad, se hizo más omnicompreensivo. También tuvo una profunda influencia en la concepción sobre el alcance del ejercicio de los derechos para los nuevos sujetos ciudadanos.

También fueron de gran importancia en el proceso de ensanchamiento democrático, el desarrollo de nuevas doctrinas jurídicas que, críticas al racionalismo decimonónico, estructuraron nuevas concepciones, principios y doctrina jurídica sobre el derecho, la noción del sujeto jurídico (ciudadanía y capacidad), derechos fundamentales y el ejercicio y goce de los mismos. Estas doctrinas, configuradas básicamente por el positivismo, por las diversas concepciones socialistas (desde los socialismos utópicos hasta el socialismo marxista y neo marxista), por las escuelas críticas del derecho y por el neo contractualismo y el garantismo, implicaron una nueva propuesta

¹⁶⁸ Al respecto, ver en: HOSBSBAWN, Eric. "Panorámica del Siglo XX". En: *Historia del Siglo XX*. Crítica Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998, pp. 11 a 26.

dogmática jurídica y plantearon cambios y nuevos contenidos a los derechos fundamentales, a la forma de su reconocimiento o consagración positiva, a la protección y garantía de los mismos, así como cambios sustanciales en las formas de organización política.

El reconocimiento de ciudadanía respecto de nuevos sujetos y la noción jurídica de universalidad de derechos tuvo una incidencia directa en la concepción jurídica de persona y de sujeto de derecho, ampliando este concepto e incorporando a las personas (hombres) que habían logrado la ciudadanía. Concordante con los postulados del racionalismo -base del ordenamiento jurídico de la Modernidad, que plantea a través de la teoría pactista, que quienes concurren al pacto social y con su voluntad dan origen a la sociedad política son en ésta los ciudadanos, los sujetos de derecho-, se amplió la noción jurídica del sujeto jurídico, la noción jurídica de persona. En palabras de Ferrajoli: "... que los sujetos con referencia a los cuales se predica la universalidad [de los derechos fundamentales] se ha ampliado progresivamente con la creciente extensión de los conceptos de persona, de ciudadano y de capaz de obrar, este es un hecho histórico que refleja una opción ético política que se puede compartir a priori en el plano de la filosofía política, y que puede ser puesta de manifiesto a posteriori por los discursos historiográficos y dogmáticos relativos a los ordenamientos (jurídicos específicos)¹⁶⁹".

Sin embargo, este proceso de primer avance de la democracia no contempló a las mujeres. Las sucesivas ampliaciones de ciudadanía y la extensión de derechos de fines del siglo XIX y comienzos del nuevo siglo tuvieron en consideración a diversos grupos de varones, mas no a las mujeres. Al finalizar la primera década del siglo XX, ya se había extendido mayoritariamente la ciudadanía masculina en Europa, Oceanía y en toda América, acuñándose el término de democracia universal. Esto, sin embargo, no era real, ya que las mujeres, recién en la década siguiente comenzaron a obtener la ciudadanía y en algunos países, incluso, debieron esperar hasta la década del 70.

El proceso de ampliación de ciudadanía de las mujeres (y su consiguiente extensión de los derechos) fue un proceso lento e irregular. Se fueron reconociendo, en ciertos casos, derechos en materia de ciudadanía económica, ampliando su capacidad jurídica laboral, primero, y luego civil (en algunos países se concede recién en la década del 70 y 80 del siglo XX), y en materia de ciudadanía política, esta se extiende mayoritariamente luego de la Segunda Guerra Mundial.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, *Los fundamentos de los...*, op. cit., p.145.

Para lograr ser consideradas sujetos de la democracia, las mujeres tuvieron que constituir sus propias organizaciones, con sus propias demandas, al margen o en paralelo a las organizaciones masculinas, como partidos políticos, sindicatos o clubes.

La lucha por el derecho a voto de las mujeres (ciudadanía política) y el acceso a la educación fueron las principales propuestas del movimiento sufragista¹⁷⁰, entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX. Nueva Zelanda fue el primer país en el mundo en conceder el derecho a voto de las mujeres, en 1893. Luego vendrán los países europeos, generalizándose este proceso en Occidente luego de 1945. Los últimos países europeos en concederlo fueron Suiza y Portugal, en 1971, el primero a nivel federal y el segundo en términos generales, y Liechtenstein que lo concedió recién en 1984¹⁷¹.

El derecho a la educación logró en Occidente un reconocimiento más temprano. En el primer tercio del siglo XX, la mayoría de los países habían modificado sus legislaciones de modo de eliminar la prohibición de acceso de las mujeres a la educación superior, e incluso algunos estados consagraron expresamente el derecho de acceso educación igualitaria, a través de leyes dictadas para ese efecto.

Junto con el sufragismo, surgirá otra vertiente organizativa de las mujeres que planteará demandas de reconocimientos de derechos e igualdad. Estas fueron las expresiones femeninas de las organizaciones sindicales y políticas del movimiento obrero. Así, se crearán sindicatos de mujeres y los partidos socialistas y comunistas, así como las internacionales, crearan las secciones femeninas¹⁷². Los planteamientos de estas organizaciones se refirieron fundamentalmente a la obtención del reconocimiento de derechos laborales para las mujeres trabajadoras, ya fueran los de los trabajadores en general, como la jornada laboral, o específicos, como los de protección de las trabajadoras embarazadas.

El reconocimiento de su condición de trabajadora, que implicó la inclusión de las mujeres en los derechos laborales que se fueron otorgando a los trabajadores en general y la dictación de normas específicas para la mujer trabajadora (maternidad y exclusión de trabajos pesados), significó para

¹⁷⁰ “El sufragismo fue un movimiento de agitación internacional presente en todas las sociedades, que tomó dos objetivos concretos: el derecho al voto y los derechos educativos” VALCÁRCEL, *Feminismo en...*, op. cit., 85.

¹⁷¹ Hay países donde aún las mujeres no tienen derecho a voto, como Arabia Saudita, el Líbano y el Vaticano.

¹⁷² El día internacional de la mujer (8 de marzo) se consagró inicialmente como día internacional de la mujer trabajadora por la Internacional de mujeres socialistas en su segunda conferencia (Dinamarca 1910), cuyo objetivo fue lograr la igualdad de derechos para la mujer trabajadora, incluido el derecho a voto. En 1977, Naciones Unidas lo institucionaliza como día internacional por los derechos de la mujer.

la mujer soltera mayor de edad, el reconocimiento de su condición de sujeto jurídico para ser parte de un contrato de trabajo, para recibir el salario por su trabajo y disponer de él. Respecto de la mujer casada, las normas sobre capacidad y administración de los bienes que se establecían en los códigos civiles continuaban vigentes, por lo que las mujeres no podían trabajar, ni realizar los actos jurídicos relacionados con el trabajo (ya fuera el propio contrato de trabajo o contratos específicos vinculados a la actividad que se desarrollaba o la afiliación a un sindicato) sin la autorización del marido (expresa o presunta) ni disponer libremente de su salario¹⁷³ (los bienes del matrimonio los administra el marido).

La nueva legislación social consideró a las mujeres, no como un sujeto trabajador sino más como un sujeto trabajador especial, como señala Pateman, más bien siempre fueron consideradas mujeres a las que debía protegerse por su minusvalía, dependencia y su sujeción a la familia. De esta manera, se limitó la posibilidad de realizar determinados trabajos y faenas (prohibición del trabajo minero, nocturno, insalubre y donde se expusiera a actividades licenciosas¹⁷⁴), se le protegió en su condición de madre y única responsable de la procreación, se reguló su jornada de trabajo y se la amparó como cónyuge del trabajador. Esto último implicaba que solo ellas podían ser beneficiarias del derecho a montepío en caso de viudez; el hombre trabajador, en tanto proveedor del hogar en su calidad de jefe de familia, no tenía derecho a montepío. En otras palabras, se le reconoce como trabajadora, pero sin que ello suponga la ruptura de su vínculo y pertenencia al ámbito de la familia (esfera doméstica privada) lo que implica mantener el orden del cual ella es parte y su rol social, orden que determina el contenido de las normas que la regulan como trabajadora.¹⁷⁵

Estos cambios en la institucionalidad jurídica constituyeron un hito importante, ya que la ciudadanía no sólo era el derecho a voto y a ser elegida, sino era también el reconocimiento de la titularidad, goce y garantía de derechos, en definitiva, constituirse en sujeto de derechos en lo más literal del concepto. La obtención de la ciudadanía y el reconocimiento de derechos implicaba

¹⁷³ En algunos países, se modificó el ordenamiento jurídico en términos de establecer expresamente el derecho de las mujeres para disponer libremente de su salario. En Inglaterra se hizo en 1870 y en Francia, en 1907. SOHN, Anne-Marie. "Los roles sexuales en Francia y en Inglaterra: una transición suave". En: *Historia de las mujeres*. Tomo 9. DUBY, Georges y PERROT, Michelle, Editorial Taurus, Madrid, 1993, p.111. En América Latina este proceso fue más tardío las correspondientes reformas legales respecto a la libre disposición del salario se realizaron entre la década del 30 y del 60. Específicamente en Chile, en la década del treinta legisla el patrimonio reservado de la mujer casada.

¹⁷⁴ Hubo legislación laboral que limitaba el trabajo de las mujeres allí donde tuvieran acceso a textos o dibujos licenciosos; un caso de ello fueron las imprentas. ARNAUD-DUC, "Las contradicciones...". *op. cit.*, p.102.

¹⁷⁵ En el Estado social, como se verá más adelante, se reguló el salario familiar, el cual estaba conceptualizado como aquel se le pagaba el obrero, y que debía cubrir las necesidades fundamentales de su núcleo familiar.

igualdad, al menos teórica, respecto de todos los demás ciudadanos (los varones), igualdad ante la ley y en la ley. A partir de la concesión de ciudadanía a las mujeres, fue posible afirmar, sin faltar del todo a la verdad, que el voto se había vuelto universal (universalidad que solo sería absoluta tras el reconocimiento al derecho a voto de los y las analfabetos y discapacitados que se concedió aún más tarde), que la democracia era universal y que los derechos lo eran también.

Cabe preguntarse, qué significó efectivamente para las mujeres, en cuanto a la noción jurídica de sujeto, lograr la capacidad jurídica política. Habría que plantearse si a este respecto es correcta la afirmación de Ferrajoli, que sostiene que la noción de sujeto se ha ampliado progresivamente con la extensión de los conceptos de persona, de ciudadano y de capacidad de obrar¹⁷⁶.

Veamos, las mujeres logran pertenencia a la sociedad política, pero el orden social sexual que determina su espacio y rol social no ha sido modificado en términos estructurales por la ampliación de la ciudadanía y el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de éstas. Las mujeres continúan asignadas socialmente a la esfera privada doméstica y es allí donde se sigue determinando la constitución de su subjetividad como sujeto y su función social, que está definida por el trabajo (no productivo) del cuidado y la reproducción. A su vez, el orden familiar (exista vínculo legal o no) continúa estructurado sobre un modelo de relaciones jerárquicas en las cuales la mujer ocupa un lugar de subordinación. El orden estructurado a inicios de la Modernidad no ha cambiado en lo sustancial; hombres y mujeres continúan definidos y constituidos por esferas diversas. La disociación entre la familia (esfera privada doméstica) y la ciudad, no se modificó; la mujer logra derecho (jurídico) a participar en la ciudad, pero mantiene su lugar en la jerarquía de la esfera privada familiar, la que se extiende con su carga de desvalorización a las demás esferas.

La noción jurídica de persona en lo formal se amplía, es verdad, la noción de sujeto ciudadano comprende ahora formalmente a las mujeres, el sujeto declarativamente ya no es sólo masculino, porque hombres y mujeres son ciudadanos. Sin embargo, ello es formal, ya que al no modificar el orden social sexual, la configuración de la noción abstracta de sujeto elaborada a inicios del constitucionalismo se mantiene intacta, continúa subjetivada por los mismos parámetros. En la medida que el orden social y la institucionalidad a partir de la cual se configura y construye esta noción, así como la noción de sujeto jurídico, sujeto de derechos, ciudadano y ciudadanía, no ha

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. En: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 40 - 41.

sido modificada, el modelo estructurante continúa siendo el mismo. El sujeto mujer ha logrado el reconocimiento de la ciudadanía, pero el modelo que subyace a esta, al sistema de los derechos fundamentales y a la igualdad, está configurado sobre la base de una noción de sujeto que no la recepciona en su integralidad subjetiva, sino fundamentalmente como alteridad al sujeto abstracto, como otro, por lo que su ciudadanía está limitada. Como dice Fraisse, las mujeres dejaron de estar excluidas para pasar a estar discriminadas, la democracia no fue portadora de la igualdad para ellas¹⁷⁷. Se produce una ambivalencia, el reconocimiento de ciudadanía le otorga existencia en la sociedad política y en ese sentido deja atrás la exclusión, pero tal carta de nacimiento a la vida pública no la hace un igual; no es igual, ya que su condición jurídica permanece disminuida y circunscrita como identidad a la esfera privada a la familia. Ello va a implicar que el derecho de igualdad respecto de la mujer continúe siendo declarativo.

De esta manera, el otorgamiento de ciudadanía en el caso de las mujeres estuvo aún más lejos de transformarlas en iguales que en el caso de los varones excluidos inicialmente de la ciudadanía, en la medida en que la subjetividad femenina solo se recepcionó como alteridad. Para efectos de los varones, en cambio, el concepto de ciudadanía contiene desde un principio la subjetividad masculina y de esta manera la inclusión de nuevos grupos de varones no sólo fue formal sino sustancial. Su configuración de sujeto estaba ya expresada en las concepciones de ciudadano, de sujeto jurídico y de sujeto de derecho, a pesar de las diferencias de clase, raza, discapacidad y condición sexual, que pudieran mantenerse y que han implicado limitaciones a su ciudadanía. Estas circunstancias, por lo demás, también se expresan respecto de las mujeres, que se ven afectadas por lo que se denomina doble o triple discriminación, es decir, la de género y, además, la racial, de clase y/o de opción sexual, por nombrar algunas.

2.2. Los avances en materia de derecho privado e igualdad.

Los procesos de cambio en materia jurídica durante el siglo XX no se limitaron al ámbito de la ciudadanía política y el reconocimiento de la mujer trabajadora. En este período se desarrolló también un proceso de reformas al ordenamiento jurídico referentes a la regulación del matrimonio y la familia, en materia civil y penal, proceso que va a tener su propio derrotero con características específicas. Este proceso ocurrió de un modo gradual, a través de la reforma de

¹⁷⁷ FRAISSE, *Los dos gobiernos...*, op. cit., p. 55.

ciertas instituciones o la derogación de otras, habiendo aún países donde este proceso de reformas está inacabado. Así, se fue modificando, con mayor o menor profundidad y de diversas maneras, la potestad marital, la patria potestad, los regímenes patrimoniales del matrimonio, la capacidad jurídica de la mujer, la regulación del divorcio, la regulación de los delitos sexuales, el aborto, el adulterio. Este proceso se orientó fundamentalmente a mejorar la condición jurídica de la mujer, sin embargo, al igual que los cambios en materia de ciudadanía política, las reformas planteadas para alcanzar este objetivo se diseñaron e implementaron sin modificar la estructura que consagraba un orden respecto del espacio público y privado, un rol social de la mujer, un orden de las familias (asegurar el mantenimiento de la estructura familia), una determinada jerarquía al interior de la familia y la asignación del lugar de hombres y mujeres en la esfera pública, privada y familiar.

Así, el proceso de reforma se limitó a desmontar -cuestión que se hizo además de forma inorgánica y dispar¹⁷⁸- determinadas manifestaciones de la incapacidad jurídica o de las limitaciones jurídicas de la mujer, pero no se modificaron en lo sustancial las instituciones jurídicas que son expresión del orden social sexual. De esta manera, se mantuvo la institucionalidad que implicaba otorgar al marido la jefatura de la familia por sobre los demás integrantes, ya sea manteniendo la institución de jefe de familia propiamente tal (es el caso europeo) o, en los ordenamientos jurídicos que no tenían esta figura separada de la potestad marital, continuando sin cambio o sin cambios sustanciales con instituciones como la patria potestad y el régimen de bienes con jefatura masculina. Asimismo, en materia penal tampoco fue modificada la institucionalidad establecida a través de la consagración del bien jurídico protegido del orden de las familias en materia de delitos sexuales, aborto y adulterio¹⁷⁹. No se tipificó la violación entre cónyuges, ya que se entendía que el deber matrimonial de cohabitar implicaba el de tener relaciones sexuales¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Este proceso fue dispar, ya que no abordó en el proceso de reforma de un modo sistemático y con un objetivo único y común la institucionalidad jurídica en lo concerniente a normativa sobre capacidad jurídica de la mujer, potestades en la familia (potestad marital y patria potestad) y modelo de administración de los bienes familiares y de los cónyuges; lo que significó reformas parciales e incluso contradictorias.

¹⁷⁹ En América Latina sólo a fines del siglo XX y producto del impulso transformador que implicó el desarrollo de los movimientos de mujeres en la década del 80, se introduce una importante modificación en la legislación penal, que fue la incorporación de la libertad sexual como bien jurídico protegido, colocando allí todos los delitos sexuales, los que hasta la fecha integraban el bien jurídico protegido el orden de las familias.

¹⁸⁰ En el caso chileno, la doctrina respecto del delito de violación estuvo dividida en cuanto a si el tipo penal comprendía la violación entre cónyuges y cuáles eran los requisitos del tipo que permitían su configuración. Este debate se resolvió con una modificación a la normativa genérica de los delitos sexuales en el Código Penal, ya que se regula la causal de

Así se fue configurando un orden jurídico donde las mujeres iban logrando avances en autonomía jurídica, capacidad jurídica y ejercicio de derechos, pero sin que ello significara configurarlas como un sujeto de derecho pleno. Las reformas no dieron paso a la instauración de un nuevo orden institucional que pusiera a hombres y mujeres en igualdad tanto en la esfera pública como en la esfera privada de la sociedad civil.

De modo equivalente a la concesión de ciudadanía en materia política, las reformas al orden jurídico privado y penal no modificaron el lugar desde donde la mujer es configurada, construida y considerada sujeto jurídico, esto es, su asignación y construcción social vinculada a la esfera privada-doméstica, constituyendo y manteniendo el orden social sexual configurado (consolidado y profundizado) por la Modernidad.

2.3. La noción de sujeto universal.

Los procesos de reformas de los ordenamientos jurídicos durante el siglo XX referidos a la mujer, que comprenden, la concesión plena de ciudadanía política, reconocimiento a su condición de trabajadora asalariada y las modificaciones a la legislación referida al orden de las familias (matrimonio y familia) civil y penal, significaron de un modo formal la consolidación de una concepción universal de persona, en que hombres y mujeres quedan incorporados en la noción jurídica de persona.

La calificación de universal respecto de la noción de persona y los derechos fundamentales supone que se ha superado las variables de sexo, raza, condición social, etc.; la noción de persona aparece como neutra, desprovista de cualquier atributo o condición específica. La neutralidad, luego de las reformas y de la ampliación de ciudadanía y de reconocimiento de capacidad jurídica plena, se estructura (formalmente) como una garantía de igualdad de los derechos fundamentales y su ejercicio.

Sin embargo, este proceso de cambio y avance histórico, al no plantearse críticamente respecto del orden social sexual existente y de la consiguiente configuración de las nociones fundamentales

término del proceso en los casos que el delito sea cometido por el cónyuge o conviviente, no dejando duda de que la comisión de delitos sexuales es posible en los casos que exista este vínculo legal o de hecho (reforma efectuada en 1999, ley n°19.617). Actualmente el artículo 369 inciso final del Código Penal señala: “En caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte”.

de ciudadanía y sujeto de derecho construidas a partir de este orden, no constituyó una verdadera modificación de la noción de sujeto del constitucionalismo decimonónico, puesto que las nuevas subjetividades no fueron consideradas, se limitó a aumentar los sujetos titulares de derecho, sin modificar la noción de sujeto, manteniendo, por el contrario, su subjetividad original.

La noción universal jurídica de persona, de sujeto de derechos, y de derechos universales no es tal respecto de las mujeres; bajo el manto de lo universal, neutro, omnicomprensivo se enmascara un orden jurídico que no ha recepcionado al sujeto mujeres en plenitud, a pesar de que expresa formal y externamente lo contrario. Se presenta la conceptualización jurídica abstracta de persona como neutras, como genéricas de los seres humanos, sin embargo, se continúa fundando, en materia sexual en lo masculino (subjetividad que se hace extensiva a todos y todas). Como dice Fraisse, sabemos pues que lo masculino se ha escondido en lo neutro, lo masculino se ha apoderado de la generalidad de lo neutro¹⁸¹. El cartabón de los atributos universales de la noción (universal) de persona serán los atributos masculinos de la persona, los que se expresaran como universales y neutros; como señala Habermas: "...las diferencias entre los sexos no se entienden como relaciones necesitadas de interpretación y susceptibles de interpretación entre dos magnitudes de referencia igualmente problemática, si no que se entienden como desviaciones respecto del prototipo de "situación normal", es decir, de situación considerada a-problemática, esto es, de situación cortada a la medida de los varones."¹⁸². Se formaliza un sujeto que niega la diversidad, ocultando y eludiendo las desigualdades materiales de los sujetos. Ello no solo va a implicar que la diversidad no quede comprendida en el sujeto del derecho sino que va a implicar, además, la ocultación de los modos relacionales entre los sujetos y a impedir que éstos se expresen en el ordenamiento jurídico. Con ello, no sólo el sujeto será universal y neutro, si no que el ordenamiento jurídico se podrá configurar formalmente como neutral¹⁸³.

Sin embargo, el proceso de ampliación de la ciudadanía y de reconocimiento de la capacidad jurídica del sujeto mujeres, significó que el Derecho dio cuenta del sujeto mujeres, considerándola como "un otro" ("una otra"), como la alteridad del sujeto ya definido, fundamentalmente en materia de maternidad y crianza. Este proceso se hace incorporando las particularidades del sujeto mujeres como alteridad, y por lo tanto el molde inicial no se deconstruye, solo se le agrega

¹⁸¹ FRAISSE, *Los dos gobiernos... op. cit.*, p. 137.

¹⁸² HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez.... op. cit.*, p. 509.

¹⁸³ DE CABO MARTÍN, "El sujeto y sus...", *op. cit.*, pp. 120 y 121.

algo. Lo femenino se considera como un otro específico, cuyas particularidades complementan el concepto ya existente¹⁸⁴. Uno de los ejemplos más significativos, es la legislación en materia laboral, que establece un conjunto de normativa específica de protección de la maternidad que implica configurar a la mujer trabajadora como un sujeto particular, que en tanto tiene capacidad procreativa, debe ser regulada de un modo especial, pero no sólo el embarazo y parto sino que además el cuidado y crianza de los hijos menores, determinándola con ello no como trabajadora sino como madre que trabaja remuneradamente.

La estructura diseñada por el racionalismo y positivizada por el constitucionalismo y la codificación no fue superada por el proceso de reformas analizadas. La constitución de la sociedad civil se conformó con un espacio para cada género, los hombres ciudadanos, sujetos de derecho, siempre capaces, pertenecientes y socializados para la esfera pública y el ejercicio de los derechos; las mujeres en la esfera privada-doméstica, socializadas para el trabajo del cuidado y la reproducción y expresadas en lo subjetivo del sujeto universal como un otro. El orden social del racionalismo no se desprendió de su matriz inicial. Vitale expresa esta realidad excluyente de la noción de sujeto y de los derechos fundamentales en la construcción de la noción de sujeto al señalar: “Es verdad que las diferentes imágenes del individuo propuesto por los principales autores del contractualismo moderno -individuo como poseedor del *ius in omnia* originario....sólo determina criterios de inclusión/exclusión y de proclamación de tal o cual derecho como fundamental”¹⁸⁵.

2.4. El derecho de los derechos humanos. La noción de ser humano, sujeto de derechos y universalidad de los derechos.

En la segunda mitad del siglo XX, los planteamientos, propuestas y nuevos órdenes normativos elaborados desde el derecho de los derechos humanos tuvieron (y tienen) particular importancia respecto de las nociones de ser humano (persona), derechos fundamentales, universalidad e igualdad. Esta nueva rama jurídica¹⁸⁶ (derecho de los derechos humanos) con su propia doctrina y

¹⁸⁴ FACIO, Alda y FRIES Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”. En: *Género y Derecho*. Colección contraseña. Estudios de género. Serie Casandra, LOM editores/ La Morada, Santiago de Chile, 2000. p. 27

¹⁸⁵ VITALE, “¿Teoría General...”, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁶ Los derechos humanos se constituyen a partir de la normativa internacional del derecho humanitario, que se había comenzado a configurar con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial (a partir de finales del siglo XIX), pero que luego de lo que implicó este conflicto bélico, especialmente respecto de la población civil, en cuanto a víctimas, tortura y exilio. Dictándose luego de este el instrumento angular del sistema de derechos humanos del derecho internacional: La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). A pesar de ser un texto primigenio, fundante y con pretensiones de

su propio proceso de positivización, que ha tenido especial desarrollo en el derecho internacional público, ha ido configurando un corpus teórico, normativo y hermenéutico, el cual además de ser la base y retroalimentar su propio proceso de expansión (a través de tratados multilaterales regionales y temáticos específicos y desarrollo de una judicatura internacional de derechos humanos¹⁸⁷), ha sido recepcionada en los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, la recepción de principios y normas del derecho de los derechos humanos se ha plasmado en los textos constitucionales nacionales y en la aplicación, interpretación y garantía de éstos por parte de la institucionalidad de los estados. Ello, fundamentalmente, a través de lo que en teoría del derecho constitucional se denomina bloque de constitucionalidad, y en virtud de determinadas convenciones internacionales que obligan a la regulación en el derecho nacional (constitucional y legal) de principios y normativas propias de los derechos humanos, como la consagración de ciertos delitos, el de lesa humanidad entre ellos.

Especial importancia cobran en este proceso los instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los pactos posteriores, el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados en 1966 en Naciones Unidas. La elaboración, aprobación y posterior aplicación de estos textos, así como el debate doctrinario que ha acompañado este proceso, han implicado planteamientos filosóficos jurídicos respecto de la noción de los derechos humanos, cuál es el origen de éstos o su fundamento, y respecto del ser humano, cómo debemos entenderlo o cuáles son los atributos que lo hacen sujeto de derecho de los derechos humanos.

Los derechos humanos se fundan en la idea de la universalidad de los atributos humanos, es decir, en la existencia de una condición intrínseca de la persona humana en cuanto ser humano, planteándose que será tal aquel que tiene aspecto humano (le pertenecen los atributos humanos), independientemente de su condición o situación histórica o cultural¹⁸⁸.

El debate sobre la noción de derechos humanos plantea que estos son derechos que pertenecen al ser humano en cuanto tal. Los derechos humanos se refieren a las modalidades de la existencia

universal, es innegable la influencia de la concepción racionalista y en particular del constitucionalismo, en su fundamento conceptual y especialmente en la determinación de los derechos humanos.

¹⁸⁷ Hasta el año 2002, en que se crea el Tribunal Penal Internacional, no había una judicatura internacional universal en materia de derechos humanos. Antes de eso, se habían constituido los tribunales de derechos humanos regionales: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁸⁸ DIMIER, Alwin. "Los derechos humanos desde una perspectiva europea". En: AA. VV. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serval/ UNESCO, Barcelona-España, 1985, p. 112.

concreta del ser humano y no a su cualidad abstracta de sujeto en general. Los derechos humanos tienen sus raíces en la naturaleza humana, que es la misma en todas las épocas y lugares, es inmutable y universal, sólo que está inserta en diferentes situaciones históricas y culturales¹⁸⁹.

A partir de esta premisa, el debate se centró en la definición de los rasgos en la esencia del ser humano que lo convierten en sujeto de derechos o cómo debe concebirse la naturaleza humana para que exista sujeto de derecho. La condición de sujeto de derecho de los derechos humanos quedó definida por la capacidad –propia de la condición humana- de perseguir objetivos conscientemente, esto es la voluntad y facultad racional del ser humano. Así, la violación de los derechos humanos es todo ataque contra tal condición, ya que limita o priva a la persona humana de ser un sujeto de derechos¹⁹⁰.

El planteamiento de universalidad respecto de todos los seres humanos y su condición también universal de sujeto de estos derechos -y por lo mismo el correlato necesario de igualdad de los seres humanos en el goce y protección de tales derechos-, así como la forma en se ha producido la recepción normativa de tal planteamiento, su aplicación e interpretación en el sistema internacional y las carencias y deficiencias de los instrumentos generales existentes para enfrentar la discriminación y la no garantía de los derechos humanos respecto de determinados colectivos humanos -como niños/niñas, migrantes- así como la reiterada violación de determinados derechos humanos -trata de personas, tortura- han llevado a la institucionalidad internacional (organismos internacionales encargados de velar por el respeto de los derechos humanos, instituciones de derechos humanos y defensores de los derechos humanos) del derecho de los derechos humanos a plantearse la necesidad de hacer esfuerzos “sectoriales”, contemplando y elaborando nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos más específicos, referidos a grupos humanos en particular como niños-niñas (Declaración internacional de derechos del niño) o pueblos indígenas (Convenio OIT n°169 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989) o a determinadas áreas de derechos o áreas temáticas (Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones de 1981). Junto con lo anterior, se han planteado el desafío de diseñar desde la doctrina y elaborar normativamente nuevas herramientas de garantía y cumplimiento de los instrumentos

¹⁸⁹ MATHIEU, Vittorio. “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”. En: AA.VV. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Serval/UNESCO, Barcelona-España, 1985, pp. 35 y 36.

¹⁹⁰ MATHIEU, “Prolegómenos...”, *op. cit.*, p. 38. y DIMIER, “Los derechos...”, *op. cit.*, pp. 119 a 120.

internacionales por parte de los diversos estados que integran fundamentalmente el sistema de Naciones Unidas, como por ejemplo los protocolos facultativos, instrumentos internacionales que tienen un estatus jurídico equivalente a las convenciones internacionales y cuyo objetivo es establecer derechos y obligaciones adicionales respecto de un tratado. Los protocolos establecen obligaciones que superan las contenidas en los tratados generales y que no todas las partes integrantes de éste aceptan, creándose así un sistema de dos niveles. En el caso del protocolo facultativo de la CEDAW, se reconoce competencia al Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, el cual vela por la aplicación de la Convención internacional, recibiendo y revisando comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se encuentren bajo la jurisdicción del estado parte y que planten ser víctimas de una violación por parte de ese Estado respecto de algunos de los derechos enunciados en la Convención¹⁹¹.

En lo concerniente a derechos humanos y mujeres, se dictó muy tempranamente la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, en 1952, que fundamentalmente tenía por objetivo asegurar el ejercicio de los derechos políticos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de forma igualitaria. En materia de derechos humanos del derecho al trabajo, la OIT se planteó la necesidad de contar con instrumentos internacionales específicos para avanzar en la efectiva igualdad de hombres y mujeres en la esfera del trabajo asalariado. En 1950 se dicta el Convenio n°100 sobre igualdad de remuneración, de modo que se tomen las medidas para evitar la discriminación salarial entre hombres y mujeres. En 1958 se dicta el Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación n°111, orientado a evitar cualquier forma de discriminación en materia de empleo. Con posterioridad, considerando la brecha aun existente entre hombres y mujeres en cuanto a igualdad de derechos en el trabajo, se dicta en 1981 el Convenio sobre la igualdad de oportunidades y trato para trabajadores con responsabilidades familiares n°156. Junto a estos, existe un grupo de tres convenios -cada uno es una revisión y actualización del anterior (el n°3 de 1919; n°103 de 1952 y el n° 183 de 2000)-, referidos a la protección de la mujer trabajadora embarazada, planteando la protección del embarazo como parte de la responsabilidad social y gubernamental¹⁹².

¹⁹¹ El mecanismo de denuncias que establece este protocolo es similar al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y al artículo 14 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

¹⁹² Aplicación del principio del rol social de la reproducción humana. En términos sucintos este principio plantea que la reproducción humana es responsabilidad de la sociedad, lo que significa que la responsabilidad y las tareas asociadas no

Dada la constatación por parte de los diversos órganos del sistema de derechos humanos internacional de que la situación de la mujer respecto de la igual titularidad, goce y garantía de los derechos humanos dista mucho de la de los sujetos varones, la Asamblea General de Naciones Unidas proclama en 1967 la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, que de manera equivalente a la declaración Universal de 1948 insta a los países miembros de Naciones Unidas a tomar medidas para garantizar el principio de igualdad de hombres y mujeres a través de la adopción de acciones apropiadas a fin de abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer.

En 1979, Naciones Unidas aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la que basada en los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967¹⁹³, consagra las medidas necesarias a fin de suprimir la discriminación en todas sus formas y manifestaciones. Así, fundamentalmente, establece medidas para avanzar en la eliminación de la discriminación contra las mujeres, para por esa vía lograr el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de éstas, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer¹⁹⁴. Esta Convención cuenta con un Protocolo Facultativo adoptado en 1999, que otorga competencia al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención¹⁹⁵.

En general, toda la concepción de fundamento de los derechos humanos y, dentro de ello, la institucionalidad del derecho de los derechos humanos referido a la mujer creada a partir de 1952, se elaboró e implementó dentro de la concepción de universalidad de los derechos humanos, de una noción universal y genérica de persona humana, instaurada en la Declaración Universal de 1948. La idea de universal -tanto del sujeto (todos los seres humanos), como de los derechos

corresponden principalmente a las mujeres, sino que a hombres y mujeres de modo equivalentes y que también es la sociedad quien debe asumir colectivamente ciertas tareas especialmente del cuidado; la institucionalidad jurídica (legislación y políticas públicas) debe recepcionar este principio modificando creando nuevas instituciones y normativas y/o modificando la existente.

¹⁹³ Al respecto, en los considerandos de la CEDAW se señala expresamente: “Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,…” (Considerando 15 de la CEDAW)

¹⁹⁴ CEDAW art. 1° y 2°.

¹⁹⁵ Protocolo facultativo de la CEDAW Arts. 1° Y 2°.

(todos los seres humanos son titulares)- significa que esta condición -la de la universalidad- supera cualquier variable que implique limitar el carácter omnicomprensivo, sin distinción alguna, de todos los seres humanos como titulares iguales de todos los derechos humanos.

Por lo mismo, los derechos humanos son en sí aplicables respecto de cualquier ser humano, debiendo por parte del derecho de los derechos humanos (tanto sustantivo como procesal) garantizarse su ejercicio, goce y protección en igualdad de condiciones respecto de todos (universalmente) los seres humanos. Dicho de otro modo, la noción de universal comprende y expresa el principio y derecho de igualdad y no discriminación en cuanto sujeto de derechos (ser humano) y goce y protección de derechos. Por lo mismo, se establecerán como parte del proceso de elaboración y avance del derecho de los derechos humanos declaraciones y convenciones que establecen principios y normas que tienen por objetivo eliminar normas jurídicas, prácticas, costumbres que existen en los estados integrantes del sistema internacional que supongan discriminaciones hacia seres humanos que no permitan el ejercicio, protección y goce y amparo de los derechos humanos conforme al principio de igualdad. La doctrina, en forma mayoritaria, plantea que los derechos humanos son inherentes al ser humano, por lo tanto todos los seres humanos los poseen sin exclusión alguna¹⁹⁶.

La noción de ser humano universal en el derecho de los derechos humanos se configura como un genérico, cuya propia noción se constituye sobre la base de los atributos comunes de todos los seres humanos, sin considerar las diferencias de sexo, raza, color, clase, nación, religión, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición¹⁹⁷. Así entendida la noción de universalidad del ser humano, para el derecho de los derechos humanos, es posible el reconocimiento y garantía del principio-derecho de igualdad y no discriminación. El planteamiento de una noción universal de ser humano, se convierte así en una noción genérica, neutral que se abstrae de las diferencias posibles, como fundamento de la igualdad.

¹⁹⁶ MEDINA, Cecilia. "Observación General 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mujer e Igualdad". *Anuario de Derechos Humanos 2006*, www.anuariodch.uchile.cl, p.127.

¹⁹⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos señala:

Artículo 1°

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2°

1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

La configuración del sujeto ser humano genérico por parte del derecho internacional de los derechos humanos siguió el modelo propio del racionalismo, que fue recepcionado doctrinaria y normativamente por el constitucionalismo occidental, y que como ya hemos señalado, configura un sujeto abstracto, genérico, universal y neutro –distanciado del sujeto material e histórico-, construido por sobre las diferencias de sexo, de raza, de clase, de condición, etc. Esta noción abstracta no da cuenta, además, de la diversidad de los sujetos, de los modos relacionales estructurales diversos, dispares y jerárquicos entre éstos por razones de género, económicas, étnicas, etarias, raciales, de clase, de discapacidad, cultural y otras que generan diferencias y discriminación a grupos o colectivos humanos respecto de la titularidad, ejercicio, goce y garantía de los (y de sus) derechos humanos.

Lo señalado se hace patente en el proceso de construcción y desarrollo del sistema de los derechos humanos, que, como se verá, ha dejado también invisibilizada la realidad de las mujeres en este sistema normativo. Para efectos de este análisis se ha utilizado el esquema propuesto por la doctrina¹⁹⁸, que sostiene que existen cuatro procesos que marcan el desarrollo de los derechos humanos: la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación. Según este esquema, observados en perspectiva histórica, los derechos humanos se han configurado en un proceso de desarrollo por etapas que han sido acumulativas entre sí. La positivación se produjo en el proceso de recepción de los derechos y garantías en los textos constitucionales; luego, la generalización supuso extender el alcance y contenido de los derechos a los sujetos y colectivos que no los poseían; a su vez, la internacionalización implica el desarrollo de estos en el derecho internacional público, y la especificación, consiste en abordar y considerar las particularidades de los sujetos o colectivos de sujetos. Si observamos estas etapas en relación al sujeto mujeres, veremos que la subjetivación de estas no fue adecuadamente comprendida. Este es el caso de normativa que se presenta como expresión de la especificación, pero que más bien refuerza el modelo social sexual y los estereotipos del sujeto femenino; en materia del derecho al trabajo y seguridad social, por ejemplo, encontramos las normas protectoras de maternidad, que excluidas las vinculadas al embarazo y parto, están referidas al trabajo del cuidado de las y los niñas/os, que se establece como una realidad propia de la madre (maternidad) y no desde la co-parentalidad (madre y/o padre). En la misma línea, la prohibición de la participación de las mujeres en trabajos

¹⁹⁸ Norberto Bobbio lo plantea en diversos trabajos sobre derechos humanos y Gregorio Peces-Barba lo sistematiza al plantear los procesos de desarrollo históricos de los derechos humanos.

pesados o faenas peligrosas se sustenta en el estereotipo de la fragilidad de las mujeres, las que deben por lo mismo ser excluidas de determinados trabajos como forma de protección de su integridad física. También en el ámbito de la generalización encontramos vacíos importantes en relación a derechos que comprenden subjetividades propia de las mujeres; es el caso del trabajo del cuidado realizado por estas en la esfera doméstica, el cual no es considerado ni abordado por el sistema de derechos; en la misma línea, aún no se extienden a las mujeres la propiedad en la esfera familiar. Es posible también señalar aquí el caso de la prohibición de la violencia de género (en espacios públicos y privados), que no ha sido abordada integralmente como derecho por el sistema de derechos humanos; incluso en el derecho internacional de los derechos humanos, no se cuenta hasta la fecha con un instrumento vinculante -salvo Belem do Pará, en el sistema interamericano- que sancione la violencia de género. En materia de ciudadanía política la paridad tampoco se plantea en los instrumentos vinculantes de derechos humanos.

Sin embargo, en los últimos decenios del siglo XX se comenzaron a desarrollar importantes propuestas respecto del sistema internacional de los derechos humanos, producto de un proceso de crítica y revisión respecto del alcance y contenido de los derechos humanos, de la determinación de éstos y de la consideración de las distintas realidades estructurales que determinan de modo diverso al sistema del derecho internacional de los derechos humanos referido a titularidad, goce, ejercicio y garantía de los mismos. Este proceso crítico redonda, también, en la noción de ser humano, en cuanto a que esta dé cuenta de la diversidad que la condición humana expresa y cómo a partir de ella es necesario configurar los derechos humanos universales de la persona humana su goce, ejercicio y garantía. Este proceso crítico ha sido impulsado de un modo importante desde los movimientos de los derechos humanos (donde el movimiento feminista y sus propuestas han tenido una importancia fundamental) y se ha nutrido de la elaboración doctrinaria que estos movimientos han construido o han influenciado. Dentro de éstos últimos, el multiculturalismo ha tenido un rol importante en este proceso de construcción crítica. Específicamente, este proceso ha logrado una mayor influencia del enfoque de género, lo que ha permitido el desarrollo de estatutos jurídicos específicos -como la CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Belem do Pará”- y la recepción de este enfoque en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, permitiendo recepcionar realidades no consideradas hasta hace poco, como han sido las sentencias en el

sistema interamericano que abordan la realidad de la violencia de género en diversas manifestaciones¹⁹⁹.

La dictación de la CEDAW respecto de los derechos humanos y mujer marcará un punto de inflexión en la línea planteada, ya que el objetivo fundamental de este texto, más que lograr la igualdad de hombres y mujeres (indiferenciada), es eliminar las diversas formas de discriminación que afectan a las mujeres, recogiendo con ello la idea de que las mujeres en general constituyen un grupo o colectivo social respecto del cual existe una realidad de exclusión o restricción basada en su sexo, que implica el menoscabo o desconocimiento de la titularidad, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, tanto en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra. Además, esta Convención reconoce en la propia definición de lo que entiende por discriminación contra la mujer en su artículo 1^o²⁰⁰, que se causará discriminación, no sólo cuando se tenga por objeto causarla (discriminación directa) sino también cuando se tenga por resultado una situación de discriminación (discriminación indirecta).

Con posterioridad a la CEDAW hay dos declaraciones de Naciones Unidas referidas a la mujer -la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993- que contienen un planteamiento paradigmático en materia de mujer y derechos humanos, que dice relación con el reconocimiento de que los derechos humanos de las mujeres son también derechos humanos y que la discriminación de la mujer es producto de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer. La Declaración y el Programa de Acción de Viena consagran específicamente que los derechos humanos de las mujeres y las niñas forman parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales, lo que es sustancial en el proceso de la subjetivización de la mujer respecto de la conceptualización de ser humano del derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 18 establece: "Los derechos humanos de la

¹⁹⁹ En el capítulo quinto se analizan los cinco casos de la CIDH que han abordado situaciones de violencia contra la mujer, estos son: Caso Penal Miguel Castro Castro vs Perú (serie C n° 160), Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México (serie C n° 205), Caso Fernández Ortega y otros vs México (serie C n° 215), Caso Rosendo Cantú y otra vs México (serie C n° 216) y Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala (serie C n° 250).

²⁰⁰ Artículo 1°: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales... La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.”²⁰¹ La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas, en los considerandos que fundamentan la declaración y sobre los que funda el origen de relaciones de jerarquía que dan paso a situaciones de violencia de género, considera expresamente: “...la existencia de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer.”²⁰².

Estos instrumentos internacionales de fines del siglo XX configuran un avance muy importante en el Derecho (al menos en el derecho internacional de los derechos humanos) en cuanto a la recepción de parte de los planteamientos críticos que el *ius* feminismo y sus teóricas han formulado a la concepción de sujeto abstracto, universal y neutro planteada por el racionalismo y vigente hasta hoy, en el sentido precisamente de su carácter no universal ni neutral, puesto que no expresa la subjetividad de las mujeres, las que en una parte importante están determinadas por el orden social sexual, ni da cuenta de las relaciones de poder y jerarquía, que en tanto intersubjetivas, las afectan y determinan, especialmente en el ejercicio y goce de sus derechos, como grupo o colectivo social.

²⁰¹ Texto original de la “Declaración y el Programa de Acción de Viena” en: www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml.

²⁰² Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Adoptada en la 85ª sesión plenaria de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993. En: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>.

CAPÍTULO TRES

FORMALMENTE IGUALES. UN PLANTEAMIENTO CRÍTICO AL SUJETO ABSTRACTO E IGUALDAD LIBERAL.

1. Formalmente iguales

Al finalizar el siglo XX, las mujeres habían obtenido la ciudadanía, se les había otorgado el reconocimiento de derechos y se les había reconocido su capacidad jurídica independientemente de su estado civil, pudiendo actuar como sujeto jurídico y de derechos. La extensión de la ciudadanía a la mujer permitía plantear, luego de más de 150 años de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano en 1789, que la idea de un sujeto (jurídico) universal implicaba efectivamente la inclusión de todos los seres humanos y que el principio y derecho de igualdad significaba la igualdad y, por lo mismo, la igual titularidad, ejercicio y goce de los derechos fundamentales para todas las personas. Dicho de otra forma, luego de la extensión de ciudadanía - política, laboral y civil- a las mujeres y del consiguiente reconocimiento de los derechos fundamentales, era posible afirmar, al menos desde lo formal, que la noción abstracta de sujeto elaborada por la Modernidad efectivamente expresaba su universalidad y con ello la universalidad de los derechos fundamentales²⁰³.

En efecto se ha sostenido, lo que sigue siendo el planteamiento de un importante sector del derecho hegemónico, que eliminadas todas las exclusiones a la ciudadanía de las mujeres y con el consiguiente reconocimiento de la titularidad de los derechos, se lograba la universalización real y material del sujeto. Eliminados los factores de exclusión que configuraban a las mujeres como personas que conformaban un estatus de no iguales (estatus fundado en el sexo de los sujetos), se

²⁰³ Actualmente, en los países tributarios del Derecho occidental, los factores expresos de restricción respecto de la titularidad de determinados derechos y del acceso a la ciudadanía política y de seguridad social son la edad y la nacionalidad. El primero se extingue con el cumplimiento de la mayoría de edad; el segundo, en cambio, es un estatus permanente que se aplica a los no nacionales y se refiere fundamentalmente a los derechos políticos y derechos sociales, restricción que según el ordenamiento jurídico de cada país, es más o menos amplia en cuanto a los derechos específicos que contempla y al alcance de la restricción. En algunos casos, la legislación permite que cumplido cierto plazo de residencia legal por parte de los extranjeros se reduzcan o eliminen las restricciones, teniendo acceso a todos o a determinados derechos, ampliando así el acceso a la ciudadanía.

Las últimas rémoras de la existencia de estatus no privilegiados en los países con modelos constitucionalistas eran por motivos raciales. El más paradigmático de estos casos fue el de Sudáfrica, que mantuvo legalmente desde 1948 (aunque de facto ya existía en el siglo XIX) una institucionalidad de apartheid que implicaba que la población de raza negra tenía limitado su acceso a determinados derechos fundamentales y su ciudadanía, en diversos aspectos, les era negada o limitada.

neutralizaba y homologaba la diferencia sexual, configurando así la igualdad de todos los sujetos en la común titularidad de derechos. Para la concepción liberal hegemónica, el establecimiento de la igualdad formal respecto de todos permitía determinar que se había superado la variable sexo como criterio²⁰⁴ de exclusión o de desigualdad sistémica. Entonces era posible afirmar que la noción abstracta de persona se configuraba desprovista de cualquier atributo o condición específica, neutralidad que era garantía de igualdad de los derechos fundamentales y su ejercicio en materia de género²⁰⁵. Por lo mismo, la discriminación que ocurriera respecto de la mujer son fenómenos puntuales productos de actos discriminatorios (lo que incluye normas residuales que aun consagran discriminaciones), como sucede respecto de cualquier sujeto independientemente de la variable sexo. Discriminaciones que deben ser abordadas conforme el modelo de igualdad que contempla el Derecho para determinar la ocurrencia o no de estas fundado básicamente en la denominada isonomía aristotélica.

En diversos ordenamientos jurídicos y como una manera de garantizar la igualdad y la universalidad, siguiendo lo establecido en la CEDAW, se consagró o declaró -en las propias constituciones o por la vía de interpretación constitucional- la expresa igualdad de hombres y mujeres, más allá de la prohibición de discriminación por razones de sexo, establecida con anterioridad en varios textos constitucionales²⁰⁶.

²⁰⁴ Siguiendo la misma lógica del derecho hegemónico, los demás factores de exclusión, como clase, raza o etnia, fueron superados en el proceso de extensión de la ciudadanía y derechos ocurrida con anterioridad al de las mujeres.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Derechos y garantías..., *op. cit.*, p. 75.

²⁰⁶ En Chile, en 1998, se aprobó una reforma a la Constitución que modificó el artículo 1° y el artículo 19 n°2, para consagrar expresamente la igualdad de hombres y mujeres. El texto, luego de la reforma, establece en el artículo 1° “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en el “artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley [...]. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. En el mensaje presidencial del proyecto de reforma constitucional se afirmaba que el fundamento de la reforma era: “El presente proyecto de reforma constitucional, introduce la igualdad jurídica del hombre y la mujer como un valor superior del ordenamiento jurídico, un principio de tal ordenamiento, y una garantía material del derecho de igualdad ante la ley.[...] De otra parte, el Estado de Chile debe cumplir con lo dispuesto en el literal a) artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que impone el deber de consagrar a nivel constitucional el principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Citado, a la luz del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, configura un deber para los órganos del Estado en cuanto a la promoción y respeto de los derechos que en dicho instrumento se consagran.

Finalmente, el derecho constitucional comparado nos demuestra que la igualdad constitucional en general, y la igualdad jurídica del hombre y la mujer, constituyen en la actualidad un importante acervo de la cultura jurídica occidental contemporánea, en cuanto valores superiores del ordenamiento, principios y derechos fundamentales. De esta manera, a la igualdad ante la ley, una igualdad formal, se agrega en este siglo la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, como una igualdad material que contempla el sistema de protección de los derechos de las personas y perfecciona el Estado de Derecho.” Mensaje presidencial. Historia de la Ley n° 19.611, p. 6 y 7. <file:///C:/Users/claudia/Downloads/HL19611%20.pdf>.

2. La ausencia de las mujeres en el sujeto.

En el último tercio del siglo pasado, el movimiento de mujeres, las teóricas feministas y, luego, más específicamente, las autoras *ius* feministas²⁰⁷, hacen un nuevo análisis, cuyo punto de partida es la constatación empírica y material de que la culminación del proceso de reconocimiento de la ciudadanía y de derechos fundamentales no conlleva la disminución real y material de la desigualdad. En otras palabras, existe una brecha sistemática entre la igualdad formal (declarativa en los textos de derecho) y la igualdad real entre hombres y mujeres, que implica una realidad sostenida de discriminación y no igualdad de las mujeres. En palabras de Barrère: “La igualdad política liberal resulta falsamente universalista porque aunque su lema sea que “todos los hombres son iguales”, por ese “todos” no se entiende la totalidad del género humano si no la totalidad de los pertenecientes a un grupo socialmente dominante. [Luego], obviando este dato, como sujeto de derecho (y de los derechos) se presenta al individuo que, en consecuencia, a pesar de pertenecer a un grupo, no aparece vinculado a tal (de ahí que se le presente, sin serlo, como universal).”²⁰⁸

En el análisis de la teoría feminista, ha sido medular el planteamiento sobre la noción de sujeto configurada por la Modernidad, aquel sujeto abstracto, universal y neutro, y respecto de cómo este ha sido y es subjetivizado. Determinar y analizar la noción de sujeto de la Modernidad supone una revisión de este constructo, significa poner bajo la lupa la noción de sujeto jurídico, sujeto ciudadano y de sujeto de derecho; esto es, examinar todo el edificio institucional que el Derecho ha configurado sobre la base de la propuesta conceptual del racionalismo de un sujeto abstracto, universal, pero a la vez único, que representa y expresa a la totalidad de los sujetos. La propuesta crítica configurada sobre la noción de sujeto se funda, principalmente, en lo referente a la subjetivación del sujeto liberal y cómo ello determina el modelo que configura el principio y derecho de igualdad hegemónico en el derecho.

²⁰⁷ El desarrollo de un proceso crítico respecto de los avances que en materia de igualdad implicaba el reconocimiento de derechos fundamentales a las mujeres y la ampliación de ciudadanía -esto es, avance en la igualdad formal- implicó el surgimiento propiamente tal del *ius* feminismo, es decir, de una corriente de pensamiento feminista que trabaja como objeto de conocimiento fundamentalmente el derecho. Las autoras son básicamente juristas académicas o abogadas del foro. Podemos destacar especialmente a Tove Stang Dahl de la Universidad de Oslo, quien en 1975 logra que se considere los estudios de derechos de la mujer como una disciplina académica autónoma en esa universidad. Los trabajos de Barrère, Bartlett, Bodelón, Campos, Esquembre, Facio, Mackinnon, Mestre, Pateman, Pitch, Smart y Young (autoras estudiadas para esta tesis) y, en Chile, de Casas, Fries y Zúñiga constituyen fuentes importantes para el estudio del desarrollo del *ius* feminismo.

²⁰⁸ BARRERE, *Legislación y jurisprudencia... op. cit.*, p. 24.

El constitucionalismo decimonónico, como se vio con detalle en el capítulo precedente, estructuró una noción de persona abstracta sobre la cual configuró su modelo normativo, noción que fue subjetivada a partir del sujeto ciudadano del liberalismo clásico. El proceso posterior de extensión de la ciudadanía a nuevos sujetos, se efectuó a través del reconocimiento o eliminación de las limitaciones de acceso a la ciudadanía y a los derechos, sin que se produjera un proceso crítico respecto de la noción de persona.

Esta ausencia de un análisis crítico sobre el sujeto jurídico implicó en el proceso de extensión de ciudadanía a las mujeres que la noción jurídica de persona universal que había sido constituida a partir de una ciudadanía exclusivamente masculina fue transferida sin cuestionamiento ni modificación alguna a las nuevas ciudadanas, manteniendo como atributos la subjetividad masculina y obviando prácticamente todo proceso de subjetivación femenina del sujeto jurídico. Solo de modo excepcional, en materia de derecho del trabajo y de seguridad social, fueron contemplados ciertos atributos del sujeto mujer en lo referente a la maternidad (embarazo, alumbramiento y lactancia) y por extensión a la crianza de los hijos menores. Esto fue planteado, sin embargo, como una circunstancia excepcional, en la medida que, por razones obvias, el modelo general para la definición del sujeto jurídico - el masculino- no consideraba el embarazo ni la crianza de los hijos. Esta normativa específica se configuró, además, como normativa protectora que reforzó la idea “del otro” en relación al sujeto femenino y la minoridad de la misma.

El hecho de que en el proceso de extensión de derechos a las mujeres la insuficiencia de una subjetivación femenina del sujeto de la Modernidad pasara inicialmente inadvertida, fue producto de las concepciones que se manifestaron en y determinaron la forma como dicho proceso se desarrolló. Por una parte, la doctrina y cultura jurídica liberal, expresión del constitucionalismo liberal y su modelo de configuración del sujeto/sujeto jurídico como universal y neutro, para la cual la ampliación de la ciudadanía consistía únicamente en otorgar derechos a los sujetos antes excluidos, sin necesidad de cuestionar la noción e institucionalización del sujeto/sujeto de derechos sobre el cual se estructura el andamiaje del derecho liberal. Por otra parte, el movimiento de mujeres, es decir, los propios sujetos que buscaban cambiar su estatus jurídico de modo de constituirse en sujeto de derechos, en ciudadanas, en definitiva, configuraron su demanda, su lucha y su propuesta de transformación sobre la base de la igualdad y la no exclusión de las mujeres, fundándose en la convicción de que la eliminación de las barreras de acceso a la ciudadanía y a los derechos significaría un cambio sustancial de su estatus jurídico que les

permitiría alcanzar la igualdad de derechos y, con ello, la igualdad como sujeto. Por ello, sus propuestas se centraron en el reconocimiento de los derechos políticos y sociales de las mujeres y de su capacidad y autonomía jurídica; planteamientos que el orden jurídico hegemónico recepcionó de un modo formal, limitándose al reconocimiento de la titularidad de derecho y capacidad jurídica, pero dejando intocado el modelo subyacente de configuración y subjetivación del sujeto. Como señala la *ius* feminista Campos Rubio: “Los esfuerzos orientados a convertir a las mujeres en individuos, durante el periodo [por el derecho al voto] hasta finales de los 70 [del siglo XX], se canalizaba a través del sistema legal mediante la petición de igualdad, por lo que quedaban atrapadas dentro de los límites de ese sistema”²⁰⁹. Por lo mismo, hasta el último tercio del siglo XX, la teoría jurídica -incluyendo las nociones críticas- no tuvo un planteamiento que develara o permitiera analizar lo que la noción de sujeto liberal (universal y neutro) representaba e implicaba en términos reales e históricos en el orden (jurídico) configurado en la Modernidad.

Como se señalara, a partir de la constatación de la diferencia sustancial entre la igualdad declarativa y la condición de sujeto de derecho material de las mujeres, el feminismo elabora una propuesta que, recogiendo los estudios y trabajos históricos, políticos, sicosociales y filosóficos del feminismo, cuestiona la noción de un sujeto abstracto, particularmente en cuanto a que la universalidad (abstracta) implica un proceso de desmaterialización del sujeto que niega sus vínculos con la sociedad y, por otra, que esta configuración de sujeto es la expresión del sujeto androcéntrico, por lo que cuestionan la capacidad de representar a la universalidad de los sujetos y su rol como configurador del sujeto jurídico y sujeto de derecho. La crítica no se limita a cuestionar la universalidad, sino que plantea que es necesario superar la configuración basada en un modelo de abstracción para abordar al sujeto y la configuración de los derechos fundamentales a partir de la diversidad de sujetos y dando cuenta de su realidad material e histórica.

La noción de sujeto ignora la identidad social femenina, la subjetividad de la mujeres como sujeto -determinada por razones biológicas y/o culturales/sociales- es ignorada por el derecho; el sujeto mujer es considerado como un otro que siempre debe ser materializado (corporeizado) por lo que es una otra en relación al modelo normativo, y como tal siempre es excluida. Ello se expresa en el derecho, de un modo paradigmático respecto del sujeto mujeres en la concepción dominante del

²⁰⁹ CAMPOS RUBIO, “Aportaciones *ius* feministas a la revisión crítica del derecho y a la experiencia jurídica”. *Mujeres y derecho pasado y presente I Congreso Multidisciplinar de la Sección Bizkaia de la Facultad de Derecho*, octubre 2008, p. 194.

derecho liberal: las normas jurídicas referidas a maternidad y procreación. Podría suponerse que aquí el sujeto mujer es recepcionado considerando su subjetivación, en cambio, como esta normativa se ha constituido con el objeto de tutelar y normar a las mujeres, se mantiene la norma general, los cuerpos de las mujeres son tutelados y regulados y por esa vía limitados. Es el caso de la normativa de protección de la maternidad que regulan respecto y sobre el cuerpo de las mujeres cuando suponen limitaciones procreativas para las mujeres que están establecidas por sobre su propia autodeterminación, es el caso de las políticas y normativas de contracepción y de la regulación del aborto; asimismo, las políticas y normas que se estructuran considerando las necesidades de los/las niños/as y que implican la sujeción del cuerpo de las mujeres, particularmente las reglas sobre amamantamiento, apego, salud, etc. Sólo el sujeto masculino (sujeto abstracto) es soberano de su vida y de su cuerpo.

La ausencia o excepcionalmente la singularidad (alteridad) de la subjetivación femenina en la noción de sujeto subyace (como explicación o fundamento) a realidades de discriminación estructural (sistémica) de género en el derecho, particularmente en materia de igualdad y de acceso a los derechos fundamentales. Esta discriminación a veces se manifiesta en el Derecho de un modo expreso, es decir que su texto tiene un contenido discriminatorio, como es el caso de las normas que tienen un fundamento “protector” del sujeto mujer, limitando en la regulación de la protección el ejercicio de derechos a las mujeres. Aquí se puede señalar específicamente la normativa que limitaba a las mujeres el acceso a ciertos tipos de faenas, porque eran consideradas degradantes para ellas (no así para los hombres), o la que entrega preferencia a las mujeres respecto de permisos parentales en materia del derecho del trabajo, ya que con ello se configuran o refuerzan las barreras de acceso al mercado laboral, en la medida que la contratación de hombres resulta preferente, porque estos no se ausentan por el cuidado de hijos menores. Otras veces, el problema es más bien el silencio del Derecho cuando se ignora o se niegan diferencias o realidades que son sustanciales respecto de la construcción social del sujeto, del sujeto mujer y su realidad, en este caso, perpetuando, por esa vía la desigualdad o la discriminación. Este es el caso de la violencia de género, realidad que el Derecho hasta ahora no ha abordado integralmente²¹⁰, o

²¹⁰ La violencia de género como realidad es planteada por las autoras feministas y por el movimiento de mujeres hace más de 30 años. Las primeras leyes referidas a la violencia contra la mujer se dictaron en la década del ochenta del siglo XX. En algunos casos, la temática se abordó desde el inicio en términos estructurales como violencia contra la mujer (posteriormente conceptualizada como violencia de género). En otros países, como es el caso de Chile y España, se planteó más bien como violencia intrafamiliar. Aquí, la ley aborda diversas expresiones de violencia que se producen al interior del hogar, que afectan a mujeres, niños y ancianos, quedando fuera de esta normativa el fenómeno de la

el caso de la legislación penal chilena que el bien jurídico protegido en materia de violencia sexual continua siendo la moral y las buenas costumbres (esto, además, era la forma de establecer un modelo valórico e ideológico sobre la conducta sexual humana) y no la libertad sexual. Por último, está la discriminación que se manifiesta de un modo indirecto, a través de normas jurídicas más bien neutras que al regular determinadas situaciones no consideran las subjetividades diversas de los sujetos, sino sólo las del sujeto hegemónico, creando por esa vía al aplicar la norma jurídica situaciones de discriminación, este es el caso de normativa laboral que regula o determina ascensos en el trabajo exigiendo cursos de formación o capacitación sin hacer distinciones, sin embargo las mujeres por razones de la doble jornada del trabajo que implica las tareas del cuidado no acceden a estas capacitaciones lo que implica que en los hechos quedan sin posibilidad de ascenso. Es lo que la doctrina del derecho antidiscriminatorio denomina discriminación indirecta. La *ius* feminista Encarna Bodelón plantea el fenómeno de la siguiente manera: “también [se] reconstruye y reproduce la subordinación sexual cuando iguala a hombres y mujeres sin tener en consideración que la situación de partida es la desventaja social de las mujeres.”²¹¹

Por otra parte, la configuración de la noción abstracta del sujeto sobre la base de la ausencia de la subjetivización del sujeto mujeres y de la incorporación de esta sólo como lo otro -alteridad del modelo dominante- implica reforzar el modelo de construcción social del género respecto de las mujeres, ya que en tanto alteridad, está construida por una subjetividad que le es propia -como su capacidad procreativa-, pero además y de un modo importante, a partir de lo que desde el punto de vista social se considera como propio de la mujer. Así, la feminidad, el cuidado, la habilidad manual, la fragilidad, la polifuncionalidad, etc. serán consideradas características propias y determinantes del sujeto femenino. El derecho naturaliza (normaliza) los roles sociales de las mujeres en la medida que presenta como privativo de estas todo aquello que conforme a la construcción social considera propio de la mujer, lo cual se expresa en las normativas específicas de los ordenamientos jurídicos. Este es el caso, por ejemplo, de la normativa referida a la

violencia de género. Actualmente, las nuevas legislaciones abordan el fenómeno desde la violencia de género, superando el modelo normativo de violencia intrafamiliar o violencia en el hogar. En materia de derecho internacional público, sólo el sistema interamericano cuenta con legislación pertinente (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”). En los demás sistemas regionales y en el sistema de Naciones Unidas, no se han aprobado instrumentos equivalentes. En Naciones Unidas sólo se ha logrado avanzar en la elaboración de una “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, que fue Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. El sistema Europeo ha avanzado en directrices sobre violencia contra las mujeres dictadas el año 2008 y luego en el 2012, Convenio Europeo nº 210 sobre la prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica

²¹¹ BODELÓN, “Dos metáforas para...”, *op. cit.*, p. 256.

maternidad: permisos maternales, fuero maternal, subsidios en razón de maternidad y crianza de hijos menores y prohibición del aborto, que no se refiere solo a los requerimientos normativos derivados del embarazo y del parto (lo único efectivamente específico del sujeto mujeres), sino que se extiende hacia otras circunstancias culturalmente femeninas de la crianza, reforzando el rol de cuidadora de la mujer respecto de los hijos, como si ello fuera un quehacer propio y natural de las mujeres (es el caso del debate sobre la necesidad del apego afectivo en los primeros meses de vida, que se centra en el postnatal de la mujer madre trabajadora y no avanza en postnatales paternos).

3. Sujeto y modelo de igualdad liberal. La crítica *ius* feminista.

Respecto al modo como, en definitiva, se instauró el modelo de igualdad liberal universalizado luego del proceso de extensión de ciudadanía, el *ius* feminismo ha estructurado también un planteamiento crítico fundado en la ausencia de cambios sustanciales en lo referente a la subjetivación del sujeto jurídico, que implica respecto de las mujeres que el ejercicio de la ciudadanía y el ejercicio y goce de los derechos fundamentales requiere de su adecuación a un modelo de subjetivación masculina. Este fenómeno ha sido denominado por la doctrina jurídica feminista como asimilacionista. Esta realidad tiene dos implicancias. Por una parte, como se esbozó anteriormente, los sujetos mujeres con sus propias vivencias, determinadas por la relación sexo-género que conforma su subjetividad (biológica, cultural, de ser humano en general y específica de mujer), no logran la igualdad, porque al no ser consideradas en la configuración de la noción de sujeto, su subjetividad (como realidad fáctica y características de sujeto) no se recoge en la concepción de ciudadanía ni en el diseño y concepción de los derechos y sus garantías. Por otra parte y como corolario de lo anterior, para avanzar en igualdad, las mujeres deben, asimilarse en el ejercicio de los derechos fundamentales a aquellos que han determinado la configuración de los derechos, su ejercicio, goce y, lo más significativo, el sistema de garantías. Catharine MacKinnon, expresa esta idea con claridad cuando señala: "...el género se constituye socialmente como diferencia epistemológica [y el derecho sobre la discriminación sexual limita doctrinalmente la igualdad de sexo mediante la diferencia]. Socialmente se distingue a una mujer de un hombre

por la diferencia entre ellos, pero se reconoce legalmente discriminada a la mujer por el sexo sólo cuando primero puede decirse de ella que es igual al hombre”²¹².

Este fenómeno implica la ineffectividad del principio de igualdad, ya que el proceso de homologación y negación de las diferencias en el sujeto abstracto ignora, incluso niega, las diversas realidades concretas y fácticas que viven los sujetos (en el mundo real), que son determinantes respecto de éstos en relación a la titularidad, ejercicio y goce de los derechos²¹³. Las mujeres se encuentran determinadas en su condición de sujeto de derecho y de su ciudadanía por un sistema de derechos que se ha construido fundándose en las propiedades, características y necesidades (realidad) de un sujeto androcéntrico. Incluso, hay situaciones en que más que ineffectivo, el principio de igualdad liberal se hace imposible; es el caso de aquellas experiencias vitales de los sujetos, que configuran una subjetividad propia a partir de la que es posible reconocer y conceptualizar formas de opresión que se dan sólo respecto de las mujeres y que no afectan a los otros sujetos, como es el caso de la violencia que se ejerce contra las mujeres fundada sólo en razones de sexo²¹⁴.

Si bien existe un ámbito del sujeto mujer que el Derecho ha considerado -el embarazo y parto y por extensión el cuidado de niños menores-, éste no está planteado en términos de igualdad de los sujetos sino de una especificidad de sujeto, por lo que además debe ser considerado en términos de protección por el Derecho. Es decir, más que re-constituir el sujeto de derecho, se aborda a la mujer como un objeto de regulación jurídica y protección, y de esa forma se estructura fundamentalmente, basado en la capacidad procreativa de la mujer, la normativa relativa a maternidad en el derecho laboral, de seguridad social y de familia. La *ius* feminista Bodelón señala

²¹² MACKINNON, Katherine. *Hacia una teoría feminista del Estado*, Editorial Cátedra, Madrid, 1995, p. 393.

²¹³ CAMPOS RUBIO, Aportaciones *ius feministas a...*, *op. cit.*, p.185.

²¹⁴ Hay situaciones específicas que sólo afectan al sujeto mujeres, como la realidad de la violencia de género, presentes en todas las sociedades actuales y que ha sido documentada también en sociedades históricas. Existe una violencia que se comete contra las mujeres cuya única motivación es la condición de mujer del sujeto agredido, y que se funda en el orden social de dominación (sistema sexo-género), tiene múltiples formas de manifestarse según configuración cultural, histórica, social. En la realidad actual de Occidente, se expresa de un modo importante como violencia en el espacio doméstico afectivo, violencia intrafamiliar (en el espacio familiar no sólo se expresa la violencia de género sino también violencia etaria), en el trabajo, donde adopta mayoritariamente la forma de acoso sexual y la llamada violencia del hábitat, que es generalmente violencia sexual combinada con violencia física incluso con resultado de muerte (femicidio o feminicidio), que ocurre en el barrio o ciudad que las mujeres habitan (caso Ciudad Juárez). Esta violencia, que no fue conceptualizada como tal sino hasta que el movimiento de mujeres y las teóricas feministas y *ius* feministas la tipificaron como una forma de delito específico, que puede tener varias expresiones (lesiones, homicidio, abuso sexual, acoso sexual, violación), no ha sido recepcionada por el Derecho justamente por no ser parte de la realidad que configura la noción del sujeto jurídico. Solo en los últimos años, determinados ordenamientos jurídicos (recientemente España) la ha regulado como tal, lo que no ha ocurrido con el derecho internacional público, donde solo ha sido recogida por el sistema interamericano en la Convención Belem do Para.

al respecto: “Se puede considerar que una de las aportaciones más interesantes del feminismo es que ha afirmado la insuficiencia del concepto formal de igualdad, este es un concepto complejo por lo que no es posible pensar que para eliminar la desigualdad sexual bastaría con incorporar a las mujeres a la estructura de derechos en las mismas condiciones que los hombres. La igualdad entendida como integración de las mujeres en un modelo...jurídico que no incorpora sus necesidades...es un modelo que vierte a las mujeres a un fracaso continuo... Frente a estos conceptos tradicionales de igualdad se plantea un concepto...transformador...que permite modificar nuestra estructura jurídica con el fin de reconstruir los derechos desde las necesidades de hombres y mujeres.”²¹⁵.

La búsqueda de la igualdad en materia sexual dentro del modelo jurídico hegemónico sin un cuestionamiento y planteamiento de cambio a la configuración del sujeto de derechos, sujeto *optimo iure*, que subyace en su conformación, plantea un problema denominado por teóricas feministas “dilema de la diferencia” ²¹⁶, según el cual buscar la igualdad formal partiendo de la noción de sujeto que se ha configurado como norma o modelo (que es universal y neutro), significa que lo “diferente” se configura como desviación²¹⁷, y el problema (dilema) es que la solución que ofrece la institucionalidad jurídica basada en la igualdad y los derechos a las mujeres, es siempre insatisfactoria: si las mujeres piden tener los mismos derechos que ellos, deben ser tratadas como los hombres, renunciando a diferencias de hecho que, de este modo, quedan invisibilizadas y, por tanto, desprotegidas. Si, por el contrario, hacen valer su diferencia, ésta acabará funcionando como un estigma y, por tanto, como un motivo de exclusión.

En la crítica al modelo de igualdad liberal como modelo configurado sobre la base de la asimilación u homologación de los sujetos, cabe destacar particularmente los trabajos de Ferrajoli (ya que no

²¹⁵ BODELÓN, “Feminismo y Derecho...”, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

²¹⁶ El denominado dilema de la diferencia también es llamado “dilema Wollstonecraft”, ya que esta pionera feminista planteó en sus trabajos que la mujer debía luchar por el reconocimiento de la igualdad, pero a su vez señalaba que debían reconocerse las particularidades de las mujeres que las definían como tales. El dilema Wollstonecraft fue construido y denominado así por Carole Pateman, específicamente esta autora plantea que los dos caminos que se han seguido las mujeres hacia la ciudadanía, la igualdad en derechos y el reconocimiento de sus diferencias como sujetos, son entre sí incompatibles dentro de los límites del estado liberal como del estado de bienestar, ya que las mujeres “o se convierten en (como) varones, ...; o continúan realizando el trabajo de mujeres, el cual carece de todo valor para la ciudadanía”. En este modelo las mujeres son condenadas a ser varones inferiores o al ser incorporadas como mujeres “esto es, como miembros de otra esfera”, no logran ganarse el respeto de sus conciudadanos (masculinos). PATEMAN, Carol. “El Estado de Bienestar Patriarcal”. *Contextos*, Año 2 N° 5. Programa de Estudios de Género Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2000, pp.19 – 20.

²¹⁷ HABERMAS, *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, p. 509

es un autor *ius* feminista) sobre igualdad, diferencia y garantías²¹⁸, en los que denomina al modelo liberal de igualdad “homologación jurídica de las diferencias”, señalando que las diferencias de las personas, como la diferencia de sexo, son “devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad... en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general....[se da] una implícita asunción de identidad... como normal y al mismo tiempo normativa...[es] el modelo de asimilación propio de los ordenamientos liberales que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término normal y normativo de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él”²¹⁹. Este autor plantea que han existido, además, otros dos modelos de configuración jurídica de las diferencias y a partir de ellos de la igualdad, que son interesante de señalar aquí, ya que coinciden históricamente con el desarrollo teórico y normativo del derecho de igualdad en la Modernidad en el siglo XIX y primera parte del siglo XX (hasta la concesión de ciudadanía en la mayoría de los países) que revisamos en el capítulo anterior desde la perspectiva de las mujeres²²⁰. En el primer modelo, la relación entre derecho y diferencias es el de la indiferencia jurídica de las diferencias, éstas no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, ni se violan, simplemente se ignoran, por lo que los sujetos resuelven los conflictos derivados de las diferencias conforme a las relaciones de fuerza, que en el caso de las mujeres, significa mantener su sujeción al poder masculino, este modelo es característico en las sociedades que el autor denomina palio liberales. El segundo modelo es el de la diferenciación jurídica de las diferencias, que se manifiesta en valorar algunas identidades y devaluar otras. Aquí se configura una jerarquía que se constituye como un estatus de privilegio, el cual incluso está a la base de falsos universalismos. Este se construye sobre la identidad de sujetos privilegiados, que en el caso de la diferencia sexual, será lo masculino. Este fue el modelo del constitucionalismo decimonónico e incluso del constitucionalismo de parte significativa del siglo XX, en que importante grupos de

²¹⁸ FERRAJOLI, Principia iuris. *Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho. op. cit.*, pp. 748 a 753. También en: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008; FERRAJOLI, LUIGI. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2009 y FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías...*, op. cit.

²¹⁹ FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, op. cit., p.75.

²²⁰ En su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ferrajoli analiza específicamente los modelos de igualdad que han existido y plantea un cuarto modelo que se funda en “la igual valoración jurídica de las diferencias”, propuesta a partir de la cual y en un debate con las teóricas feministas italianas (particularmente Adriana Cavarero), admite que hay derechos específicos de las mujeres (“diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres”), señalando que: “Hay...,un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad...”. *Ibid.*, pp. 83-85. Este mismo planteamiento es recogido en su obra FERRAJOLI, LUIGI. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*, pp.231-232.

sujetos no accedieron a la ciudadanía, siendo las mujeres las últimas en lograrlo²²¹. El tercero y actual es el ya analizado “homologación jurídica de las diferencias”.

Retomando el planteamiento de análisis de la teoría feminista, la reconceptualización del sujeto propuesta por esta ha permitido determinar que la igualdad no es posible si la noción de sujeto en la que se fundamenta el sistema de derechos y ciudadanía no es revisada a partir de la diferencia sexual y, además, que se requiere abandonar la pretensión de un sujeto abstracto y universal como paradigma del sujeto jurídico-sujeto de derecho. Este proceso debe cuestionar y tensionar críticamente la noción de sujeto liberal, que requiere ser deconstruida, para luego reconstruir una nueva y diferente, tal vez múltiple, noción de sujeto jurídico que considere la diferencia sexual como un factor de configuración de la subjetividad, realidad y contexto del sujeto jurídico. No basta con reconceptualizar el Derecho a través de la deconstrucción crítica de los conceptos jurídicos sexistas y su reconstrucción, es necesario ir más allá, se debe incluso elaborar nuevos conceptos que den cuenta de la realidad material e histórica de los sujetos en la institucionalidad jurídica²²². El planteamiento de un proceso de deconstrucción y reconstrucción crítico propuesto por el *ius* feminismo tiene como paradigma, no ya la tutela del sujeto en sí, sino la búsqueda de la garantía de la igualdad en derechos para hombres y mujeres, por lo que debe considerar las diversas subjetividades y necesidades femeninas que son producto de la realidad y lugar social que éstas tienen en las nuevas construcciones conceptuales²²³. Como plantea Barcellona, para un reconocimiento del otro, hay que pensar algo que esté más allá de lo neutro del universo jurídico, hay que encontrar una tensión y un equilibrio entre lo común que nos une y la diferencia que nos separa; sostener la diferencia implica reivindicar un nuevo espacio común, una comunidad de diferentes, pero iguales²²⁴. No se trata de un planteamiento esencialista, en cuanto a atributos masculinos y femeninos propios de hombres y mujeres, sino que se trata de que el derecho, el sistema de derechos fundamentales y la ciudadanía se estructuren teniendo en consideración la diversidad subjetiva de los sujetos, particularmente, para permitir un ejercicio, goce y garantía igualitario para hombres y mujeres. Es decir, tan humanas como los hombres en sus diferencias mutuas y, por lo tanto, con igual derecho a tener derechos.

²²¹ Estas ideas están expresadas en todos los textos de Ferrajoli citados en *supra* 218. Para efectos de este trabajo se han extraído de: FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

²²² MESTRE I MESTRE, Ruth. *La caixa de Pandora...**op. cit.*, pp. 25-32.

²²³ BODELÓN, “Dos metáforas...”, *op. cit.*, p. 262 y BODELÓN, “Feminismo y Derecho...”, *op. cit.*, p. 107.

²²⁴ BARCELLONA, *Postmodernidad y Comunidad...*, *op. cit.*, pp. 117 a 119.

La aceptación acrítica de una noción abstracta de sujeto -parcialmente subjetivada y presentada como universal y neutra, como ya hemos visto- constituye un factor institucionalizante de la desigualdad. En efecto, al configurarse la igualdad con la extensión de la ciudadanía y el reconocimiento de la titularidad de todos respecto de los derechos, se consagra que todos los sujetos son titulares de los derechos fundamentales y de sus garantías -universalidad de los sujetos y de los derechos- y por lo mismo iguales. Ello se convierte en un paradigma, ya no sólo teórico (o doctrinario) sino que material, por lo que expresa que los sujetos (seres humanos) -en el tema que nos ocupa, mujeres y hombres- son efectivamente iguales en términos jurídicos, como ciudadanos, como sujetos de derechos, como titulares de los derechos humanos y sus garantías. Se expresa aquí una lógica de identidad de los sujetos reales con el sujeto abstracto del derecho; las diferencias se neutralizan en la neutralidad del sujeto abstracto y en la igualdad de todos como ciudadanos y titulares de derechos. Se perpetúa un orden que formalmente resuelve y avanza en igualdad, pero bajo el cual subsisten, invisibilizadas, múltiples formas de desigualdad.

La idea anterior, como señala la criminóloga Elena Larrauri, supera el ámbito de cómo están redactadas las normas, pues lo importante es cómo son “dotadas de contenido” y si ese contenido implica desigualdad. En efecto, cuando las normas se aplican, reproducen los requisitos y contextos para los cuales han sido creadas y, desde esta perspectiva, tenderán a discriminar a la mujer, ya que esta no ha sido tomada en consideración (su subjetividad) al elaborar la norma, ni tampoco fue considerado el contexto en el cual el sujeto mujeres requiere de la norma. Larrauri ejemplifica lo anterior a través del orden normativo del derecho penal y, particularmente, en el análisis de la legítima defensa respecto de mujeres maltratadas víctimas de violencia doméstica, que matan a sus maridos o parejas. La aplicación de las normas que regulan la legítima defensa (que están establecidas de un modo neutro) no dan cuenta de la compleja realidad de la violencia doméstica respecto de la mujer (víctima de violencia doméstica) y del hombre (victimario de violencia). Así, por ejemplo, las mujeres homicidas en un contexto de violencia doméstica²²⁵,

²²⁵ En una reforma a la legislación referida a violencia intrafamiliar del año 2010 se incorporó al Código Penal chileno una nueva eximente de responsabilidad que tiene por fundamento el estado de necesidad. Esta normativa está planteada en términos generales, sin perjuicio que su fundamento inicial era para los casos de violencia intrafamiliar grave. La doctrina discute respecto al carácter de esta eximente, la mayoritaria sostiene que se trata de un estado de necesidad exculpante. En cambio la doctrina que se funda en las categorías feminista sostiene que se trata de estado de necesidad defensivo, ya que el titular del bien jurídico atacado es quien ha creado la fuente de peligro (el agresor de violencia intrafamiliar) y además, porque el mal que se ocasiona es menor (la muerte del agresor) que el mal que se trata de precaver (pluralidad de bienes jurídicos protegidos tanto la vida, la integridad física y psíquica de la mujer como de los hijos). (VILLEGAS DÍAZ, Myrna y SANDRINI CARREÑO, Renata “Estado de necesidad defensivo y mujeres homicidas” en:

generalmente matan a sus parejas para evitar nuevos ataques con posterioridad a un episodio de

Doctrina y jurisprudencia penal nº16 año 2014, Universidad de los Andes p. 79). La norma comentada señala: “Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal.

11ª. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”.

Esta normativa fue recogida por primera vez, y hasta ahora por única, en la sentencia absolutoria dictada en el caso seguido en contra de Karina Sepúlveda por parricidio fundada en la eximente de responsabilidad que establece el artículo 10 n°11 del Código Penal (Tribunal Oral en Lo Penal de Puente Alto, 21 de junio de 2013 RUC: 1101060685-5 RIT: 166-2012). El fundamento de la sentencia estableció primero el sentido y alcance de la eximente que consagra el referido numeral 11 del artículo 10. Al respecto el tribunal inicia su fundamentación analizando la historia fidedigna de la norma, determinando al respecto que “...de acuerdo a la historia de la ley, se encuentra fehacientemente establecido que se busca con esta causal, incorporar una eximente para la mujer que comete homicidio a su agresor, en contexto de violencia intrafamiliar brutal”, agrega luego, que este caso “...se determinó, [que] el accionar de Karina Sepúlveda, corresponde a una situación excepcional,..., toda vez que como se indica, respecto de la acusada no hubiese funcionado una intervención preventivo especial, atendida la especial dinámica de vida en el contexto violencia intrafamiliar en la que vivía inserta; tampoco se trata de cualquier víctima ni de cualquier agresor, pues claramente en este caso particular, el contexto estaba dado por una especial violencia severa hacia su persona tanto física, psíquica como sexual, en que el agresor, según se acreditó, era una persona con antecedentes penales, con órdenes de detención vigentes por crímenes y que por cierto dormía a diario con una pistola debajo del colchón.” Posteriormente en el fallo se analiza si en el caso concurren las cuatro circunstancias que determinan como requisito de esta eximente el Código Penal, señalando que respecto de la primera “actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar”, debe considerarse que “...la agresividad que sobre su persona ejercía su pareja Claudio Reyes, [siendo] este es el mal que trató de evitar Karina Sepúlveda Cisternas, pues... la sistemática violencia ejercida, reiterada, persistente y violenta, podía prever quedar nuevamente inconsciente o bien volver a ser golpeada, terminando con fracturas en todo su cuerpo... resulta evidente que en alguno de estos episodios pudiera terminar muerta, ..., lo que al tenor de las elocuentes fotografías sacadas a su cuerpo el día que fue detenida..., era perfectamente previsible y sustentable que aquello sucediera. Respecto del segundo, “que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo”, se señala que, “...de acuerdo al contexto y dinámica de los hechos que fueron establecidos..., la acusada no tenía otro medio practicable, para repeler las agresiones que sufría... por parte de su pareja. El darle muerte mientras dormía fue el único medio practicable y menos perjudicial que tuvo para evitar el mal en contra de su persona, que... era su vida. Que respecto del tercero, “que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”, se fundamenta que en este caso se trata”... de evitar una vulneración a la vida de cuatro personas respecto a la vida de otra... se debe tener presente,... [que] los riesgos vitales que sufría la acusada y sus hijos, los indicadores de riesgos fueron pautas entregadas por el Estado a fin de evitar los casos de homicidio, así lo explicó la asistente social,... no se puede desconocer las pautas aplicadas..., el día de los hechos y un mes después de ocurridos. Estas pautas,..., nos dan criterios y previsibilidad... de toda lógica e incluso de sentido común, se puede desprender de ellas el peligro que corría la vida de Karina y la de sus hijos...”. Por último respecto del cuarto, “que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa. para que el mal causado no genere responsabilidad penal se requiere que no sea exigible para el agente soportar el mal”, el Tribunal señala que “...se cumple en este caso, toda vez que Karina Sepúlveda no está obligada a que su pareja la agrede, violenta y llegue a terminar con su vida ni con la de sus hijos, según se ha demostrado precedentemente.

Si bien en virtud de este razonamiento el tribunal absolvió a Karina Sepúlveda del delito de homicidio, pero calificó su actuar de “una acción típica antijurídica más no culpable, motivado por la actuación de un tercero en protección de su propia integridad física, esto es, motivado por un estado de necesidad que le llevó a preferir cometer el ilícito ..., lo que importa la imposibilidad de efectuar al encausado un juicio de reproche penal, atendida la eximente de responsabilidad que lo ampara en la especie, lo que lleva necesariamente al tribunal a absolverla de los cargos imputados por el persecutor a este respecto”. Como se ve el tribunal lo considero un caso de estado de necesidad exculpante y no defensivo, no acogiendo con ello el planteamiento *ius* feminista de que es el agresor de violencia intrafamiliar quien crea la fuente de peligro respecto de la cual la víctima de violencia no hace más que evitar la ocurrencia de un mal mayor. Esto es, no se considera el contexto y realidad de violencia y como esta determinan la realidad y necesidad de protección de la vida de la mujer víctima de este tipo de violencia de género.

maltrato, ya que no tienen la capacidad física de hacerlo en el momento. De esta manera, no es posible cumplir con el requisito de la actualidad de la agresión. En la misma línea, no se admite la eximente, argumentando que la mujer tiene otros medios para evitar la reincidencia de la violencia doméstica, lo que no siempre es efectivo, ya que muchas veces las mujeres están impedidas de salir o comunicarse fuera del hogar, e incluso cuando pueden hacerlo, las medidas de protección que tienen a su alcance son más teóricas que reales. Además, como la mayoría de los casos de muerte se da cuando el hombre está desprevenido, de espaldas o durmiendo, se argumenta que el acto homicida ha sido realizado con alevosía, aprovechando la indefensión del marido o pareja, dejando fuera del análisis, por ejemplo, si la mujer tenía o no otra posibilidad que la de actuar en estas circunstancias, considerando para ello el contexto de violencia doméstica y sus características respecto de la mujer y del hombre²²⁶.

La crítica al sujeto no se limitó al planteamiento respecto de las deficiencias en la subjetivación y la institucionalización de lo neutro como supuesto de lo igual. Las teorías críticas del sujeto (el feminismo, entre otros) plantean que el proceso de abstracción del Derecho no es compatible con las diferencias de los sujetos, con la constitución de relaciones personales entre los individuos concretos, poniendo en entredicho la sustentabilidad del presupuesto de la Modernidad de una noción única ante la particularidad de cada sujeto nuevo (hoy sujetos de derecho) y ante el cambio que debe o deberá implicar la efectiva incorporación (plena y en igualdad) de todos los sujetos a la esfera pública de la sociedad (la esfera de los derechos). En este contexto, se plantean interrogantes del tipo: ¿Cómo es posible entender o enfrentar los conflictos surgidos ante la

²²⁶ LARRAURI, Elena. Género y Derecho Penal. Conferencia en seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas. San José de Costa Rica, 26 y 27 de septiembre de 2002, pp. 5 a 8. En: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_interinteres/ponencia%20elena%20larrauri.pdf.

Recogiendo a Katharine Mackinnon, esta autora plantea que en general los delitos sexuales constituyen un modelo de interpretación masculina, ya que consideran las características del agresor más que las de la víctima, como es el caso de la violación, donde el acceso carnal o el yacer se ha interpretado siempre como penetración y no considera el punto de vista de la víctima en cuanto a la vejación sufrida, independientemente si hubo alguna forma de penetración o no. Para mayor desarrollo de la misma autora: *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona EUB, 1995.

Para Chile, ver: VILLEGAS DÍAZ, Myrna. “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal” *Revista de Derecho* Vol. XXIII Nº2 diciembre 2010 pp. 149-174; VILLEGAS, Myrna. “El delito de maltrato habitual en la Ley Nº 20.066 a la luz del derecho comparado”. *Política criminal* Vol. 7, Nº 14 (diciembre 2012), pp. 276 – 317 y VILLEGAS DÍAZ, Myrna y SANDRINI CARREÑO, Renata “Estado de necesidad defensivo y mujeres homicidas” en: *Doctrina y jurisprudencia penal* nº16 año 2014, Universidad de los Andes, pp. 61-84.

Al respecto, es interesante un fallo reciente del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle (R.I.T. Nº:29-2016), donde en un caso de violencia intrafamiliar por femicidio frustrado, se configuró la atenuante de responsabilidad penal de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le hayan causado arrebatos u obcecación, ya que momentos antes de la agresión se había develado la infidelidad de la cónyuge. En este caso se ve que las consideraciones de contexto masculinas, el dolor de la infidelidad, sí constituyen atenuante de responsabilidad para los casos de femicidio.

emergencia o incorporación de nuevos sujetos sociales si nos atenemos a la imagen de un sujeto único?, ¿Cómo es posible dar cuenta de las múltiples relaciones de subordinación que afectan a un sujeto si se considera a las personas como seres sociales homogéneos y unificados?, ¿Cómo se expresa en el sujeto abstracto la multiplicidad de subjetividades que están a la base de los planteamientos por los derechos y por una ciudadanía más igualitaria de los múltiples movimientos sociales que actualmente existen?

En este punto, nos parece importante insistir en que el planteamiento crítico a la noción de un sujeto único no proviene exclusivamente del feminismo, sino que es un planteamiento central en áreas de conocimiento como el post estructuralismo y el psicoanálisis. Este debate se inscribe dentro de lo que se ha denominado las crisis del sujeto²²⁷, y para algunas corrientes de pensamiento es tan paradigmático y tan totalizante que prácticamente se niega la posibilidad de sujetos colectivos o de concepciones que recojan elementos comunes de los sujetos o sujetos culturales o históricos²²⁸.

La crítica que en este trabajo se recoge no se plantea dentro de este debate paradigmático, sino que se limita al cuestionamiento que el feminismo²²⁹ hace a la imposibilidad de la existencia de un

²²⁷ Este debate tiene una importancia central en los planteamientos de los autores que se sitúan en la post Modernidad, ya que uno de los temas en discusión que permiten fundar la superación de la Modernidad se refiere justamente a los planteamientos que cuestionan la idea sujeto universal, de sujetos colectivos o sujetos históricos, en ese sentido se plantea desde esta posición lo que se denomina la “muerte del sujeto”, o lo que otros llaman la “pulverización del sujeto”.

²²⁸ Dentro de las corrientes críticas referidas al sujeto, están las que cuestionan la idea de universalidad (aquello que debe superar el examen de aplicabilidad universal), a partir de lo cual se cuestiona la noción misma de derechos generales atribuibles a los sujetos como colectivo humano, consecuentemente con ello se reprocha la posibilidad de su universalidad sobre la base de la particularidad de los sujetos y su relación con otros al estar en comunidad. En esta línea es interesante los trabajos de Costas Douzinas, quien ha cuestionado no sólo el carácter de los derechos humanos y en ese sentido la determinación de su estructuración y contenido, sino que los derechos humanos en sí particularmente como fundamento de un orden mundial y de un sistema de derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido es especialmente ilustrativo su trabajo “El fin de los Derechos Humanos”, Editorial Legis, Bogotá, 2008.

²²⁹ En el debate feminista hay diversas propuestas, ya que el feminismo, como cualquier otra aproximación teórica, esta cruzada por el debate epistemológico y filosófico, sin embargo hay un punto en común, que es inicial en la crítica fundada en la diversidad sexual a la noción de un sujeto único, a partir de allí lo que varía es la amplitud del cuestionamiento a la noción de sujeto y las diversas búsquedas de respuestas posibles.

Es importante aclarar además que el cuestionamiento a la idea de una noción única y universal, no significa que se planteé la negación de que existan sujetos colectivos, históricos o sociales. En efecto un importante sector del feminismo plantea el debate respecto del sujeto mujeres y su configuración como un sujeto colectivo y/o histórico y social a partir de la idea de la existencia de un orden social estructurado como parte de la Modernidad que determina a las mujeres como sujeto y que es transversal respecto de todas, sin perjuicio de las especificidades que se puedan dar dependiendo de las realidades que pueden determinar a los sujetos como son la etnia, la raza, el hábitat, la condición de migrante, la pertenencia cultural etc. Al respecto es importante tener presente el planteamiento de la interseccionalidad, que plantea la existencia de diversas condicionantes de discriminación del sujeto que no pueden ser abordadas como una sumatoria sino que configuran colectivos de sujetos que son determinados a partir de las características comunes que expresan (nota *supra* 89).

sujeto único y universal que a partir de un proceso de abstracción exprese a todos los sujetos, neutralizando las diferencias y configurando el modelo de igualdad (homologación). En ese sentido, las preguntas arriba planteadas son también aquí pertinentes, y las respuestas que encontremos a ellas contribuirán a configurar una noción de sujeto que permita dar cuenta de la diversidad humana y de cómo esta se determina a partir de las relaciones entre los sujetos. Este debate debe considerar las circunstancias sociales e históricas específicas de los sujetos que conforman la sociedad política respecto de cuyo sistema de derechos ciudadanía e igualdad se está reflexionando, porque no debe olvidarse que el núcleo de la crítica es la pretensión de que exista una noción única y universal de sujeto, ya que detrás de ello hay un particularismo que se convierte en un mecanismo de exclusión²³⁰.

Considerando este tema en el marco jurídico de la igualdad es importante considerar lo que señala autores como Ferrajoli cuando plantea su crítica al modelo de igualdad liberal, ya que aborda en la búsqueda de modelos sustanciales de igualdad la problemática de la diversidad del sujeto utilizando las herramientas del garantismo para ello. Específicamente, plantea que el modelo liberal, que él designa de homologación de las diferencias, debe ser superado por un nuevo modelo que denomina de igual valoración jurídica de la diferencia. Aquí se debe garantizar la libre afirmación y desarrollo de las diferencias y la diversidad, dotándolas de igual valor, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de las leyes de los débiles que son los derechos fundamentales. La igualdad en este contexto ya no se funda en un modelo de sujeto que homologa; por el contrario, la diferencia es validada y tutelada en tanto configura la propia identidad de los sujetos (lo que incluso considera un derecho fundamental, el derecho a la identidad propia), "...en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás". En este planteamiento la igualdad, que es normativa, será planteada como igualdad en derechos, que significa que "...unifica a una clase de sujetos en la titularidad en aquellos derechos que -en cuanto que reconocidos y garantizados a todos y en igual medida- son llamados universales o fundamentales,..." . Esto es, la igualdad jurídica será la idéntica titularidad jurídica y garantía de los derechos fundamentales por el hecho que los titulares son diversos entre sí, diversidad que a su vez el derecho ampara. Como se ve, aquí ya no es el sujeto único abstracto,

²³⁰ MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Editorial Paidós, España, 1999, pp. 31 y 32.

universal y neutro la base que configura los derechos fundamentales y la igualdad. Si bien Ferrajoli no entra en el debate sobre la configuración o determinación del sujeto como concepto abstracto fundante, sí desecha la noción de un sujeto único y plantea más bien que las diferencias deben ser consideradas como hechos dados, y a partir de esa realidad, configurar la norma que permita establecer jurídicamente la igualdad, pero ya no a partir de los sujetos sino de los derechos y de sus garantías. Estas últimas deben elaborarse no sólo respecto de los derechos en sí, sino que también considerando las diferencias de los sujetos y si y en qué medida éstas afectan su titularidad y/o ejercicio. Ferrajoli incluso plantea específicamente que en materia de diferencia sexual, se debe configurar garantías sexuales para asegurar la igualdad en derechos a hombres y mujeres²³¹.

4. Desigualdad de poder social y jerarquías frente a la igualdad.

A partir de la crítica a la noción misma del sujeto único, el feminismo plantea que esta idea es insostenible, no sólo por la parcialización o déficit en la subjetivización ni por lo que representa en sí la insistencia en un modelo de sujeto único ante la emergencia de múltiples sujetos ciudadanos, sino que además, porque la noción abstracta y universal de sujeto único supone que los sujetos son en sí equivalentes y homologables, ignorando las relaciones de jerarquía y poder que hay entre estos al interior del orden social. La abstracción del derecho de la Modernidad hace aparecer a los sujetos como libres e iguales, soslayando las relaciones de poder al interior de la sociedad que determinan y afectan la libertad e igualdad material y jurídica de los sujetos, particularmente en lo referente al ejercicio de la ciudadanía y de la titularidad y ejercicio de los derechos²³². Como dice Barrère, no hay vínculos significativos entre la estructuración del poder en la sociedad y el concepto de igualdad liberal²³³.

La sociedad posee un determinado orden que basado en las diferencias (en el caso del género, a veces biológicas²³⁴, pero mayoritariamente socioculturales), configura relaciones de poder y jerarquías entre individuos, actuando como determinante en la conformación de grupos de

²³¹ FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, op. cit., pp. 83-86. También en: FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*. op. cit., pp. 750-752.

²³² BARCELONA, *Postmodernidad y comunidad...*, op. cit., p. 107.

²³³ BARRÈRE, María de los Ángeles. "La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas". *Revista Vasca de Administración Pública*, Mayo-Diciembre 87-88, 2010, p. 226.

²³⁴ Al respecto Judith Butler sostiene que la construcción del sexo tiene también un componente cultural. Idea que es seguida por una parte de la teoría feminista.

pertenencia social (estatus)²³⁵, y que no es considerado por el derecho hegemónico, ni siquiera por la rama del Derecho que se desarrolla como respuesta a la discriminación de grupos sociales como es el derecho antidiscriminatorio. La noción de igualdad liberal se configura y estructura sobre el supuesto que todas las personas poseen el mismo estatus jurídico, tratando a las personas como si tuvieran las mismas oportunidades y experiencias²³⁶.

Un análisis de las relaciones sociales que tiene en consideración las relaciones sexo-género, por el contrario, pone en el centro del debate la realidad de dominación-subordinación social que afecta a las mujeres producto de las relaciones de poder y jerarquía que existen en el orden social entre hombres y mujeres²³⁷. La estructuración de un orden social fundado en el sistema sexo-género implica que la sociedad se ordena de un modo binario: hombres y mujeres, masculino y femenino, como categorías distintas que no tienen pertenencia común, ya que se es lo uno o lo otro. Este modelo de género binario expresa también la relación de jerarquía, donde el sujeto será lo masculino y la alteridad lo femenino. Se ordena en una relación jerarquizada de poder entre lo masculino y lo femenino (sujetos hombres y sujetos mujeres), lo que se configura como un fenómeno de dominio o subordinación de carácter estructural (sistémico), manifestado en situaciones de injusticia igualmente estructural, que sufren las mujeres en su vida diaria y que presenta distintos aspectos²³⁸. Dicho en otras palabras, existe un orden social respecto del cual el género ha actuado como mecanismo estructurador de las relaciones de poder, particularmente en las relaciones entre lo masculino y lo femenino, configurando imaginarios en los cuales se naturalizan diferencias y desigualdades y se esencializan los significados de la categoría mujer y hombre, estableciéndolas como relaciones propias de la naturaleza²³⁹. Este aspecto normativo y

²³⁵ Ocupar un status es ocupar una posición en la estructura social -de acuerdo a los privilegios y obligaciones-, cuyos rasgos vienen definidos por el entramado normativo de la sociedad. Los status tienen una especial naturaleza: son normativos, en el sentido de que son definiciones hechas por normas sociales de las distintas posiciones de la sociedad. LAPORTA, Francisco J. "El principio de igualdad: Introducción a su análisis". *Revista de Ciencias Sociales*, nº 67, p. 19.

²³⁶ BODELÓN, "Dos metáforas...", *op. cit.*, p. 256.

²³⁷ El feminismo y el iusfeminismo (en referencia a modelos jurídicos) han analizado y develado prácticamente desde el inicio de su desarrollo como teoría autónoma, a partir de la década del 60 del siglo XX, la realidad de dominación – subordinación que afecta a las mujeres en el orden social.

²³⁸ La teórica feminista Iris Marion Young señala que estos se expresan en la sociedad como explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia. Esta autora trabaja la noción de grupos sociales que sufren marginación dentro del orden social, los que no son sólo mujeres, también existen otros como lo racial (población negra), la pobreza (estructura de clase) los migrantes, la opción sexual (LGTB) por nombrar los más característicos de la sociedad norteamericana a los cuales ella se refiere. En este sentido plantea que es posible determinar que estos colectivos sufren subordinación cuando respecto de ellos se expresan los aspectos a los que ella hace referencia no es necesario que se den todos estos son categorías de análisis cuya presencia o expresión permiten dar cuenta de realidades de dominación. YOUNG, *La justicia y la política...*, *op. cit.*, pp. 86 a 110.

²³⁹ BODELÓN, "Feminismo y derecho...", *op. cit.*, p. 130.

ordenador de los roles, funciones y jerarquías sociales a partir del sexo de los sujetos expresa las interpretaciones de los significados de los símbolos sociales, estos conceptos se expresan en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas, que afirman categóricamente, unívoca, esencializada y naturalizadamente el significado de varón y mujer, masculino y femenino, y así, la relación entre ambos y la posición que emerge como predominante es expuesta como la única posible²⁴⁰. Las relaciones sociales se entienden como un sistema en el cual la jerarquía de género se expresa como un orden social que subordina económica, política y culturalmente a las mujeres.

Estas relaciones jerárquicas y de poder colocan a mujeres y hombres en diferentes posiciones dentro de la estructura social, definidas por el entramado normativo de la sociedad que implica la conformación de grupos de pertenencia social o estatus, todo lo cual permite hablar de mujeres y hombres como colectivos cuyas mutuas relaciones sociales están determinadas por elementos estructurales y sistémicos (de carácter cultural-histórico) y cuyos integrantes tienen elementos comunes que los definen y le dan pertenencia y rol social (y como se verá también jurídico)²⁴¹. Por ello, a pesar de las diferencias que tienen las mujeres entre sí y los hombres entre sí por razones de clase, de raza, de hábitat, de historias culturales, etc., dentro de una sociedad, la pertenencia al colectivo mujeres u hombres se configura como una asignación de estatus social.

Por otra parte, podemos hablar de dominación o subordinación en un orden social cuando este tipo de relaciones son la manifestación de relaciones jerárquicas de carácter estructural y/o sistémico de ese orden social, es decir que no son el resultado de decisiones, elecciones de unas personas. Las sociedades se configuran en un orden fundado en modelos de dominación o subordinación entre los sujetos sociales, tal carácter se expresa fundamentalmente por el hecho de ser una situación que se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones políticas, económicas y culturales de una sociedad; no es necesario identificar a un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que éste se beneficie con la opresión del otro.

²⁴⁰ SCOTT, "El género: una categoría útil para el...", *op. cit.*, p. 23.

²⁴¹ Nancy Fraser sostiene que las teorías contemporáneas de la justicia respecto de movimientos sociales, como el feminismo, se encuentran cruzadas por una tensión entre teorías de distribución (injusticia socioeconómica) y de reconocimiento (injusticia basada en lo cultural). "El carácter bivalente del género es sin embargo, la fuente de un dilema... Las mujeres sufren por lo menos dos tipos de injusticia...requieren necesariamente dos tipos de soluciones: tanto redistribución como reconocimiento. Sin embargo los dos tipos de solución van en dirección opuesta y no es fácil perseguirlo de modo simultáneo, por ello se debe buscar una solución institucional que combine la propuesta deconstructiva de lo cultural junto a políticas redistributivas desde el Estado. FRASER, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde una posición postsocialista*. Bogotá, Siglo del Hombre, Editores, 1997, pp. 34 y 52. Ver también: FRASER, Nancy Y HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid, Ediciones Morata. 2006.

Adicionalmente, se debe considerar que la realidad de discriminación no puede ser analizada en términos de acumulación de actos discriminatorios; lo que hay son relaciones jerárquicas y de poder estructurales y sistémicas que establecen en sí un orden que discrimina, el cual se expresa en diversos actos de discriminación²⁴².

El género, como jerarquía, es un elemento relevante en las estructuras de poder, pero no el único. Hay también otras opresiones que abarca el sistema de relaciones sociales que tiene o crea diferencias: de clase, raciales, de opción sexual, de nación, discapacitados, etc. El conjunto de diferencias interactúa (o estas actúan conjuntamente), expresando dominación y subordinación de los diferentes actores sociales y jerarquías en relaciones irregulares y variables (no piramidales), que explican los diferentes modos y niveles de poder que tienen los sujetos sociales. Por ello, respecto de las mujeres como tales, en virtud de las relaciones sociales estructuradas sobre la base del género, se expresarán unas formas de dominación o subordinación, pero que estarán cruzadas por otras formas de dominación. De esta manera, en algunos casos coexistirán en un sujeto varias formas de subordinación, pero que no son más que manifestaciones diversas del mismo fenómeno, de las relaciones jerárquicas que se dan al interior de la sociedad.

Sin embargo, es importante aclarar que la subordinación de género tiene dos particularidades que la hacen especialmente relevante. Por una parte, es anterior a la configuración de la Modernidad, lo que implica, como se ve en el análisis histórico y conceptual en los primeros capítulos de éste trabajo, que con anterioridad al proceso de configuración de la Modernidad, ya había relaciones de poder entre sujetos femeninos y masculinos, aunque social y jurídicamente tenían una expresión diversa, que la Modernidad —a pesar del planteamiento de la igualdad— no eliminó, sólo transformó e incluso reforzó²⁴³. La segunda particularidad de la subordinación de género es que afecta a la mitad de la población, en la medida que afecta a todas las mujeres, aunque la expresión de la subordinación variará según los diferentes contextos culturales y estará matizada, a su vez, por otras relaciones de poder presentes respecto de aquellas, clase, raza, opción sexual, etc. En

²⁴² BARRÈRE, Igualdad y «discriminación positiva»... *op. cit.*, p. 14.

²⁴³ La teoría feminista ha demostrado que en términos históricos el patriarcado se ha estructurado como modelo de dominación para el control de la sexualidad y capacidad reproductiva de las mujeres y para la apropiación del trabajo de éstas. En las diversas etapas históricas el patriarcado se ha expresado de modo específico. El paso del Antiguo Régimen a la Modernidad, significó que la mujer se mantuvo vinculada a la familia cumpliendo allí su rol social, sin embargo, la circunscripción a la familia y a la mujer del trabajo reproductivo y por lo mismo la responsabilidad de reproducción de la fuerza de trabajo, y la exclusión de las mujeres del trabajo productivo requirió nuevos y reforzados mecanismos de dominación respecto de las mujeres. Estos se consolidaron en la conformación del orden social de la Modernidad: la familia consignada a la esfera doméstica privada y la mantención de la jerarquía familiar afianzada por la nueva normativa de la codificación civil y penal.

esta red de relaciones de subordinación, sin embargo, la de género será siempre la más gravitante, ya que esta determina la exclusión incluso dentro de grupos excluidos. Por ello decimos que en las mujeres se expresan varias formas de discriminación a partir del género.

5. Discriminación del sujeto mujeres. Una lectura feminista.

5.1. Ruptura de la igualdad (discriminación) en el modelo liberal.

Es importante detenernos un momento para revisar el planteamiento que respecto de la igualdad y su ruptura hace el derecho hegemónico, para analizar de qué forma este da respuesta a los desafíos que demanda al Derecho la realidad de subordinación-discriminación que afecta a las mujeres como grupo social. Luego, a partir de ello, se podrá revisar las propuestas que el *ius* feminismo, como doctrina jurídica crítica, ha elaborado para superar los déficits del derecho liberal en materia de igualdad sexual.

Los autores coinciden en la idea inicial de que los seres humanos no somos idénticos, que somos diferentes²⁴⁴, para luego especificar que, sin embargo, entre los sujetos no solo hay diversidad sino también algo que poseemos todos en común y que es nuestra condición humana. Según este enfoque, la diversidad y la diferencia son situaciones de hecho (materiales), en cambio, la igualdad (desigualdad) es normativa; es decir, no está determinada por hechos sino que se configura a partir de una estructura normativa, que constituye un "principio normativo"²⁴⁵ a partir del cual se atribuye un significado y una consecuencia respecto de la realidad material²⁴⁶.

La igualdad es una noción indeterminada, ya que se configura normativamente respecto de una realidad material de sujetos diferentes y diversos y, por lo mismo, se la debe dotar de contenido para que se constituya y configure por sobre esa realidad diversa. La dificultad para establecer el significado descriptivo de igualdad, dice Bobbio, es su indeterminación, en la medida que no

²⁴⁴ Ferrajoli incluso señala, que los seres humanos son todos diversos entre sí y que esa diferenciación debe ser incluso tutelada por el derecho, ya que lo que es característico (propio) de cada persona es parte de lo que configura la identidad de cada ser humano. La identidad es un derecho fundamental. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*. op. cit., pp. 748 a 752.

²⁴⁵ En el trabajo de Aída Figueroa Bello: "Aproximaciones Teóricas de la Igualdad en la Normativa Constitucional Española" (En: *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional* nº 2, enero-junio 2012), la noción de igualdad es analizada bajo tres conceptos: como principio, como valor supremo y como principio fundamental.

²⁴⁶ LAPORTA, "El principio de igualdad: Introducción...", op. cit., p. 3 y CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Constitución. Cuadernos de la igualdad*, núm. 1, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México 2008. pp. 13 y 14.

significa nada si no es posible responder ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? La igualdad es un tipo de relación formal que se determina sobre la base de tipos de relación (trato) entre los entes de una totalidad²⁴⁷. Así, la igualdad no consiste en tratar a todos por igual, ya que ello sería identidad de tratamiento, lo que no es posible ni deseable, sino que se configura como la prohibición o permisividad de determinadas diferenciaciones de trato respecto de los sujetos diversos. La igualdad es siempre relacional, es el resultado de un juicio sobre una pluralidad (una dualidad en su mínima expresión) de elementos, de un juicio de igualdad entre elementos comparados²⁴⁸.

El carácter de noción indeterminada de igualdad lleva a autores como Laporta a plantear que el concepto de igualdad no es lo fundamental, pues en la medida que no hay una igualdad característicamente "jurídica", el pre-requisito de "proponer una fórmula-base del principio en cuestión, [a su juicio] no tiene,..., demasiada importancia que cumplir, y casi podría dejarse a la simple intuición de cada uno. Las formulaciones usuales de principios éticos generales, con su característica ambigüedad y vaguedad, se prestan,..., a discusiones sofísticas e inacabables merced a todos los argumentos que son capaces de agazaparse en la indefinición sistemática de los términos vagos. No obstante ello [plantea que cumplirá] con ese requisito: [siguiendo] la fórmula, lo suficientemente neutra y lo suficientemente intencional de Ronald Dworkin: "Todos los seres humanos deben ser tratados como iguales". Más importante es, [en su] opinión, la necesidad de proponer un modelo claro y sencillo, pero suficiente, de lo que es una "norma", para poder después efectuar sobre él las diferentes proyecciones posibles de ese principio de igualdad."²⁴⁹.

Considerando que el concepto de igualdad es una construcción normativa, que no supone identidad de los sujetos y que es relacional, no es posible determinar *a priori* cuales son las características, particularidades o rasgos que deben ser considerados, o a la inversa, cancelados. Para determinar si corresponde un trato igualitario o un trato diferente a los sujetos, es necesario establecer normativamente cuándo las diferencias son necesarias, posibles o prohibidas, es decir que respecto de la igualdad hay tratos iguales y desiguales completamente lícitos, por lo que se

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós, Barcelona-España, 1993, pp. 53 y 54.

²⁴⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 640.

²⁴⁹ LAPORTA, "El principio de igualdad: Introducción..." , *op. cit.*, p. 3.

requiere la presencia de criterios racionales²⁵⁰ que sirvan de base para fundar el juicio de admisibilidad en relación al principio o derecho de igualdad.

En general, tanto los autores como la jurisprudencia plantean como fórmula estructurante inicial la denominada isonomía de Aristóteles, conforme a la cual “se debe tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”²⁵¹, lo que implica que se debe determinar cuál es la posición y caracterización del sujeto o los sujetos, para poder establecer, a partir de ello, si el trato efectuado es lícito o ilícito conforme al principio de igualdad. Se trata de determinar si procede o no (si es lícito o ilícito) un trato igualitario o desigual conforme al principio y derecho de igualdad según las situaciones en que se encuentran los sujetos afectados: si estas son suficientemente similares, se requerirá un trato paritario, y por el contrario, si no lo son, procede un trato diferenciado. Como se ve, aquí hay dos ideas centrales, por una parte, la que señala que se debe determinar si los sujetos están en una posición de igualdad o de desigualdad, y por otra, la noción de trato, esto es, cómo son abordados o considerados los diversos sujetos o grupos de sujetos dependiendo de la situación en que se encuentran, conforme se ha podido establecer (racionalmente). Así, lo primero es determinar si el trato es respecto de sujetos que están en una situación de igualdad, en cuyo caso lo justo será el trato igualitario, o bien, entre individuos que están en una situación de desigualdad, siendo aquí lo justo el trato no igualitario. Para establecer, luego, lo justo o injusto, sobre la base del trato que se le da a los sujetos conforme si están en relación de igualdad o desigualdad, se requiere necesariamente de una medida que permita la comparación entre los sujetos, que permita determinar lo lícito o ilícito del trato. Como dice García Amado, lo determinante estará en el criterio con que se agrupan los sujetos en iguales o

²⁵⁰ Lo que interesa entonces es establecer normativamente lo se ha denominado criterios metodológicos del principio constitucional de igualdad para determinar las condiciones de aplicación que se han de satisfacer, como la variación que, en función de esas condiciones, cabe operar en las consecuencias normativas. Dicho de otro modo, a qué criterios se debe reconducir el razonamiento valorativo para que su resultado pueda tenerse por racional o fundado en razones jurídicamente atendibles. GARCIA AMADO, Juan Antonio. “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, España, pp. 111- 115.

²⁵¹ El profesor Bernal Pulido se refiere a esta idea en los siguientes términos: “... [el] principio [de igualdad] impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comportan ningún elemento en común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias , pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias...; y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes...” BERNAL PULIDO, Carlos. *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Publicado en el portal de la Universidad Externado de Colombia, p.1. En: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf.

desiguales, ya que antes las diferencias “... la igualdad o desigualdad se predica siempre a partir de un determinado... criterio de referencia.”²⁵². Dicho en otras palabras, todo juicio de igualdad requiere de un acto de decisión en el que se seleccione quiénes y qué datos van a considerarse relevantes en orden a la emisión del juicio comparativo de igualdad. La configuración del patrón de comparación (*tertium comparationis*), en el modelo liberal es el sujeto jurídico construida por la Modernidad, es el sujeto *optimo iure*. Este sujeto es que da la medida para determinar, en el juicio comparativo, lo que es igual y lo que no lo es.

Para establecer los criterios de referencia que permiten determinar el principio igualdad en la tradición del constitucionalismo liberal, hay fundamentalmente dos modelos: por una parte, un juicio de igualdad de tradición europea que se funda en el modelo del juicio de proporcionalidad (racionalidad) y, por otra, un modelo de inspiración norteamericana que se basa en la distinción en tres tipos de escrutinios de igualdad.

El juicio de proporcionalidad se determina a partir de la apreciación de si la diferenciación, ya sea de trato o de posición de los sujetos, es conducente y legítima. Se trata de determinar si la diferencia permite de la mejor manera el cumplimiento de un objetivo trazado (conducente), el cual tiene validez conforme al ordenamiento constitucional (legítimo). En otras palabras, la prohibición de un trato arbitrario entre dos o más sujetos significa que debe evaluarse si la diferenciación que se está considerando o determinando entre estos, está fundamentada en una finalidad lícita y responde a cierta proporcionalidad. En este sentido, no basta que su finalidad sea jurídicamente lícita, sino que debe, además, guardar cierta proporcionalidad con la misma finalidad y con las distinciones permitidas o establecidas por el orden constitucional.

Dentro de este planteamiento, la doctrina señala que es necesario establecer normativamente los llamados ‘criterios metodológicos del principio constitucional de igualdad’²⁵³ o ‘criterios para la fundamentación racional’ a fin de determinar las condiciones de aplicación que se han de satisfacer, así como la variación que, en función de esas condiciones, cabe operar en las consecuencias normativas. Dicho de otro modo, a qué criterios se debe reconducir el razonamiento valorativo para que su resultado pueda tenerse por racional o fundado en razones jurídicamente atendibles²⁵⁴. Aquí cabe destacar un conjunto de criterios que permiten determinar

²⁵² GARCIA AMADO, “Problemas metodológicos”, *op. cit.*, p. 117.

²⁵³ *Ibid.* pp. 111- 115.

²⁵⁴ *Ibid.* p.113.

casos y situaciones específicas donde procede o no establecer o permitir diferencias en función de lo que configuran, estos son: principio de satisfacción de necesidades, principio de retribución de merecimientos, principio de reconocimiento de aptitudes y principio de consideración de estatus. Los nombres de estos principios son bastante elocuentes en relación a sus respectivos contenidos. El primero plantea que es posible fundar diferencias no discriminatorias en consideración a si la norma o actuación jurídica se enmarca dentro de una función de satisfacción de necesidades - respecto de determinados sujetos o en determinadas circunstancias- que permite cumplir con un objetivo jurídico; el segundo se refiere a ciertos casos en que -mediante la diferenciación- se produce una retribución por un mérito que el propio derecho contempla; el tercero es muy similar, sólo que respecto de aptitudes especiales de los sujetos en un marco de la institucionalidad jurídica, y el último se refiere a determinados estatus sociales, que dada su condición especial en la sociedad, hacen merecedor a los sujetos que lo poseen de una protección, ayuda o beneficio, como es el caso del estatus de niño/a. Hay que tener presente, que todos estos criterios deben aplicarse siempre teniendo en consideración los principios de generalidad y de no arbitrariedad; es decir, tienen que tener un fundamento lícito y ser proporcionales. Respecto del criterio de consideración estatus, es importante aclarar que aquí la noción de estatus, en este modelo, no considera que existan grupos sociales cuyo elemento configurador sean las relaciones de poder y jerarquías del orden social.²⁵⁵

El segundo modelo para determinar el principio de igualdad se funda en la consideración de distintos niveles de intensidad en relación a la igualdad. Este modelo establece una escala de intensidades para la aplicación del principio de igualdad, las que se pueden definir de la siguiente manera:

Escrutinio débil: Es la forma más tradicional y regla general para la aplicación del principio de igualdad. A este nivel, para que el acto jurídico sea declarado constitucional, sólo se requiere que el trato diferenciado tenga un objetivo legítimo y que sea potencialmente adecuado para alcanzar dicho objetivo.

Escrutinio estricto: Surge posteriormente al modelo del escrutinio débil y está configurado a partir de la toma de conciencia de la existencia de grupos o intereses que habían sido históricamente discriminados y que, en tal condición, merecían una protección especial por parte del Estado. Es el

²⁵⁵ LAPORTA, "El principio de igualdad: Introducción...", *op. cit.*, p. 15.

caso de colectivos definidos a partir de la raza, el género, la opción sexual u otros así llamados criterios sospechosos -porque existe una historia de discriminación fundada en ellos- y para los cuales el trato diferente requiere dos exigencias: primero, que la medida persiga un objetivo constitucionalmente imperioso para la sociedad y el Estado y, segundo, que esa medida sea fundamental, única o la más idónea para alcanzarlo.

Escrutinio intermedio: Este se ha desarrollado más recientemente por el Corte Suprema norteamericana y se sitúa entre los dos escrutinios antes descritos. Este escrutinio se configura respecto de grupos históricamente vulnerados o desfavorecidos –la discriminación se funda en un criterio sospechoso- a quienes se intenta favorecer con la diferencia efectuada, de modo que se logre o avance hacia la igualdad real, se funda en la concepción de las acciones positivas²⁵⁶.

De lo expuesto, es importante consignar la centralidad que en el modelo liberal de igualdad tiene la noción de trato respecto de los sujetos, en tanto se refiere a una acción de relación entre individuos. Como se dijo anteriormente, antes que nada se debe determinar si la relación es entre individuos que están en una situación de igualdad (lo justo será el trato igualitario) o bien es entre individuos que están en una situación de desigualdad (será justo el trato no igualitario); por ello, determinar lo injusto a partir de la noción de igualdad de trato entre sujetos, implica necesariamente contar con una medida de comparación entre los sujetos, que permita determinar la igualdad o desigualdad de trato entre sujetos. La igualdad presupone en este contexto una relación comparativa, a partir de un patrón seleccionado que sea relevante a tales efectos. Tal como se vio, esa medida o criterio de referencia es la noción de sujeto abstracto de la Modernidad, recepcionada y normativizada por el constitucionalismo liberal.

5.2. Crítica feminista a la noción de discriminación fundada en la igualdad de trato. La discriminación estructural.

La caracterización de la igualdad –no olvidar que la igualdad jurídica es normativa, no supone identidad y siempre es relacional- en el modelo liberal y los criterios metodológicos para su aplicación esbozados en las líneas precedentes, parten del supuesto de que los sujetos participan de una realidad que les es común, dentro de la cual son homologables, equivalentes, no tiene relaciones jerárquicas entre sí y que si bien no son idénticos, sus diferencias no determinan

²⁵⁶ BERNAL PULIDO, El juicio de la igualdad en la..., op. cit., pp. 8- 12.

relaciones de poder que impliquen establecer jerarquías sociales determinantes respecto de la aplicación del orden normativo²⁵⁷. Barrère plantea específicamente: “la ruptura de la igualdad de trato entre personas que pertenecen a un mismo grupo (en el que no se atisban diferencias estructurales de poder) no es asimilable a la ruptura de la igualdad de trato basada en la desigualdad de status o poder de un grupo respecto de otro....La idea básica es sencilla, casi banal: es impensable una igualdad de trato entre individuos que estructuralmente y/o grupalmente considerados tienen un status desigual”²⁵⁸.

Este es el punto de partida de la crítica y del planteamiento *ius* feminista. Las mujeres, así como otros colectivos sociales, son parte de un orden social que, como se dijo más arriba, se basa y se estructura en relaciones de poder y jerarquías entre individuos, las que actúan como determinantes en la conformación de grupos de pertenencia social que se denominan estatus.

Las relaciones sociales analizadas a la luz de las relaciones sexo-género evidencian la realidad de dominación que enfrentan las mujeres producto de las relaciones de poder y jerarquía que en el orden social sexual. Esto se configura como un fenómeno de dominio-subordinación de carácter estructural (sistémico), que se manifiesta en la determinación de estatus sociales y se exterioriza en situaciones de injusticia que sufren las mujeres en su vida diaria.

Así planteado, el modelo de igualdad de matriz liberal requiere un contexto social donde todos los sujetos y grupos de sujetos son equivalentes, por lo que no es plausible en una realidad social donde conviven sujetos o grupos de sujetos de estatus diferentes. Para quienes no son parte del grupo de “iguales” (equivalentes), sino que conforman un grupo ubicado en un lugar de subordinación en términos de poder social (político económico, cultural, religioso), el planteamiento del modelo de igualdad liberal es puramente retórico²⁵⁹. La igualdad y la discriminación o ruptura de la igualdad no es sólo la diferencia de trato (intergrupal) sino que es también las diferencias que resultan de las relaciones de poder, esto es diferencia de estatus

²⁵⁷ En la concepción liberal, las diferencias materiales que existen entre los sujetos, como es la desigual distribución de los ingresos, no es vista como un fenómeno de jerarquía de poder, en cambio, la jerarquía de estatus, sí que lo es. Como señala Fraser, los modelos liberales de justicia social no consideran dentro de las temáticas a abordar al género como factor de configuración de un estatus. Ver: Este tema es abordado por esta autora en: FRASER, Nancy. *Iustitia Interrupta*. Reflexiones críticas desde una posición postsocialista; FRASER, Nancy. “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. *Revista de Trabajo*. Año 4, número 6, Agosto-Diciembre 2008. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Buenos Aires-Argentina y FRASER, Nancy Y HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*.

²⁵⁸ BARRÈRE, *Legislación y jurisprudencia...*, op. cit., p. 6.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 8.

(intragrupal). Este planteamiento cuestiona directamente la noción de igualdad de trato, propia de la cultura jurídica hegemónica y que utilizan los tribunales constitucionales como punto de partida del análisis para determinar si hubo o no ruptura de la igualdad, ya que la base para determinarlo es la noción de trato igualitario a los iguales, esto es, una acción de relación entre individuos necesariamente homologables y respecto de los que no lo son no hay planteamiento de igualdad o discriminación plausible en este modelo²⁶⁰.

²⁶⁰ Al respecto, es interesante revisar dos sentencias de tribunales chilenos, en las cuales queda de manifiesto que la igualdad y la desigualdad sólo es determinable respecto de individuos homologables, es decir intergrupal y no intragrupalmente. La primera sentencia es la del Tribunal Constitucional chileno rol nº 1881-10 –INA del 3 de noviembre del 2011, en la que se pronuncia sobre la inaplicabilidad o aplicabilidad del artículo 102 del Código Civil (en adelante C.C.), fundado en que no se permitió la inscripción de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero de dos personas del mismo sexo, lo que constituye un atentado al derecho de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 19 nº2. En el voto particular concurrente del Ministro Bertelsen se señala que “...la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga.”, para agregar luego “..que la definición [de matrimonio] contenida en el artículo 102 C.C....al reservar su celebración a personas de distinto sexo no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria sino fundamentadas en la diferencia entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer...”. A su vez, en el voto concurrente de la ministra Peña, se señala que el matrimonio tiene el carácter de “derecho esencial”, lo que se fundamenta sociológicamente porque permite “al hombre y la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro... del logro de las funciones de la familia que dicho matrimonio dará lugar”, por lo mismo “su configuración...debe realizarse atendiendo a los valores y fines constitucionales...entre dichos principios fundamentales, se encuentra el de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, por lo que el legislador al desarrollar un derecho fundamental como el de contraer matrimonio no puede hacerlo al margen de los valores o principios expresamente consagrados en la Constitución. En ambos votos, los magistrados fundamentan su decisión de rechazo del recurso de inaplicabilidad del artículo 102 C.C. porque no es atentatorio de la igualdad ante la ley de personas que tienen una opción sexual no heterosexual, en la medida que no es que se les discrimine sino que la normativa no es aplicable a ellos, ya que el matrimonio esta instituido solo para las personas heterosexuales (intergrupal) y respecto de los otros/as no aplica (intragrupal). En este caso, la fundamentación no se sustenta en si la normativa se aplicó de manera discriminatoria o no, según la posición que ocupaban los sujetos (posición de igualdad o desigualdad), si no que se clausuró el debate de la igualdad respecto de la normativa sobre matrimonio, ya que no le es aplicable y por lo mismo no cabe debatir sobre igualdad o discriminación.

La segunda sentencia es el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, Recurso de Queja del 31 de mayo del 2004 en el caso del juicio por tuición de las menores López Atala. La Corte señala que se puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo; que en este caso, los jueces recurridos no consideraron debidamente los efectos que la tuición de la madre, luego de asumida su condición de homosexual y llevando su pareja a convivir al hogar común, puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas, ya que se prescindió de la prueba testimonial respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores: desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual, las niñas habrían sido objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar disminuyeron, casi han cesado de un año a otro. El testimonio de las empleadas de la casa hace referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna, que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja. La Corte agrega luego, que “no es posible desconocer que la madre de las menores, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos..., sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas..., y por ello puede ocurrir la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un

El planteamiento *ius* feminista va más allá aún, y postula que la discriminación (como ruptura del derecho de igualdad) del sujeto mujeres, que se funda en una diferencia de estatus, es una manifestación del fenómeno de subordinación, una expresión justamente del sistema sexo-género (orden patriarcal) como orden social que tiene su expresión en el Derecho. Se analizó en este mismo capítulo, como el género es un mecanismo que estructura las relaciones de poder entre lo femenino y lo masculino, que coloca en diferentes posiciones dentro de la estructura social a mujeres y hombres conformando grupos de pertenencia social (estatus). La desigualdad de las mujeres es producto de la subordinación sistémica que establece en sí un orden que discrimina, el cual se expresa en diversos actos de discriminación. Las desigualdades son la resultante de una inadecuada distribución del poder social, allí radica la causa de que el sujeto mujer sea tratado de un modo desigual, lo que se expresa también en el orden jurídico, puesto que la discriminación jurídica no es diferente a la discriminación social²⁶¹.

El problema –como ya hemos señalado- es que la norma se aplica respecto de una realidad que se supone homogénea, y es a partir de esa homogeneidad que se aplica el cartabón de igualdad que borra las diferencias y la manera como estas impactan la realidad. Este impacto también se homogeniza y se neutraliza y, por lo mismo, desaparece. Hay veces que logra visibilidad y aparece como no igualdad (trato discriminatorio), pero siempre respecto de un individuo, quedando desprovisto de todo el contenido de subordinación. Como señala acertadamente Bodelón: “El problema de las mujeres no es de discriminación entendida como aplicación injusta de normas justas sino de subordinación, el sistema jurídico construye y reproduce una estructura social que

padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas...”. Finalmente señala, “que las condiciones descritas constituyen la "causa calificada" que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños... que los jueces (contra quienes se presenta la queja) han preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio...” De la fundamentación efectuada por la Corte, queda claro que la revisión y análisis se realizó considerando el interés superior de las niñas, para lo que se contempló, en lo referente a determinar conveniencia de la tuición de la madre, una concepción de sujeto femenino materno a partir de la cual se configuró un modelo familiar concordante. Esta concepción y modelo no era aplicable a la madre, por ser lesbiana y constituir una familia homoparental, por lo que no era posible seguir otorgándole la tuición, ya que en el modelo, la tuición y la familia se refieren a sujetos heterosexuales y a familias heteroparentales. Ello se expresa particularmente en la parte final del fallo cuando señala: “...derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio,....”.

²⁶¹ BODELÓN, Encarna. *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuesta y metodología para el estudio de género. Working Paper* n.148, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona 1998, p. 14.

relega a las mujeres...”²⁶². La discriminación jurídica no es un fenómeno distinto a la discriminación social (relaciones sociales basadas en jerarquía de poder); para el *ius* feminismo, la discriminación social es la que se expresa en el Derecho y este debe hacerse cargo de ello²⁶³.

Lo anterior significa que hay que precisar, incluso reconceptualizar, el concepto de discriminación a la luz de la realidad de subordinación estructural del sujeto mujer y de la manera cómo esta realidad determina sustancialmente al derecho. Para ello, nos guiaremos por el modelo propuesto por Barrère en sus diversos trabajos sobre derecho antidiscriminatorio y *ius* feminismo²⁶⁴.

Antes que nada, debe distinguirse entre diferencia y discriminación. La primera se refiere a una simple diferenciación o distinción que pueda existir entre lo que se realiza entre sujetos o respecto de sujetos, que tiene un carácter neutro; la segunda sirve para denominar una diferenciación injusta o arbitraria (ilícita conforme a la igualdad). Siguiendo esta lógica, la primera sería las diferencias que existen entre los diversos seres humanos; entre ellas, se comprenden las diferencias de los seres humanos en tanto no son idénticos. Lo que distingue a la diferencia de la discriminación es la juridicidad o antijuridicidad. Esta precisión es importante, ya que en el lenguaje político jurídico es habitual que se ocupe como un genérico la noción de discriminación tanto para diferencias que no tienen antijuridicidad como para las que la tienen. Es el caso de la noción utilizada por algunas legislaciones de “discriminación positiva” o “discriminación inversa”, para denominar herramientas del derecho antidiscriminatorio que establecen normas y/o políticas de carácter temporal que tienen por objetivo enfrentar o resolver problemas de discriminación respecto de determinados grupos, lo que efectúa a través de la implementación de mecanismos que permiten aminorar o eliminar brechas en el ejercicio de derechos; un ejemplo de ello son el otorgamiento de cuotas o cupos preferenciales para garantizar la participación de un piso mínimo de sujetos del grupo amparado. En este caso se utiliza erróneamente los conceptos discriminación positiva o discriminación inversa, cuando en realidad no son discriminación ya que la diferenciación no es antijurídica sino por el contrario se funda en los principios del derecho antidiscriminatorio y el derecho de igualdad.

²⁶² BODELÓN, “Dos metáforas para la...”, *op. cit.*, p. 256.

²⁶³ BARRÈRE, “Subordiscriminación y discriminación...”, *op. cit.*, p. 39.

²⁶⁴ Hay otras autoras que han abordado este tema como Encarna Bodelón, Ruth Mestre i Mestre, Cristina García. Seguimos el esquema de Barrère, ya que ha sido quien más sistemáticamente y de un modo más completo ha abordado el tema en diversos trabajos de su autoría.

Hay que distinguir entre el fenómeno de discriminación de trato y la discriminación de estatus. Es decir, diferenciar entre la discriminación tal como la conceptualiza la cultura jurídica hegemónica - como una ruptura de la igualdad de trato introduciendo una diferencia antijurídica entre o respecto de individuos que pertenecen a un mismo grupo- y la ruptura de la igualdad respecto o entre sujetos que pertenecen a grupos con diferente poder social²⁶⁵.

Lo anterior ha llevado a las autoras *ius* feministas a hablar de discriminación estructural para referirse a la realidad de discriminación sistemática y estructural que viven determinados sujetos producto de la estructuración del orden social. Barrère ha configurado un concepto aún más específico, que da cuenta con mayor precisión conceptual de este fenómeno, al que ha llamado: subdiscriminación, una noción que sintetiza y expresa que la discriminación de género es producto de la subordinación sistémica de las mujeres. Este concepto permite diferenciar los actos de discriminación de estatus de los que en la cultura jurídica dominante (liberal) se denominan actos discriminatorios fundados en la diferencia de trato²⁶⁶ y, con mayor razón, de los que son sólo diferencias.

El planteamiento de la discriminación estructural o subdiscriminación no se refiere a una circunstancia que afecte a los sujetos individualmente -más allá de que así se manifieste (como exteriorización o epifenómeno) o que así se interprete- si no que a relaciones de dominación que afectan a un grupo específico de sujetos²⁶⁷, todos quienes forman parte del grupo sufren la realidad de discriminación. En otras palabras, las mujeres participan de una situación determinada en función del género que les es común a todas, más allá de cualquier otra diferencia (de clase, étnica, racial, de opción sexual, nacionalidad) que las pueda determinar y afectar. En este sentido, las mujeres constituyen un grupo socialmente definido, que -usando el concepto de Barrère- es víctima de subdiscriminación. Desde esta perspectiva, la institucionalidad del principio y del derecho de igualdad, de los derechos y de la ciudadanía de las mujeres debe ser abordada como un asunto grupal y no individual, como ha hecho hasta ahora el derecho (liberal) que se aproxima a esta realidad como si fuera un problema de sujetos individuales, tanto para determinar la igualdad (inclusión en los derechos) como la ruptura de igualdad (discriminación). Young señala

²⁶⁵ BARRÈRE, Legislación y jurisprudencia..., *op. cit.*, pp. 4-7.

²⁶⁶ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores. "Subdiscriminación y discriminación interseccional elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, p. 39.

²⁶⁷ BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres*. Defensoría 2003, p. 6.

expresamente que la opresión es una condición de grupos. Un grupo social se define fundamentalmente por un sentido de identidad, la identificación con “cierta categoría social”, que está dada por una historia común que la genera y la autoidentificación que es lo que permite definir a un grupo como grupo social. Este grupo social podrá ser calificado de oprimido (subdiscriminado), siguiendo a Young, si está presente al menos una de las siguientes condiciones: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y/o violencia²⁶⁸. Así planteado, desde la subdiscriminación es posible explicar o dar cuenta de fenómenos estructurales de discriminación que afectan a las mujeres como grupo social (estatus) limitándolas en su condición de sujeto y en el ejercicio de los derechos, fenómenos como son la violencia de género; las barreras y brechas en materia de trabajo remunerado; el déficit permanente de presencia y liderazgo de mujeres en la política y en los puestos de dirección, organizaciones sociales, empresariales y gubernamentales, el hecho de que sean las mujeres quienes se (deban) ocupen (ocupar) del trabajo del cuidado y la reproducción y que el trabajo de la economía del cuidado no sea considerado trabajo y no sea remunerado.

Es importante precisar que los casos que son considerados discriminación de la mujer para el derecho de matriz liberal son, en realidad, epifenómenos de la discriminación estructural, lo que implica que se los entiende como hechos individuales y expresión de una discriminación de trato, pasando por alto que en realidad son una manifestación de la subdiscriminación. Con ello, el Derecho provoca una selección de la realidad, que se reduce sólo a aquella que se manifiesta como discriminación de trato. Lo que en realidad sucede, sin embargo, es que el desequilibrio de poder que genera discriminación (subdiscriminación) se expresa en ocasiones como discriminación de trato. Es decir, no es que una niegue a la otra, si no que la desigualdad de estatus se expresa a través de la desigualdad de trato²⁶⁹.

Además, la noción de discriminación liberal, al considerar la discriminación como un hecho individual, plantea que esta es en realidad un acto de discriminación, detrás del cual hay un o unos responsables (imputables) y que generalmente está vinculado a actuaciones o mecanismos del Estado, y no de particulares, como leyes, actos administrativos, políticas públicas, actuaciones de funcionarios públicos. Para el derecho imperante no hay discriminación mientras no exista

²⁶⁸ YOUNG, *La justicia y la política... op. cit.*, pp. 77 y 84.

²⁶⁹ BARRÈRE, María de los Ángeles. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio...”, pp. 149 y 150; BARRÈRE, *Legislación y jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 8.

conducta imputable individualizada, ello en la noción de igualdad de trato es correcto, ya que en ésta concepción, lo fundamental es que respecto de los sujetos (como individuos o como conjunto de individuos) se tenga, por parte de quien realiza el acto, un trato razonablemente igualitario si están en situaciones similares o razonablemente diverso si están en una situación diferente²⁷⁰. Sin embargo, si la discriminación se funda en un orden social y en las relaciones de poder que en él se constituyen, los actos de discriminación no son imputables en su origen a los sujetos o a las instituciones, ya que son razones colectivas o sociales de discriminación²⁷¹. No son resultado de decisiones, elecciones o políticas de una o una personas, no es necesario la conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que un grupo social se beneficie con la opresión del otro. La realidad de discriminación estructural no puede ser analizada en términos de acumulación de actos discriminatorios, sino que son situaciones que se reproducen sistemáticamente en las instituciones políticas, económicas, sociales y culturales de una sociedad.

En el modelo hegemónico del derecho en materia de igualdad y discriminación, se parte del supuesto de que los individuos ya tienen reconocidos sus derechos iguales (lo que es cierto de manera formal)²⁷², luego, se trata sólo de intermediar para que el ejercicio abusivo (individualizado) de unos no interfiera en los derechos (individuales) de otros. En la medida que las leyes son neutras, no se diferencian y se aplican por igual, no se requiere mayor intervención del Estado que la eventual intermediación. En este modelo, las leyes que no diferencian son constitucionales y las que diferencian deben demostrar su constitucionalidad²⁷³. En el planteamiento *ius* feminista, por su parte, y en tanto la discriminación de las mujeres se inscribe aquí en un sistema de dominación, las estructuras sociales no existen aisladamente sino que constituyen un tejido, por lo que tampoco es posible intervenir en forma aislada una institución o

²⁷⁰ En la legislación chilena, la ley que establece medidas contra la discriminación (Ley nº 20.609). Define discriminación considerándola como hecho un individual que es cometido por agentes del Estado o por un particular que es directamente responsable del acto discriminatorio. Específicamente el artículo 2º, señala al respecto: "...Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales...". Por otra parte, es posible notar que, concordante con el modelo en el cual se sustenta este cuerpo legal, sólo contempla la discriminación directa en su definición de discriminación arbitraria, no considerando la discriminación indirecta.

²⁷¹ BODELÓN, "Las leyes de igualdad de género en España y Europa...", *op. cit.*, p. 90.

²⁷² Sin embargo, incluso formal o declarativamente, hay derechos de sujetos que no se encuentran plenamente reconocidos; es el caso el derecho de las mujeres al derecho personalísimo sobre su cuerpo y por lo mismo el de la autodeterminación de la maternidad. FERRAJOLI, Principia iuris. *Teoría del derecho y la democracia.2. Teoría de la democracia. op. cit.* pp. 231-232. GARCÍA PASCUAL, Cristina. "Autonomía de las mujeres y derechos reproductivos", *Jueces para la Democracia*, Número 71, julio 2011, pp. 89-90.

²⁷³ BARRÈRE, Iusfeminismo..., *op. cit.*, pp. 55.

realidad sino que se requiere del diseño e implementación de una política global de intervención por parte del Estado, que no se limite a la intermediación sino que permita cambios estructurales en la situación de subordinación y de su correspondiente correlato en el Derecho (en tanto el Derecho expresa la discriminación social).

Entender la discriminación como subdiscriminación, implica aceptar que este fenómeno no puede ser abordado como algo excepcional o puntual si no como algo sistémico. Son el orden social y las relaciones de poder establecidas los que configuran sistémicamente la discriminación, porque lo discriminatorio es el orden social en sí, que se expresa en lo jurídico. Así, se están configurando o reproduciendo sistemáticamente los actos discriminatorios, que son las normas sociales que configuran estereotipos y roles que alimentan los sistemas de opresión²⁷⁴. El problema es que en la medida que el derecho hegemónico concibe la discriminación como excepción, el derecho a la igualdad de las personas de los grupos discriminados se interpreta restrictivamente (ya que se hace por excepción o en casos muy especiales, quedando sus integrantes la mayoría de las veces en la indefensión), además, significa que los sujetos de grupos minoritarios²⁷⁵ deben justificar la norma o política corregidora, porque es vista como discriminatoria respecto de los otros (mayoría), en la medida que se la considera una corrección a situaciones de excepción y no una corrección de estructuras sociales²⁷⁶.

Hemos dicho que la discriminación estructural es producto de un orden social, también hemos dicho que la discriminación jurídica no es un fenómeno de diferente naturaleza a la discriminación social. Este orden social que se expresa a través del derecho, se manifiesta en una conceptualización, aplicación e interpretación jurídica que recoge un orden social y cultural. Así, más allá del orden normativo, el Derecho tiene capacidad de expresar también ese orden social, lo que se manifiesta en su estructura y en su forma de conceptualizar las nociones jurídicas, a través de la labor de hermenéutica legal que realiza el conjunto de operadores jurídicos al aplicar el Derecho. Lo anterior significa recepcionar estereotipos y roles culturales en la propia construcción de la institucionalidad jurídica: diseño normativo, aplicación e interpretación. Así, la discriminación estructural descansa sobre un orden social, que alimenta –a su vez- a un orden jurídico, a través

²⁷⁴ BARRÈRE, *Subdiscriminación...*, *op. cit.*, p. 40.

²⁷⁵ Hay grupos sociales históricamente y sistemáticamente discriminados que son minoritarios en la sociedad, en tanto representan a un número menor respecto de la media; en el caso de las mujeres se habla por cierta literatura también de minorías, ya que se asimilan a este tipo de grupos, sin embargo, estas no lo son ya que representan más de la mitad de la población.

²⁷⁶ BARRÈRE, *Legislación...*, *op. cit.*, p.7.

de la incorporación de nociones diseñadas sobre la base de estereotipos y roles. Por esta vía, se naturalizan las conductas de las mujeres que son producto de su realidad de subordinación, de manera que se hace necesario poder aislarlas, en el sentido de determinarlas como resultado de una discriminación y no de condicionantes naturales. Solo así se las podrá enfrentar como realidad de la subordinación que causa discriminación. El Derecho actúa por acción cuando establece normas o criterios que mantienen modelos discriminatorios y por omisión, cuando acepta la existencia de una neutralidad y una abstracción que implica que el modelo de igualdad no dé cuenta de la subjetivización femenina, y por esa vía se discrimina.

5.3. Herramientas del derecho antidiscriminatorio.

Los planteamientos y propuestas del derecho antidiscriminatorio han sido recogidas y desarrolladas, desde una perspectiva propia, por la teoría feminista implicando el desarrollo de nuevos enfoques, entre los que es posible destacar el *mainstreaming* y la interseccionalidad, los que aprovechando el potencial transformador de esta rama del derecho, permiten abordar problemáticas de discriminación que se originan en la prevalencia de un sujeto abstracto y el consiguiente déficit de subjetivización, lo que sin embargo como veremos no logra resolver del todo la tensión que en el Derecho genera la ausencia y alteridad del sujeto mujeres.

Así la propuesta de esta rama del Derecho se ha ampliado más allá su matriz inicial de la conquista de derechos civiles para la población negra de Estados Unidos. Esto ha implicado la creación de herramientas jurídicas que permiten enfrentar realidades de exclusión o discriminación de diversos colectivos sociales. El derecho antidiscriminatorio asume, así, una realidad que el derecho hegemónico ignora: la existencia de diferentes grupos o colectivos sociales, cada uno con un denominador común que actúa como factor de discriminación o exclusión, ya sea la raza, la religión, la pertenencia a un determinado pueblo (nación), la calidad de migrantes, la opción sexual y la condición de mujeres. El derecho antidiscriminatorio desde sus inicios aborda la problemática de discriminación considerando su manifestación de carácter grupal; no se trata de hacer justicia a individuos si no de abordar situaciones de injusticia de quienes pertenecen a determinados grupos frente a quienes pertenecen a otro

La configuración de propuestas conceptuales propias y el diseño de herramientas para enfrentar problemas de discriminación de colectivos sociales específicos ha implicado el desarrollo de esta

rama del Derecho y su expansión, no sólo en la medida que nuevos colectivos en condiciones de exclusión la han hecho suya sino también puesto que ha sido recepcionada por el derecho comunitario europeo y, a través de este, por las legislaciones de los diversos países del continente²⁷⁷. Las propuestas normativas de esta rama del Derecho se distinguen, fundamentalmente, entre las que están encaminadas a identificar o detectar la discriminación y las dirigidas a eliminarla. Las primeras serían las nociones de discriminación directa y discriminación indirecta (que se basan en los conceptos desarrollados por la Corte Suprema Norteamericana de *disparate treatment* y *disparate impact*²⁷⁸), las segundas, las acciones establecidas para el logro de la igualdad de oportunidades, como las cuotas, las acciones positivas y el *mainstreaming* de género²⁷⁹.

- Discriminación directa e indirecta.

La discriminación directa e indirecta, tal como se viera de un modo general en el capítulo primero, son conceptos propios de esta rama del derecho, donde la primera se refiere a los tratamientos que sin razonabilidad desfavorecen a un determinado grupo (para el caso chileno, un ejemplo paradigmático es la regulación de la sociedad conyugal en el Código Civil); la segunda, se refiere a normas de carácter neutral, cuya aplicación tiene igualmente el efecto de desfavorecer a un grupo determinado (las más habituales son en materia laboral en las que se hacen exigencias generales – sin discriminar- pero en la práctica son incompatibles con la doble jornada de trabajo de las mujeres, no pudiendo estas cumplir tales exigencias). La discriminación directa e indirecta, en tanto aborda discriminación de colectivos sociales, ya no considera el elemento intencional como fundante del acto discriminatorio y el *tertium comparationis* a nivel individual. Así, se concibe que la discriminación (directa o indirecta) puede ser intencionada o casual (inconsciente) y puede ser

²⁷⁷ En este contexto cabe destacar la dictación de la CEDAW en 1979, que cambia el fundamento de los instrumentos internacionales referidos a la mujer, ya que su finalidad no es la igualdad de la mujer al hombre, si no que se funda en la no discriminación de éstas. En el ámbito comunitario europeo, en el 2002 y 2004 se dictan normas que recepcionan el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación. BARRÈRE, Legislación..., op. cit., pp. 22 y 23.

²⁷⁸ Ver nota *supra* 85.

²⁷⁹ Al respecto, es interesante lo que señala Rawls al analizar la igualdad en el marco de los principios de la justicia, cuando plantea: “La teoría de la justicia como imparcialidad juzga entonces al sistema social en la medida de lo posible, desde la posición de la igualdad en la ciudadanía. Sin embargo, a veces puede ser necesario tomar en cuenta otras posiciones. Si por ejemplo existen derechos básicos desiguales fundados en características naturales fijas, estas desigualdades determinarán posiciones pertinentes. Dado que estas características no pueden ser modificadas, las posiciones que definen contarán como lugares iniciales en la estructura básica. Las distinciones basadas en el sexo son de este tipo,....Así, pues, si los hombres resultan favorecidos en la asignación de derechos básicos, la desigualdad (la norma que equipara) estaría justificada por el principio de la diferencia sólo si fuera en beneficio de las mujeres. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, octava reimpresión, 2011, p. 101.

grupal o individual, dependiendo de si se expresa respecto de un individuo o de determinados grupos.

Considerando los desafíos que la realidad de la discriminación estructural o subdiscriminación le plantea a un modelo de igualdad, esta noción de discriminación directa e indirecta es un avance, ya que permite enfrentar algunos de los nudos no resueltos por el modelo liberal. En primer lugar, no exige que exista un responsable del acto discriminatorio, lo que hace posible abordar fenómenos más estructurales y la discriminación por omisión; segundo, contempla la discriminación grupal, lo que incorpora la realidad de colectivos discriminados (aunque el hecho se cometa contra un individuo en particular) y disminuye el impacto del modelo de comparación respecto del sujeto abstracto, en los casos que se plantee desde la idea que es un colectivo el discriminado respecto de otros colectivo, y tercero, establece la inversión de prueba, es decir se debe probar que la norma no tuvo efectos discriminatorios y no el resultado de discriminación.

La CEDAW, concordante con su objetivo de eliminación de la discriminación en contra de la mujer, en la definición de discriminación establecida en su artículo primero establece que considera como tal la discriminación directa e indirecta, la primera la establece cuando señala que discriminación denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto... menoscabar el ejercicio por la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil; la segunda la establece cuando señala que también es discriminación la que tiene por resultado el menoscabo de los derechos de la mujer.

En la legislación comunitaria europea, la discriminación indirecta es recepcionada en dos directrices: la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE de igualdad de trato, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación²⁸⁰. Como vemos, la primera se refiere a materia racial y la segunda a materia de empleo; es esta última la que se utiliza fundamentalmente en materia de discriminación por razones de sexo-género, ya que en materia de igualdad en el empleo, las mujeres han podido

²⁸⁰ En la actualidad, la mayoría de los Estados miembros ha transpuesto las dos directivas en un único acto jurídico nacional.

fundar la mayoría de los casos en la realidad de discriminación sistémica que las afecta y que se expresa respecto de una normativa que se presupone neutra²⁸¹.

Si bien, como hemos visto, esta concepción aborda la discriminación desde lo intergrupala, considerando los diversos colectivos sociales, particularmente aquellos no integrados o históricamente discriminados; a su vez, desecha el fundamento de que se requiere responsables de la discriminación, ya que apela a un modo relacional al interior de la sociedad de los diversos colectivos que provoca discriminación, sin embargo, este modelo no permite afrontar la discriminación estructural, ya que no aborda la discriminación desde la perspectiva de las relaciones de dominación y jerarquía y, por lo mismo, no permite enfrentar el sexismo de las estructuras sociales. De esta manera, no es posible tipificar como discriminación, conforme a esta propuesta, realidades de discriminación que enfrentan las mujeres como la división sexual del trabajo que genera barreras de ingreso de las mujeres al mercado del trabajo; la doble o triple jornada trabajo de la mujer que limita su participación política y ciudadana; la realización por parte de las mujeres de las tareas del trabajo doméstico no remunerado, que le implican una sobrecarga de trabajo y la realización de un trabajo no reconocido ni socialmente, ni económicamente; los denominados “techos de cristal” que implica barreras que dificultan el

²⁸¹ La sentencia del Tribunal Constitucional español (3/2007, de 15 de enero) referida a la solicitud de reducción de jornada laboral de una trabajadora de un supermercado para poder ocuparse del cuidado de su hijo, que implicaba trabajar sólo en uno de los turnos que consideraba el trabajo de cajera que ella desempeñaba. Este permiso le fue denegado aduciendo que el beneficio de reducción de jornada era dentro de la jornada ordinaria y que ello comprendía también el turno de mañana y no sólo el de tarde que era respecto del cual se solicitaba la reducción de jornada laboral. Al respecto, el Tribunal Constitucional, siguiendo al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara (al igual que en otras resoluciones) que “... cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara “no son los individuos” sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso, las mujeres. Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta,...que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas...Desde esta perspectiva, aduce la demandante de amparo que en la Sentencia recurrida se restringe sin fundamento el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años, lo que implica una discriminación a la mujer trabajadora, que es notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho. A juicio de la demandante, la reducción de jornada por ella solicitada se sitúa dentro de los parámetros que delimitan su “jornada ordinaria”, tal y como prevé la Ley ... por otra parte, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a la mujeres, perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral. Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007) numeral 3 a 5.

acenso de las mujeres a puestos o cargos de mayor ingreso o de mayor jerarquía; la ausencia del reconocimiento y regulación de los derechos sexuales y reproductivos que limita la libertad sexual y autonomía de las mujeres.

En este modelo estas realidades no son consideradas expresión de la discriminación, porque se supone que son el resultado de una elección personal o inclinación de interés de las mujeres de propender a realizar determinadas tareas o actividades y no hacer otras, es decir, los roles y conductas de los sujetos determinados por el orden social están naturalizadas²⁸² como una realidad propia y volitiva de los sujetos, en este caso del sujeto mujeres, lo que por lo mismo no puede ser considerado por el derecho antidiscriminatorio como discriminación.

- Acciones o medidas para la igualdad de oportunidades.

El principio de igualdad de oportunidades es una noción derivada del derecho antidiscriminatorio²⁸³, readecuada por el derecho comunitario europeo y, particularmente, por modelos de diseño de políticas públicas gubernamentales para la igualdad, que procuran crear las condiciones institucionales, sociales y jurídicas para esta, a través del establecimiento de medidas temporales, que tienen por finalidad igualar o hacer equivalentes las condiciones de participación o actuación de minorías y mujeres. Estas así llamadas acciones positivas, son medidas que actúan sobre las barreras sociales que dificultan la igualdad entre hombres y mujeres, equilibrando y compensando las diferencias sociales, de modo de posibilitar la configuración de realidades equivalentes para el igual el acceso y goce de los derechos fundamentales²⁸⁴. En general, las acciones positivas presentan características específicas, entre las que es posible destacar las siguientes: su vinculación principal a acciones de políticas del gobierno o de la administración; se establecen medidas a tomar que tienen un horizonte o metas a alcanzar con su aplicación y, por lo mismo, son temporales; se fundan en el principio de igualdad como objetivo de la integración, ya sea en el mercado de trabajo o en determinadas instituciones; derivada de la anterior, se

²⁸² BODELÓN, "Feminismo y Derecho...", *op. cit.*, pp. 111 a 112. BARRÉRE, *Legislación y jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 9-17. MESTRE, "La Ciudadanía de las mujeres...", *op. cit.*, pp. 153-155.

²⁸³ En el derecho norteamericano, es posible distinguir tres tipos de programas de acción afirmativa respecto de la "affirmative action policy": blandos (*soft*) establecen oportunidades para todos los segmentos de la población, sin distinción de raza o sexo; enérgicos (*aggressive*) asignan una ventaja a determinadas minorías o mujeres, pero no excluyen totalmente a personas de colectivos no beneficiados; y rompedores (*hardball*) implica preferencia absoluta respecto de los sujetos de los grupos elegidos. *Base legal de la acción positiva*. Emakunde Instituto Vasco de la Mujer. Biblioteca temática digital p.10.

²⁸⁴ SEVILLA, VENTURA, y GARCÍA, "La igualdad efectiva entre mujeres y hombres..." *op. cit.*, p.68.

configuran a partir de la noción de igualdad de oportunidades, respecto de colectivos históricamente discriminados²⁸⁵.

La CEDAW contempla dentro de su normativa para la eliminación de la discriminación contra la mujer, medidas de acción positiva al establecer en su artículo 4.1: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.”²⁸⁶. Esta normativa establece medidas de acción positiva, que siguiendo el modelo de construcción doctrinaria que al respecto se ha elaborado, las plantea como acciones gubernamentales, excepcionales, temporales y supeditadas al cumplimiento de metas y objetivos vinculados a obtener la igualdad de oportunidades y de trato de mujeres y hombres. Son acciones que establecen una suerte de “ofertas de ventajas”²⁸⁷ respecto del colectivo mujeres, para superar la discriminación por la vía de mejorar las condiciones de inserción o participación de las mismas en diversas esferas de la vida social²⁸⁸.

Respecto de este tipo de medidas, es posible distinguir entre acciones positivas y cuotas. Las primeras se circunscriben a medidas generales de políticas públicas encaminadas a permitir o incentivar una participación o presencia más fluida de las mujeres (considerando la noción de igualdad de oportunidades) en áreas en que existe un déficit de participación o presencia histórica

²⁸⁵ BARRÈRE, “Problemas del derecho...”, *op. cit.*, p. 156.

²⁸⁶ La normativa de la Comunidad Europea establece en el Tratado de Amsterdam la regulación de la acción positiva en los siguientes términos: “Artículo 141 apartado 4. Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de sus actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.”. “Tratado de Amsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos del 2 de octubre de 1997”. Comunidad Europea En: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>.

²⁸⁷ BARRÈRE, “Problemas del derecho...”, *op. cit.*, pp. 158 y 159.

²⁸⁸ La doctrina posteriormente elaboró sobre la base de la acción afirmativa la noción de discriminación inversa o discriminación positiva, planteándola como una subespecie de la primera pero más incisiva y eficaz, manifestándose como formas de trato preferente hacia los colectivos históricamente discriminados. Esta concepción no es recogida por el *ius* feminismo, ya que plantea que el concepto de “discriminación positiva” es tendencioso y no es real, en la medida que la acción afirmativa como instrumento del derecho antidiscriminatorio no se plantea desde la concepción de discriminar a unos para beneficiar a otros, si no que permitir superar realidades de discriminación a colectivo históricamente discriminados por la vía de mejorar su posición u oportunidades sociales. *Base legal de la... op. cit.* pp. 20 y 21.

y sistemática de éstas²⁸⁹. Las segundas, en cambio, son más específicas y responden a una estrategia que busca, por la vía de medidas temporales, asegurar un espacio de participación o de presencia de las mujeres fundamentalmente en puestos de toma de decisiones políticas, a lo que en los últimos años se ha sumado el de los gobiernos corporativos a nivel empresarial. Las cuotas han debido sortear diversos problemas para adecuarse a los estándares constitucionales sobre igualdad. En un primer momento (década del 80 y 90), los tribunales constitucionales, particularmente europeos, expresaron reproche de constitucionalidad respecto del establecimiento de cuotas de género en la legislación electoral, señalando que estas contravenían los principios constitucionales que configuran el derecho al sufragio y principio de igualdad. En el nuevo siglo, la percepción respecto a la legitimidad de las cuotas ha variado, sobre la base fundamentalmente de su vinculación con la “dimensión sustantiva de la igualdad y con los principios arquitectónicos del poder democrático: la representación y el pluralismo”²⁹⁰, por lo que actualmente estas han sido admitidas y reguladas en diversos países. Particularmente importante ha sido la recepción de la regulación de cuotas en América Latina (Argentina México, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Colombia, Brasil y recientemente Chile); en cambio en Europa, en cambio, la adopción ha sido menos masiva, pero se han planteado una variante específica: la de la paridad (Bélgica, Francia)²⁹¹.

Sin embargo, y sin dejar de considerar que han permitido abrir espacios de participación de las mujeres en esferas deficitarias, es posible señalar que este tipo de medidas no tiene un potencial transformador de la realidad respecto de la subdiscriminación, en efecto, la noción de igualdad de oportunidades que subyace en estas herramientas del derecho antidiscriminatorio no rompe con el paradigma liberal de igualdad, esto es, no da cuenta de la diferencia sexual como condicionante social ni de subordinación, por lo que su nivel de eficacia para lograr una igualdad real o sustancial para hombres y mujeres se vuelve discutible. La acción positiva para contar con un potencial transformador necesita un abordaje diferente, necesariamente requiere la introducción de un concepto de igualdad diferente al de la igualdad de trato, el cual debe incluir

²⁸⁹ Las acciones positivas se distinguen entre equiparadoras, promocionales y transformadoras, según estén establecidas para lograr una participación equilibrada entre hombres y mujeres; o bien para eliminar el sexismo expresado en las comunicaciones; o las que inciden sobre los roles y estereotipos que dificultan las relaciones equilibradas entre hombres y mujeres.

²⁹⁰ ZÚÑIGA, Yanira. “Mujeres ciudadanía y participación política”. En: *Derechos Humanos y Mujeres. Teoría y Práctica*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos, Santiago, pp. 198 -204.

²⁹¹ ZÚÑIGA, Yanira. “Mujeres ciudadanía y participación...”, analiza específicamente el tema en lo referente a mecanismos de cuota y paridad.

de manera ineludible el análisis de las estructuras sociales, de modo que las medidas de acción positiva permitan modificar esas condiciones estructurales o neutralizar su impacto en materia de derechos fundamentales. Solo así será posible avanzar en la eliminación de la discriminación y por esa vía en el logro de la igualdad. Lo demás solo nos llevará una vez más a alcanzar una igualdad formal²⁹².

- Mainstreaming o transversalidad de género.

El mecanismo más nuevo y extremo de las medidas de acción positiva es el *gender mainstreaming* o transversalidad de género, una propuesta de gestión de las políticas de igualdad cuya finalidad es evaluar las implicancias en materia de igualdad de género de las políticas públicas (incluida la legislación) sobre hombres y mujeres, por lo que la perspectiva de género debe considerarse en el diseño, aplicación seguimiento y evaluación de las políticas de un modo transversal²⁹³. Esta noción desarrollada por la doctrina del derecho antidiscriminatorio (fundamentalmente europea) fue recepcionada en la “IV conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer en Beijín China en 1995, estableciendo la Declaración y Plataforma de acción de Beijín, en la cual se plantea en el objetivo referido a los mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer, que estos tienen por “tarea principal...prestar apoyo en la incorporación de la perspectiva de la igualdad de géneros en todas las esferas de política y en todos los niveles de gobierno” fomentando “la formulación de políticas activas y visibles para la incorporación de una perspectiva de género en todas las políticas y programas...”^{294/295}.

Este se ha planteado como transversalización que implica incentivar la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas y de gobierno en general y determinar y evaluar las implicancias de las mismas en materia de igualdad de género, permite un análisis sostenido y sistemático de la discriminación de las mujeres y la búsqueda de mecanismos que permitan su

²⁹² BARRÈRE, Igualdad y discriminación..., *op. cit.*, p.25.

²⁹³ Existen planteamientos respecto a la noción de transversalidad de género, que sostienen que debe ser interpretada como una nueva forma de entender la igualdad y la participación de las mujeres en el Estado y las políticas públicas, de modo de permitir una mayor democracia y empoderamiento de las mujeres. En ese caso, más que medidas de acción positivas se estaría frente a planteamientos sobre igualdad que se apartan del planteamiento liberal, indicando que las acciones deben tener por objetivo cambiar las condiciones sustanciales (de subordinación) que afectan a las mujeres. Este planteamiento es minoritario y no es el recepcionado por los ordenamientos jurídicos internacionales ni nacionales. (BODELÓN, “Las leyes de igualdad de género en España y Europa...”, *op. cit.*, p. 94).

²⁹⁴ Declaración y Plataforma de acción de Beijín, 1995, Naciones Unidas, párrafos 201 y 202.

²⁹⁵ El mandato específico de “promover una política activa y visible de integración de una perspectiva de género”, se encuentra establecido como tal respecto de los demás objetivos estratégicos que contempla la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (párrafos 79, 105, 123, 141, 164, 189, 202, 204,205, 229, 238, 252 y 273).

superación, ello sumado a la evaluación del impacto de las medidas implementadas, es una herramienta que debido a su sistematicidad y transversalidad permite enfrentar situaciones de discriminación estructural. El Consejo Europeo ha definido *mainstreaming* de género como la organización (reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género, se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los “actores²⁹⁶” normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas²⁹⁷.

El *mainstreaming* se ha determinado como una estrategia para alcanzar el objetivo de la igualdad de género, dirigida a un nivel estructural y amplio, es decir, para que la perspectiva de género se integre en todas las áreas políticas y que todo el conjunto de la sociedad se vea involucrado en la promoción de la igualdad. De este modo esta estrategia está diseñada para permitir sacar el tema de la igualdad de género de su aislamiento o parcialidad y a su vez, incentiva el involucramiento de más y nuevos actores, tanto en el sector público como en la sociedad civil en la construcción de una sociedad más equilibrada en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

Se ha recepcionado en las leyes de igualdad de género fundamentalmente europeas la transversalización como un componente necesario de considerar en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas y gubernamentales. Fundamentalmente las leyes de igualdad en esta materia contienen el mandato de elaborar políticas específicas de igualdad de género, referidas a: legislación de igualdad de oportunidades y en contra de la discriminación (fundamental en el ámbito laboral); constituir defensorías de igualdad para la protección contra la discriminación sexual; organismos especializados en igualdad en la administración pública; políticas y acciones específicas de igualdad y áreas de igualdad en cada ministerio del nivel central. Junto con ello esta normativa establece la obligatoriedad de contar nacionalmente con un sistema de estadísticas e información de género, de modo que la administración cuente con la información requerida para fundamentar, diseñar e implementar las diversas medidas de políticas que se tomen para la igualdad de género y por último consagran el mandato referido para que en el presupuesto nacional se contemplen los recursos financieros que se requieren para la

²⁹⁶ En tanto el *mainstreaming* implica incorporar la perspectiva de género en todas las políticas públicas, en todas las áreas y en todos los niveles, exige un conocimiento por parte de los actores del sector público involucrados en la adopción e implementación de las políticas, del enfoque, análisis, planificación y evaluación de impacto de género.

²⁹⁷ Definición extraída de *mainstreaming* de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”. Consejo de Europa. Editado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, España, 1999.

implementación de estas políticas, esto es que no sean meramente declarativas y cuenten con los recursos para su efectiva implementación.

Este mecanismo es sin duda el que más aporta en la búsqueda de cambio y transformación de la realidad de subdiscriminación que afecta a las mujeres. Lo primero es que este se constituye desde la perspectiva de género, planteando la transversalización de esta perspectiva como mecanismo articulador y de evaluación de la actuación del Estado de modo de determinar las implicancias de dicho actuar sobre hombres y mujeres en materia de igualdad de género. Permite así, un análisis sistemático de la realidad de discriminación de las mujeres y la búsqueda de herramientas necesarias para su superación, ello junto a la apreciación del impacto de las medidas implementadas. Lo anterior permite analizar situaciones de discriminación estructural e incluso abordar situaciones estructurales específicas. El problema es que no tiene la capacidad de abordar la institucionalidad en su conjunto y analizar esta desde la subdiscriminación, por lo que su aplicabilidad puede ser parcializada y por lo mismo queda subsumida o subordinada al derecho hegemónico perdiendo efectividad en su capacidad transformadora respecto de la realidad de subdiscriminación del sujeto mujeres.

CAPÍTULO CUARTO

LA CIUDADANÍA, UNA CONSTRUCCIÓN DEFICITARIA PARA LAS MUJERES.

En el capítulo anterior de este trabajo se ha analizado el déficit en la subjetivación del sujeto y la no consideración por parte del Derecho de la discriminación estructural de género como elementos explicativos de la discriminación y no igualdad real del sujeto mujeres, a pesar de la igualdad formal reconocida por el Derecho y particularmente por el constitucionalismo liberal y social. Interesa, ahora, abordar la problemática desde la perspectiva del sujeto mujeres y ciudadanía; es decir, analizar en qué medida el sujeto mujeres es considerado en la configuración jurídica de sujeto a partir de la cual el Derecho determina la pertenencia a la ciudadanía y el ejercicio de la misma y, a su vez, cómo se determina la vinculación de las mujeres con la esfera ciudadana (esfera pública) y la consiguiente titularidad y ejercicio de derechos fundamentales. Tanto una cosa como la otra juegan un rol central para efectos de la igualdad o más específicamente del ejercicio de la igualdad en materia de ejercicio de derechos. Para este análisis, es fundamental lo que respecto de la noción de sujeto e igualdad se ha planteado, ya que esta entrega los elementos centrales de configuración por parte de la Modernidad y del Derecho de la noción de sujeto, de manera que allí se encuentra el sustrato de la noción de ciudadano y consiguientemente de sujeto de derecho.

En este capítulo abordaremos una delimitación conceptual de ciudadanía y ciudadano, para, a partir de allí, analizar la ciudadanía de las mujeres, específicamente en lo que ha sido su construcción histórico-jurídica y en la manera en que esa delimitación conceptual ha determinado el déficit de igualdad ciudadana entre hombres y mujeres.

1. Ciudadanía y ciudadanos/as en el modelo inicial.

El proceso de configuración y desarrollo del constitucionalismo liberal a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX implicó la construcción y reconceptualización de una noción de ciudadanía. Es decir, fue necesario configurar una nueva noción jurídica que definiera el espacio de lo político conforme se establecía en el planteamiento teórico que constituía la base del constitucionalismo

el *ius* racionalismo y, a partir de ello, determinar las condiciones de pertenencia y participación en dicho espacio de los sujetos sociales.

Ciudadanía y esfera política son conceptos de antigua data. Hay quienes sitúan su origen en la idea de pertenencia y participación en las polis griegas, que es donde, para Occidente, se construye, iniciáticamente, la idea de la polis como unidad política que configura un espacio público donde convergen todos quienes en tanto sujetos políticos discuten, abordan y acuerdan los destinos comunes de la comunidad, en el marco de las diversas instituciones que para ello se han establecido.

Sin embargo, más allá de la referencia histórica que funda e impregna la tradición cultural-política de Occidente respecto de la ciudadanía, los ciudadanos y la comunidad política (polis), a partir del siglo XVIII, la Modernidad debió resignificar dichas nociones conceptuales e institucionales, fundándose y recepcionando los planteamientos del corpus teórico *ius* racionalista, ya que esta concepción estructura de un modo fundamental en lo político/social la gestación, estructuración y desarrollo de la Modernidad. Sin esa concordancia conceptual, la Modernidad no podía construirse funcionalmente, ni podría haber elaborado e implementado su diseño normativo jurídico. Ello significó, en el tema que nos interesa en esta parte del trabajo, configurar una (y propia) noción de ciudadanía y de ciudadano, fundada y concordante con el ideario y principios del *ius* racionalismo y con la recepción que de ello efectuó el constitucionalismo en su propuesta teórica, en los principios que lo informan y en el diseño y contenido normativo de las constituciones y cuerpos legales que las integran y complementan.

Fundamentalmente, esto significó recoger el planteamiento racionalista en lo referente al origen, fundamento y finalidad de constitución de la sociedad política. Esta nace a través del pacto social con el fin de garantizar y amparar los derechos fundamentales (denominados naturales en la concepción *ius* racionalista) de las personas. Este es el sentido del artículo 2º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.”. Esta finalidad se cumple a través de la transferencia en el pacto de los (sus) derechos naturales al cuerpo político; para asegurar así su garantía y protección por parte de este, mediante leyes que son expresión de la voluntad soberana. Siguiendo las palabras de Bobbio, la constitución del pacto y la transferencia

de los derechos al Estado es “donde el hombre natural se vuelve hombre civil o ciudadano.”²⁹⁸. A la sociedad civil²⁹⁹ pertenecen sólo quienes, como sujetos libres e iguales, han concurrido con su voluntad a la celebración del pacto que da origen y configura dicha sociedad. Al señalar que la pertenencia al nuevo orden se da solo respecto de los sujetos que están en el origen del mismo, este modelo teórico está planteando, que los (sus) derechos son reconocidos (titularidad) y amparados (garantías) solo respecto de estos sujetos.

En el modelo del constitucionalismo liberal–racionalista, la finalidad de la asociación política, la pertenencia a la misma y la titularidad, goce y garantía de los derechos fundamentales constituyeron los elementos que configuraron las nociones de ciudadanía y ciudadano. Así, la primera consistirá en el vínculo de pertenencia a la sociedad civil/esfera pública por parte de quienes fueron partícipes de su constitución a través del pacto, situación que se materializa en el reconocimiento y garantía de los derechos, que no tienen más límite que el requerido para asegurar a todos los otros ciudadanos el goce de estos derechos³⁰⁰. La ciudadanía implica además la determinación de deberes que deben cumplirse respecto de la sociedad civil, como son los impuestos y otras cargas que se requieren para su sostenimiento. El segundo, es decir el ciudadano, será el sujeto que tiene la condición política que le otorga pertenencia al espacio o esfera que constituye la comunidad política y le confiere, por lo mismo, titularidad de los derechos fundamentales, ya que estos se determinan en la esfera pública; así como la potestad del ejercicio y la garantía de los mismos.

Sin embargo, el modelo es más complejo. En la sociedad civil que se constituye históricamente superando el modelo del Estado del Antiguo Régimen, la esfera política se separa de la económica, configurándose un orden social que se expresa en la articulación de la esfera pública y la esfera privada. La esfera pública y la esfera privada forman ambas un momento constitutivo de la Modernidad, la esfera pública nació históricamente con la separación entre soberanía y propiedad, con el fin del Estado patrimonial y la formación del Estado moderno³⁰¹. Barcelona lo

²⁹⁸ Bobbio, *Sociedad y Estado...*, *op. cit.*, pp. 102 – 103.

²⁹⁹ En el modelo racionalista, el pacto da origen a un nuevo orden social que es político, al cual acceden los sujetos desde el estado de naturaleza (el cual no tiene finalidad política). Este orden social es denominado por los diversos autores indistintamente como sociedad civil, conforme se diferencia del estado de naturaleza, o como, sociedad política, apelando a la finalidad de este orden. En este trabajo, se utilizará sociedad civil, para evitar la posible confusión de la esfera pública o política, que es una de las partes que conforman la sociedad civil.

³⁰⁰ Esta idea se expresa en la Declaración del Hombre y del Ciudadano en su artículo 4º, el cual define la denominada “libertad civil”.

³⁰¹ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho...* *op. cit.*, pp. 758-761.

plantea señalando que la Modernidad instituye un orden articulado de esferas diferenciadas en la sociedad: por un lado, la esfera política, autónoma y limitada que tiene frente a ella a la sociedad civil y los derechos de los ciudadanos; por otro, la esfera económica que se apoya en la autonomía, la libertad y la igualdad individuales que la esfera política ha de garantizar³⁰². Sin embargo, la esfera privada no sólo se conforma con las relaciones de producción y de mercado, sino que también con las de la familia que configuran el ámbito doméstico familiar (el oikos³⁰³)³⁰⁴, es decir que esta esfera se constituye sobre la base de las relaciones no políticas de los sujetos.

La esfera pública, en tanto espacio de lo político, es la que expresa y contiene las realidades que en su conjunto conforman la unidad que determina los elementos fundantes y estructurantes de la conceptualización de ciudadanía y ciudadano de la Modernidad. Estos últimos son: los derechos fundamentales; el sistema de garantía de los mismos; la determinación de la titularidad y el ejercicio, goce y garantías individuales (a los sujetos) de éstos derechos y las instituciones públicas establecidas para la garantía de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, y recogiendo a Ferrajoli, al constituirse la Modernidad se conforma una esfera pública (democracia política) y una esfera privada (democracia civil), siendo la primera producto de la separación entre soberanía y propiedad. En la democracia moderna, la esfera pública está formada por aquellos intereses vitales de todos, que están estipulados como derechos fundamentales, y en la cual las instituciones políticas que han sido creadas están al servicio de su tutela y satisfacción³⁰⁵. La esfera pública da cabida a todos los derechos fundamentales, sean, civiles o políticos, de libertad o sociales³⁰⁶, así como a los deberes absolutos o *erga omnes* (universales) como garantías de los derechos y más en general de los intereses de todos. En otras palabras, al conjunto de las situaciones de la que todos somos titulares en condiciones de igualdad; así como, también, las funciones públicas referidas a la garantía de los derechos fundamentales³⁰⁷.

³⁰² BARCELLONA, *Postmodernidad y Comunidad...*, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

³⁰³ Ver nota *supra* 145.

³⁰⁴ La esfera privada de la economía/mercado y la esfera privada doméstica van a determinar modelos de ciudadanía diversos respecto de los grupos de sujetos específicos que están determinados en el orden social por las relaciones de la economía o de la familia: trabajadores (asalariados) y mujeres, respectivamente, ya que como se verá, éstos diversos modelos determinarán alcances diversos respecto de los sujetos trabajadores y sujetos mujeres en el proceso de expansión de la ciudadanía.

³⁰⁵ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, *op. cit.*, p. 161.

³⁰⁶ En el modelo inicial del constitucionalismo, tanto en la concepción teórica racionalista como constitucionalista, el amparo de los derechos era el fundamento que daban origen al orden político, estos derechos eran los derechos políticos; por lo que esfera pública, ciudadanía y sujeto de derechos daba cuenta de derechos políticos. Será el desarrollo posterior del constitucionalismo el que ampliará los derechos fundamentales.

³⁰⁷ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho...*, *op. cit.*, pp. 760 y 761.

La esfera privada, en cambio, como contraposición de la esfera pública, es la esfera de lo no político. En ella se desarrollan las relaciones privadas de los sujetos, allí se ejercen los derechos patrimoniales y de familia, aquellos que Ferrajoli denomina derechos civiles de autonomía. Sin embargo, como se ha señalado, en la esfera privada se constituyen dos ámbitos diferenciados: por una parte, la esfera de la economía productiva, que como dice Barcellona, se apoya en la autonomía, la libertad y la igualdad individuales que la esfera política ha de garantizar, y por otra, la esfera doméstica/familiar, que se constituye sobre las relaciones de familia y la economía del cuidado³⁰⁸. En el modelo del constitucionalismo liberal decimonónico, el nexo entre ambas esferas se configuró a partir de la premisa de que la esfera de lo político debía garantizar y resguardar el ejercicio de los derechos de libertad y autonomía de la esfera privada, particularmente respecto de la acción del Estado, cuya actuación debía limitarse a la esfera pública. Si bien este modelo se articuló de un modo explícito respecto de la esfera privada del mercado en los principios de la autonomía de la libertad, libertad contractual y libre circulación de la riqueza, también abarcó la esfera privada doméstica, la cual quedó al margen de la intervención de los poderes públicos, y en lo referente a los bienes, se reguló también desde los principios liberales de la esfera del mercado, pero dejando la regulación de las relaciones de los sujetos que la integran a la normativa de familia que se estructuró a partir de la autoridad paterna, lo que se expresó en las potestades del padre respecto de los integrantes de la familia con o sin relación de parentesco: potestad marital, patria potestad y potestad patronal.

La noción de sujeto político, determinado como el sujeto partícipe en el origen de la sociedad civil, no es otra que la del sujeto (abstracto) elaborado por la Modernidad, que el constitucionalismo desarrolló jurídica (teórica y normativamente) a fines del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. Como se vio en los capítulos segundo y tercero de esta tesis, la noción de sujeto de la Modernidad fue conformada a partir de un modelo *optimo iure*, por lo que la noción del sujeto político también fue limitada; lo que implicó que la condición de ciudadanía y ciudadano en el

³⁰⁸ Anna Jónasdóttir señala que desde la perspectiva del análisis feminista existen en la sociedad tres estructuras de autoridad básica: la estructura estatal política, que regula la relación entre los gobernantes y los gobernados en la producción y reproducción del poder estatal, la que correspondería a la esfera pública; la estructura de clase socioeconómica, centrada en torno a la propiedad privada y el control sobre los medios de producción, y la estructura socio-sexual patriarcal, centrada en la situación del matrimonio que regula las posesiones de personas sexuadas. Las relaciones de poder y de dominación se expresan de modo diverso en cada una de ellas, por lo que cada una debe ser considerada de modo particular para abordar la realidad de subordinación y de constitución de sujetos específicos. JÓNASDÓTTIR, Anna. *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la Democracia?* Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª edición, Madrid, 1993, pp. 320 – 321.

constitucionalismo liberal fue excluyente y limitada. En un principio, solo los varones, blancos, ricos y letrados fueron constituyentes de la comunidad política y por lo mismo la medida para definir a la ciudadanía y a los ciudadanos³⁰⁹. Las mujeres, los negros, los que se desempeñaban como servidumbre doméstica, los no propietarios y los iletrados al quedar al margen de la esfera pública de la sociedad -durante todo el siglo XIX y parte del XX- no eran ciudadanos ni ejercían ciudadanía y no accedían a la titularidad de los derechos fundamentales; su ejercicio y garantía no les eran reconocidos³¹⁰. La exclusión de la ciudadanía y de la consiguiente titularidad de los derechos fundamentales no afectó solo a los denominados derechos políticos o de ciudadanía, sino que comprendió también los demás derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos jurídicos positivos iniciales (Declaración de Derechos del Hombre y constituciones históricas), ya que el modelo del constitucionalismo determinó que la titularidad de los derechos fundamentales, su ejercicio y garantía se configura a partir de la condición de ciudadano, sin establecer distinción alguna respecto de derechos de ciudadanía o de personalidad y derechos sociales o económicos.

Como se ha visto, el modelo inicial de ciudadanía del constitucionalismo se configuró en el proceso de creación normativo/positivo, el cual se produjo sobre la base de la recepción y positivización de los postulados teóricos y principios *ius* racionalistas influenciados por las contingencias y planteamientos históricos, políticos y sociales que dieron origen a las diversas constituciones a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Es necesario tener presente este modelo, ya que el proceso de ampliación de ciudadanía, que a pesar de los cambios y transformaciones que dicho

³⁰⁹ En la actualidad, los autores liberales y positivistas plantean respecto de esta realidad histórica que a los sujetos excluidos les fue negada la ciudadanía y en virtud de ello los derechos de ciudadanía, sin realizar cuestionamiento alguno respecto del rol que tuvo en la conceptualización de ciudadanía y en la determinación de los ciudadanos el planteamiento teórico racionalista y su recepción normativa sobre el origen y modo de constitución de la sociedad civil. Tal como se ha señalado, será el planteamiento *ius* feminista, fundado en los estudios históricos sobre *ius* racionalismo y el proceso de recepción y positivización de este en el ideario y normas del constitucionalismo, el que propondrá que es posible establecer una relación teórica-normativa sobre la noción (abstracta inicial) de sujeto de la modernidad, de la constitución de la sociedad civil y del sujeto político y sujeto ciudadano, mostrando, así, cómo los sujetos que no eran *optimo iure* no eran partícipes de la esfera pública y por lo mismo no fueron considerados ciudadanos. Este planteamiento de la teoría *ius* feminista fue recogido posteriormente y es utilizado en la actualidad por algunos autores representantes del constitucionalismo social; autores comunitaristas y teóricos del multiculturalismo. La distinción no es baladí, ya que en un proceso de retrospectiva, es posible encontrar y explicar las bases de la discriminación y de la desigualdad de las mujeres (y de otros sujetos), en los siglos XIX, XX y en la actualidad, a partir de cómo se configuró y estructuró el modelo y conceptualización de ciudadanía y ciudadano, modelo que a pesar de los cambios y de la ampliación de la ciudadanía a todos y todas, sigue determinando la forma en que los sujetos acceden a la ciudadanía y la forma como se configura la titularidad ejercicio y garantía de los derechos fundamentales.

³¹⁰ En el ámbito de la esfera privada, los excluidos de la ciudadanía tenían condicionada o limitada su capacidad jurídica, no pudiendo actuar por sí mismos en diversos ámbitos jurídicos. Este es el caso de las mujeres casadas, las cuales no eran plenamente capaces, sino que se encontraban asimiladas a los de incapaces relativos como los menores de edad.

desarrollo trajo consigo (en el resto del siglo XIX y en el siglo XX), no implicó una transformación del modelo estructurante de la ciudadanía de los sujetos. En otras palabras, para definir la ciudadanía de los nuevos grupos que se sumaban a tal condición, se siguió utilizando el mismo molde ciudadano del primer constitucionalismo, lo que en definitiva implica que la ampliación de la ciudadanía no cambió las bases estructurantes del modelo configurado en el palio constitucionalismo, lo que en gran medida explica el debate sobre ciudadanía en la actualidad y las brechas o déficits de ciudadanía de los sujetos excluidos inicialmente de la ciudadanía, particularmente de las mujeres. En efecto, si se considera que este modelo está determinado en lo fundamental por el nacimiento de una sociedad civil constituida por sujetos libres e iguales, cuyo fin es la garantía de los derechos, para lo cual los constituyentes le entregan los (sus) derechos al Estado, resulta evidente la necesidad de configurar una estructura para la garantía de los derechos que, a su vez, determina y caracteriza de modo particular a la ciudadanía, a su ejercicio y al ciudadano. El primer paso a estos efectos es establecer el catálogo de los derechos (en el planteamiento *ius* racionalista, esto implicaba sólo su declaración, en tanto los derechos eran connaturales a la persona humana; luego, en el *ius* positivismo y constitucionalismo social, el catálogo de derechos fundamentales es planteado como derechos positivos -creados socialmente en el modelo del constitucionalismo social- y recepcionados en un orden normativo positivo³¹¹)³¹². En segundo lugar, se reconoce y establece la titularidad de los derechos respecto de todos, entendiéndose por todos a quienes han concurrido a la formación de la sociedad civil. El tercer paso es establecer garantías para los titulares de los derechos, de modo de asegurar y amparar su titularidad, ejercicio y goce. Se produce así una amalgama entre sociedad civil, esfera pública, derechos fundamentales, sistema de garantía de los derechos³¹³, titularidad de los mismos y ejercicio, goce y garantía (a los sujetos) de estos derechos. Por lo mismo, el modelo de ciudadanía y su ejercicio quedan directamente vinculados con esfera pública (esfera política), por lo que

³¹¹ FERRAJOLI, *Derechos y...*, *op. cit.*, pp. 52-54.

³¹² Al respecto, es importante precisar que fue en las primeras constituciones políticas históricas que se recepciona en su texto los derechos de la persona y sus garantías. Esta consagración es declarativamente establecida de un modo genérico como derechos de la persona y del ciudadano. En el transcurso del siglo XIX, con la dictación de las constituciones decimonónicas producto de las revoluciones liberales y el desarrollo de las democracias liberales, realidad que ocurre en paralelo al desarrollo del *ius* positivismo, ello implicó que conforme la concepción monista del Derecho de esta concepción jurídica, se producirá, en los hechos, la reducción de la titularidad de derechos de la persona al ciudadano, en tanto los textos constitucionales regularan como un todo el sistema político, la ciudadanía, los derechos fundamentales y su sistema de garantías.

³¹³ Un sistema de garantías como institucionalidad, en palabras de Ferrajoli, no es más que "...las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional." (FERRAJOLI, *Derechos y...*, *op. cit.*, p. 25).

ciudadano será el sujeto que pertenezca (o más bien que pueda pertenecer) originalmente a la esfera pública (más allá de los cambios posteriores ya que la subjetivización del sujeto no cambió) y sea titular de derechos fundamentales, los ejercite y les estén garantizados.

2. La ampliación de la ciudadanía, nuevos sujetos ciudadanos.

El proceso de ampliación de la ciudadanía en Occidente se dio a través de una lenta y progresiva incorporación a esta de los sujetos inicialmente excluidos, por medio de un proceso de reconocimiento y extensión de diversos derechos y de la eliminación del orden jurídico de los estatus de discriminación que limitaban el acceso a la titularidad de los derechos y a la ciudadanía. Ello significó el progresivo abandono en los ordenamientos jurídicos constitucionales de las categorías de estatus económico (clase), racial, sexual, y/o de escolaridad que limitaban el acceso a los derechos y a la ciudadanía, consagrándose, durante el siglo XX en términos más o menos generales, el reconocimiento de la ciudadanía y consiguientemente de los derechos fundamentales, es decir, el derecho de pertenencia de todos los sujetos a la sociedad política y el ejercicio en dicha esfera de los derechos fundamentales.

En este proceso de extensión de la ciudadanía, sin embargo, no se reflexionó sobre si el replanteamiento de la noción jurídica de persona y así mismo la de ciudadano requería la consideración de las subjetividades propias de los nuevos sujetos ciudadanos, especialmente aquellas subjetividades determinadas por su estatus. En otras palabras, no hubo cuestionamiento en cuanto a si la ampliación de la ciudadanía a nuevos sujetos lograba por sí sola los cambios necesarios para la incorporación plena de los nuevos ciudadanos o si se requería revisar y readecuar la noción de sujeto, de ciudadano y de sujeto de derecho, de modo que estas nociones jurídicas fueran concordantes con la subjetividad y realidad particular que aportaban los nuevos sujetos, logrando por esa vía una ciudadanía más real, más plena, menos formal. En alusión a la forma que caracteriza a este proceso Bodelón lo ha denominado ciudadanía agregativa³¹⁴, ya que lo que ocurrió fue que al modelo de ciudadanía configurado en el palió constitucionalismo se le fueron sólo agregando ciudadanos, sin que se diera un proceso crítico que implicara tensionar y transformar las nociones estructurantes de modo que estas fueran capaces de dar cuenta de los nuevos sujetos y su ciudadanía luego de ampliación de esta.

³¹⁴ BODELÓN, "Leyes de igualdad en Europa y transformaciones...", *op. cit.*, p. 91.

Este mismo fenómeno es cuestionado por el constitucionalista de Cabo Martín, quien señala que la relación entre ciudadanía y derechos fundamentales es incuestionable: la ciudadanía nos conduce a los sujetos de derechos. El reconocimiento como sujeto de derechos, respecto de los nuevos ciudadanos, se ha realizado a partir de una categoría construida de manera fragmentaria, lo que implica, como veremos, que la identidad del ciudadano también es fragmentaria, es decir, que sólo considera parcialidades de los sujetos ciudadanos (luego de la universalización formal de la ciudadanía), salvo respecto de los inicialmente ciudadanos, sujeto *optimo iure*, cuya subjetividad se encuentra comprendida completamente en la noción de sujeto, de sujeto ciudadano y sujeto de derecho³¹⁵. Dicho de un modo sumario, la extensión de la ciudadanía mantiene, respecto del sujeto, la misma virtualidad que poseía respecto de quienes la conformaron inicialmente, sin incluir o incluyendo solo parcialmente la de los nuevos ciudadanos. Una clara manifestación de lo señalado es la no incorporación de los derechos sexuados, siguiendo el concepto de Ferrajoli, en la construcción y configuración de los derechos fundamentales y la ausencia en el sistema de garantías de la autonomía de las mujeres.

La limitación en la recepción de la subjetivización de las mujeres en la construcción de las concepciones del sujeto jurídico, sujeto político y ciudadano, limita la ciudadanía, como se verá en detalle más adelante, en dos sentidos: por una parte, encontramos las limitaciones que como ciudadana enfrenta en la esfera pública al no estar socializada sino en y para la esfera privada/doméstica, y, por otra, la limitación resultante de que los derechos de género no se expresen en los derechos fundamentales, por lo que la subjetividad del sujeto mujeres no tiene correlato en los derechos fundamentales ni en el sistema de garantías. Especial mención requiere aquí la autonomía de las mujeres, ya que conforme a lo planteado por la mayoría de la teoría feminista, la base del orden patriarcal radica en el control de la sexualidad y la procreación de las mujeres y/o la apropiación del trabajo de las mujeres al interior de las familias, por lo que el modelo de dominación de las mujeres en el orden social se expresa de un modo importante en limitar la autonomía del sujeto mujeres. Lo anterior implica, que además de la concepción formalizada de igualdad, la noción de ciudadanía es en los hechos estrecha, porque se configura amarrada a un sujeto único masculino. Respecto de las mujeres, el modelo de ampliación de la ciudadanía entonces no solo es deficitario por la limitada subjetivización, sino también puesto que

³¹⁵ DE CABO MARTÍN, Carlos. "El sujeto y sus derechos". *UNED, Teoría y realidad constitucional* n° 7 primer semestre, 2001, pp. 118-122.

no se modificó el orden social de la esfera pública y privada doméstica y la asignación social de la mujer a esta última y, con ello, se mantuvo un modelo de subordinación respecto del sujeto femenino, que como se analizará luego, es determinante en limitar la ciudadanía de las mujeres.

Es necesario precisar, que a pesar de lo señalado, los procesos de cambio y propuestas sociales articulados desde diversos movimientos sociales y sujetos colectivos en los últimos 30 años han producido determinados impactos políticos y jurídicos que han significado la recepción de nuevas subjetividades en la conceptualización de los sujetos políticos y ciudadanos, lo que en el marco del denominado proceso de constitucionalización del derecho, ha implicado nuevos fenómenos jurídicos que vinculan, en parte y de un modo diverso, la estructura de las esferas pública y privada-doméstica, pudiendo destacarse en este sentido particularmente lo que se denomina la constitucionalización de familia³¹⁶, y la consiguiente judicialización de la misma. Esto último ha significado la introducción de nuevas normas y debates en especial sobre el alcance de conformación de la familia y de las diversas formas de relaciones interfamiliares. Sin embargo, a pesar de recepcionar concepciones más abiertas, como familias monoparentales, jefaturas de hogar femeninas, familias homoparentales³¹⁷, ello nuevamente no ha implicado un proceso transformador estructural de la concepción de sujetos políticos y sujetos ciudadanos, manteniéndose intocada, una vez más, la noción inicial conformada por la Modernidad. Es por ello que finalmente en los hechos, en lo material, se expresa la “no igualdad” (la discriminación estructural) de los sujetos o de las formas sociales, que no son concordantes con las conformaciones *optimo iure* del derecho de la Modernidad.

3. Nuevas concepciones de ciudadanía.

La noción de ciudadanía, propia del constitucionalismo liberal, ha sido y es parte de un debate importante entre diversas corrientes de pensamiento y movimientos sociales, las que a partir de la constatación de la exclusión material de grupos sociales, del déficit en el ejercicio de derechos o de la realidad de discriminación estructural de determinados sujetos en función de su estatus (grupo sociales), han planteado la necesidad de elaborar nuevas nociones críticas de ciudadanía

³¹⁶ Este proceso, ha tenido especial manifestación en las nuevas constituciones y la legislación derivada en Latinoamérica, ya que esta subregión ha vivido en los últimos 20 años un proceso importante de elaboración o reforma de sus textos constitucionales.

³¹⁷ Al respecto ver: Zúñiga, Yanira y Turner, Susan. “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones Latinoamericanas”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20 nº 2, 2013, pp. 209 a 301.

que consideren a los sujetos desde la diversidad y sus múltiples construcciones subjetivas, de modo que estas se expresen en la concepción y construcción de nuevos modelos de ciudadanía que respondan de mejor forma a la demanda por un modelo no discriminatorio ni deficitario del ejercicio de ciudadanía para los diversos sujetos. Así, la noción de ciudadanía se vio ampliada en el último tercio del siglo XX, fundamentalmente, a partir del planteamiento de nuevas propuestas teóricas jurídicas provenientes del ius feminismo, el multiculturalismo, el comunitarismo y en general de diversos movimientos sociales.

Desde esta perspectiva, se plantea la construcción de una noción de ciudadanía más amplia que comprenda las diversas dimensiones vinculadas a la titularidad, ejercicio y garantía, no sólo formal o declarativa de los derechos fundamentales, sino al ejercicio y garantía sustancial (efectiva) de estos derechos. Fraisse señala que la ciudadanía de las mujeres debe ser analizada a la luz del hecho de que los sujetos representativos de la nueva ciudadanía no son solo excepciones, ya que la multiplicación real da cuenta de la conquista de la ciudadanía para todas³¹⁸. Así, la ciudadanía abarca las actuaciones de los sujetos como individuos o como colectivos en su búsqueda por lograr de un modo más sustancial el reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos de todos los sectores sociales, particularmente de los que han vivido realidades de segregación o limitación jurídica en el acceso a la titularidad de los derechos fundamentales y de la ciudadanía. Desde esta perspectiva se ejerce ciudadanía al luchar por el acceso a los derechos, lo mismo que al intentar incidir en las esferas de poder, de manera de definir también cuáles son esos derechos.

Si se asume este punto de vista, la ciudadanía de los sujetos debe ser abordada desde la dimensión social, civil, económica, política y cultural, esto es, desde los diversos aspectos que condicionan y determinan en la realidad la ciudadanía recepcionada y establecida por el Derecho (regulada en los ordenamientos jurídicos)³¹⁹. Así, la ciudadanía no solo deberá ser considerada desde el punto de vista formal normativo, sino que deberá ser entendida, analizada y abordada como un todo: es decir, considerando la manera en que lo normativo se expresa y es determinado por las otras dimensiones señaladas. La ciudadanía será la resultante del proceso de vinculación

³¹⁸ FRAISSE, *Los dos gobiernos: la familia y...*, op. cit., p.132.

³¹⁹ Al respecto es interesante el trabajo "Mujeres y ciudadanía: revisiones conceptuales y estrategias políticas. ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?", en el cual se revisa el concepto de ciudadanía y, a partir de este, se interroga sobre la ciudadanía hoy de las mujeres en América Latina, particularmente respecto de lo que son las condicionantes de ésta para avanzar en el pleno ejercicio de ciudadanía de las mujeres en la región. *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II*, Flores Ona, Nash, Claudio. Universidad de Chile Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Chile, 2012, pp. 11 a 52.

entre estas diversas perspectivas. Dicho de otro modo, la dimensión normativa de ciudadanía: titularidad y garantía de los derechos ciudadanos, debe abordarse junto con la dimensión sustantiva: efectivo ejercicio y goce de estos derechos, lo que implica una tensión entre el discurso normativo -nuevos derechos y titularidad y validez, eficacia y suficiencia del sistema de garantías- y la práctica social. Se plantea una redefinición de la ciudadanía que va a girar en torno a las interpretaciones y prácticas de inclusión/exclusión política, social, económica, civil y cultural, a la repolitización de la ciudadanía desde todas las dimensiones abordadas, lo que implica tensionar desde esa perspectiva la ciudadanía normativa, en definitiva la revitalización de la democracia³²⁰.

Finalmente, en la búsqueda de precisar conceptualmente ciudadanía y ciudadano, es fundamental volver sobre la idea del sujeto, de un sujeto universal como sujeto ciudadano, pero no desde el planteamiento sobre si la o las subjetividades específica de los sujetos (individual y/o colectiva) están adecuadamente recepcionadas en la noción de ciudadano y de ese modo aseguran una ciudadanía más efectiva, más inclusiva y más representativa de todos y todas; sino que desde el planteamiento sobre que la ciudadanía (universal) requiere igual ejercicio y goce de los derechos, y sujetos plenos y autónomos, esto es sujetos libres y por lo mismo iguales, sin relaciones de subordinación que implique discriminación entre ellos³²¹. Por lo mismo, la noción de ciudadanía y ciudadano se debe abordar y analizar también desde la construcción social, política y económica y desde el lugar que se asigna a los diferentes sujetos y las relaciones de poder y jerarquía que se dan entre ellos. Esto último es especialmente importante de tener en cuenta al momento de analizar la ciudadanía de las mujeres y, más particularmente, la relación de jerarquía y poder que se manifiesta en la esfera que aún determina al sujeto mujeres, incluso respecto de su participación ciudadana, nos referimos a la esfera doméstico privada y al orden familiar que en esta se expresa.

4. La ciudadanía de las mujeres

El reconocimiento de la ciudadanía tuvo implicancias diversas respecto de los diferentes sujetos que se fueron sumando, diferencia que es particularmente paradigmática cuando se trata de comparar a las mujeres con los restantes grupos originalmente excluidos. Esto puesto que como se

³²⁰ AGRA ROMERO, M^a Xosé. Ciudadanía: El Debate Feminista. En: Quesada F. (ed.), *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*. Madrid, Publicaciones UNED, 2002, p. 149.

³²¹ BODELÓN, "Dos metáforas para la libertad..." *op. cit.*, pp. 238 y ss.

planteó en capítulos anteriores, la noción de sujeto configurada por la Modernidad se construyó a partir de la subjetividad masculina, de manera que la ampliación de la ciudadanía a los sujetos varones excluidos (por razones de clase, de raza, de analfabetismo) supuso su inclusión en una noción de sujeto y ciudadano que ya consideraba su subjetividad en términos de sexo, por lo que si bien respecto de ellos el proceso también fue formal y se produjo de un modo agregativo, en lo sustancial, la subjetividad de estos nuevos ciudadanos se expresa en el sujeto ciudadano y en la ciudadanía. En el caso de las mujeres, en cambio, la expresión de su subjetividad es débil y está planteada desde la alteridad que complementa al sujeto *optimo iure* ciudadano. Una expresión paradigmática de lo que se señala, es el deficitario e incluso nulo reconocimiento de los derechos de género; es decir, derechos y garantías de autonomía y libertad de las mujeres, derechos sexuales y reproductivos, derecho a una vida libre de violencia.

Además, para efectos de las nuevas ciudadanía, no sólo no se consideró al ciudadano y su construcción subjetiva, sino que tampoco las condiciones estructurales que determinan a los nuevos sujetos ciudadanos y al ejercicio de su ciudadanía. En materia de género, este es un tema particularmente determinante, ya que en el modelo de configuración del orden social de la Modernidad que jurídicamente configura el constitucionalismo liberal, las mujeres fueron determinadas a través de la familia en la esfera privada doméstica lo que, como se ha señalado, implica un modelo de construcción del sujeto social mujeres, un orden social con relaciones de jerarquía entre los sujetos y la determinación del modo de vinculación del sujeto mujeres con las demás esferas del orden social/jurídico, todo lo cual va a tener directa incidencia en el sistema de derechos fundamentales y en el ejercicio de estos para efectos del ejercicio de la ciudadanía.

Considerando las características de este proceso y para analizar la manera en que determina la ciudadanía de las mujeres, es necesario volver a revisar cómo se desarrolló y qué significó el proceso de extensión de la ciudadanía, qué papel le correspondió a la familia en el orden social de la Modernidad, qué rol desempeña la economía del cuidado y la función social que el sujeto mujeres tiene respecto de este orden y del trabajo del cuidado y cómo estos determinan su subjetividad.

La especificidad de la ciudadanía de las mujeres puede ser analizada en tres órdenes de problemas: ciudadanía fragmentaria e inacabada, ciudadanía deficitaria y derechos y garantías sexuadas (se recoge el nombre de Ferrajoli). A continuación, desarrollaremos y analizaremos cada

una de estas problemáticas para configurar los desafíos que enfrenta la ciudadanía actual de las mujeres.

4.1. Ciudadanía fragmentaria e inacabada.

El reconocimiento de ciudadanía a las mujeres no fue un proceso lineal, ni uniforme, ni coherente. En términos históricos, se desarrolló en torno a diferentes áreas: ciudadanía política³²², reconocimiento y acceso a la educación³²³ y capacidad civil, que comprendió, a su vez, autonomía en materia laboral, familia, capacidad y autonomía patrimonial-contractual y derecho al control sexual y reproductivo. Respecto de éstas diferentes áreas, la ciudadanía fue reconocida de un modo fragmentado y diverso, sin que hubiera un abordaje integral del sujeto mujeres respecto de todos los derechos y libertades que lo conforman como ciudadana. Particularmente parcelado y disperso e irregular fue el reconocimiento de la ciudadanía civil; los derechos asociados a esta se fueron concediendo en forma sucesiva en una extensión de tiempo que cubre prácticamente todo el siglo XX. La forma y velocidad con que se dio este proceso difiere también de manera importante en las diferentes realidades nacionales; de hecho, en diversos ordenamientos jurídicos sigue siendo una realidad inacabada, ya que aún persiste institucionalidad y normativa que limita la plena capacidad y autonomía de la mujer y por lo mismo el ejercicio de derechos³²⁴.

³²² El primer hito en materia de ciudadanía política fue a fines del siglo XIX en Nueva Zelanda, primer país que reconoció el derecho a voto a las mujeres, a fines del siglo XIX. Luego, en otros casos, a comienzos del siglo XX, antes del otorgamiento de la ciudadanía política, fue reconocido el derecho a la capacidad en materia laboral, que significaba que la mujer no necesitaba obtener previamente la autorización del cónyuge para participar en el mercado de trabajo (firmar contrato de trabajo) y, en ciertos casos, además, el derecho a disponer del peculio obtenido de un trabajo remunerado propio, derecho que a veces se reconoció posteriormente de un modo disociado de la capacidad en materia laboral. En todo caso, el derecho a voto se concede de un modo más sistemático luego de la lucha de las sufragistas en Europa (especial importancia tuvieron las inglesas) y Estados Unidos tras la Primera Guerra Mundial, otorgándose en la mayoría de los países luego de la Segunda Guerra Mundial. Este proceso, sin embargo, no está totalmente universalizado, ya que como se señala en el capítulo segundo, hay países donde aún no se les reconoce el derecho a voto a las mujeres.

³²³ El acceso a la educación fue reconocido también de un modo muy dispar (como se analiza en el capítulo segundo), lo que significó que las mujeres recién acceden de un modo más masivo a la educación escolar completa ya avanzado el siglo XX y a la educación universitaria luego de la década del sesenta. Esto tuvo un impacto no sólo en lo que se refiere a lograr mayores niveles de educación y capacitación, sino que el acceso a la educación constituye además una herramienta fundamental que permite mejores condiciones para el ejercicio de la ciudadanía.

³²⁴ El caso chileno sirve particularmente para ilustrar esta realidad: En materia de capacidad, la mujer casada era considerada en la normativa del Código Civil, desde su dictación en 1855, como relativamente incapaz, y para actuar en la vida jurídica, debía ser representada o autorizada por el marido. El régimen patrimonial del matrimonio era sólo la sociedad conyugal, administrada por el marido y en la cual entraban tanto los bienes propios de cada cónyuge como los comunes y los gananciales. El marido tenía potestad marital respecto de su mujer, la que entre otras cosas significaba que él fijaba el domicilio de su mujer y la mujer sólo podía trabajar previa autorización del marido. Posteriormente, se le introdujeron reformas al Código Civil, incorporando nuevos regímenes patrimoniales del matrimonio, sin embargo, el

El desarrollo de las reformas a los ordenamientos jurídicos fundados en el principio y derecho de igualdad, que implicó el reconocimiento de los derechos fundamentales –tanto políticos, como los de libertad, igualdad y sociales- y de la condición de sujeto capaz; en definitiva, el reconocimiento de la ciudadanía y su ejercicio, fue -como hemos señalado- inorgánico. Pero además, y como consecuencia de lo anterior, este desarrollo se efectuó sin dar cuenta del sujeto mujeres en su integralidad y subjetividad y sin considerarla como sujeto pleno, lo que implicó que la ciudadanía de las mujeres se fue configurando de un modo que se podría definir como dispar, ya que en determinados aspectos, el reconocimiento fue cabal; en otros, fue limitado, e incluso en algunos de ellos, no llega a configurarse como un sujeto de derechos. Este fenómeno es el resultado de la ausencia de un proceso de construcción coherente y sistemático, así como de un abordaje de la mujer como sujeto constitutivo del ciudadano, lo que, en definitiva significa que no logra una entidad propia como sujeto ciudadano. Un claro ejemplo de ello son las normas referidas al derecho al trabajo, que respecto de la mujer se expresan como protección a la maternidad de la mujer trabajadora. Esta normativa no considera a la mujer como sujeto trabajadora que tiene derechos y garantías como tal -por ejemplo, garantías frente a las barreras de ingreso al mercado del trabajo de las mujeres-, sino que es abordada específicamente como madre (lo que además en sí responde un estereotipo, ya que lo único que es propio de la mujer en relación a los/las hijos/as es la capacidad procreativa, no el cuidado de ellos), y a partir de una premisa de minusvalía, pues la normativa se establece como una medida de protección a la maternidad y por lo mismo a las

régimen general continuó siendo la sociedad conyugal. En efecto, en la década del 30, se establece un régimen patrimonial de excepción para la mujer casada que ejerce una profesión u oficio, en el cual se consagra la posibilidad de ejercerlos sin requerir autorización del marido y se le reconoce capacidad de adquisición y administración de los bienes obtenidos en virtud de su profesión u oficio. Es el denominado patrimonio reservado de la mujer casada (artículo 150 del Código Civil). Posteriormente, en de la década del 50, en una nueva reforma, se establece como régimen patrimonial alternativo del matrimonio la separación de bienes, que permite la plena capacidad jurídica de la mujer en materia patrimonial, respecto de su patrimonio propio. Las reformas en materia de reconocimiento de la capacidad jurídica de la mujer casada se producen a fines de la década del 80 del siglo XX, luego de la ratificación por parte del Estado de Chile de la CEDAW en 1989, año en que se reconoce formalmente la plena capacidad jurídica a la mujer casada, derogándose la normativa que otorgaba una capacidad limitada a la mujer casada, considerada como menor adulto. Sin embargo, la capacidad de la mujer casada continúa siendo en ciertos aspectos limitada, ya que estas reformas no abarcaron el régimen patrimonial general: la sociedad conyugal, la que mantiene vigente la normativa que establece que la administración de la sociedad conyugal le corresponde al marido, lo que implica que este administra los bienes comunes e incluso los bienes que la mujer ha aportado a la sociedad conyugal o los que ha adquirido durante la vigencia de esta a título gratuito (herencia y donación) e incluso que el marido es considerado como dueño de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros (artículos 1749 a 1757 del Código Civil). También se encuentran limitaciones a la capacidad de la mujer en el caso de tutela o curaduría legítima, donde siempre es llamado primero el padre por sobre la madre (artículos 367 y 368 del Código Civil). Paralelamente, en materia de familia, con las reformas de 1989 se eliminó la potestad marital y se estableció la patria potestad compartida, y las normas sobre cuidado se van paulatinamente reformando hasta establecer en el año 2012 el cuidado personal del menor como responsabilidad de ambos padres, lo que sin embargo no se expresa en toda la institucionalidad, ya que hay normativa como en materia del trabajo en que los permisos parentales para el cuidado del menor se otorgan preferentemente a la madre.

mujeres. En otras palabras, lo que inspira esta normativa es la protección de las mujeres, no el reconocimiento o regulación de sus derechos.

De esta manera, a pesar de que las mujeres hayan obtenido la universalidad de la titularidad de derechos y de que incluso se hayan beneficiado del fenómeno de especificación de derechos a través de la creación de estatutos especiales en que la titularidad es únicamente de la mujer (CEDAW, leyes y tratados contra la violencia etc.), el hecho de que la titularidad de los derechos como categoría general siga concibiéndose de espaldas a la diferencia sexual (construcción social de los sujetos) y mantenga sus rasgos androcéntricos, hace que el ejercicio de los derechos por parte de éstas sea deficitario. Es por lo mismo que una parte importante de la teoría *ius* feminista³²⁵ plantea respecto del sujeto mujeres que el proceso de reconstruir su ciudadanía, implica como consecuencia reconfigurar su condición de sujeto de derechos, lo que significa, además, empoderar al sujeto mujeres en su condición de portadoras de derechos (derechos fundamentales), pero no sólo respecto de los derechos ya configurados, sino que también el reconocimiento de derechos fundamentales que se constituyen a partir de la realidad específica del sujeto mujeres.

Por último, no es posible dejar de señalar un tema que nos lleva a otras complejidades, pero que se debe al menos tener en consideración. Junto a su condición propia de mujeres, que determina y limita su ciudadanía, así como su condición de sujetos de derechos, las mujeres pueden estar determinadas además por diferentes identidades -clase, raza, opción sexual, etnia, cultura³²⁶, nación (como pueblo), nacionalidad (como vínculo legal), migrante, etc.-, de la misma manera que ocurre con los sujetos varones, lo que implica que habiendo una identidad transversal en la ciudadanía mujer, no se trata de una identidad absoluta. En efecto, la identidad mujer tendrá diversas expresiones en función de los diferentes significantes que traiga esa identidad adicional

³²⁵ Según señala la doctrina *ius* feminista, argumento propuesto y recepcionado en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena de 1993 y recogido en la Conferencia de Beijing, «los derechos de las mujeres son derechos humanos».

³²⁶ Un punto especialmente problemático ha sido la pugna o conflicto que se presentan entre las demandas de reconocimiento cultural y la protección a los derechos o intereses de las mujeres, ya que el debate se plantea respecto de la colisión que habría entre modelos o valores propios de culturas o etnias y los derechos o garantías respecto del sujeto mujer. En Chile, un caso que ilustra este proceso es el debate sobre la aplicación de instrumentos contenidos en el Convenio 169 OIT, como es en caso que establece la mediación para determinados conflictos jurisdiccionales aplicables a población de pueblos indígenas considerando sus características culturales, y si este instrumento es aplicable a casos de violencia intrafamiliar, ya que como se sabe, la mediación no es un procedimiento recomendable en casos de violencia de género, ya que las partes involucradas no están en un plano de igualdad que requiere la mediación.

(vivencia y pertenencia), de manera que también las demandas (respecto de la ciudadanía) serán variadas, algunas responderán a su condición de sujeto mujer, otras a su condición de mujer de una identidad otra específica y un tercer grupo a su condición de sujeto perteneciente a esa otra identidad (por ejemplo, mujer, mujer mapuche, mapuche) diversas expresiones en tanto los diversos significantes que estén expresados respecto de los sujetos y ello determina la identidad, las que resultado de aquello pueden ser múltiples respecto de unos sujetos. Este planteamiento desde la propuesta teórica de la interseccionalidad implica que las subjetividades construidas a partir del cruce de las diversas identidades que definen a colectivos de sujetos mujeres deben ser consideradas también para efectos del debate sobre nuevas definiciones y herramientas para una ciudadanía más inclusiva y no discriminatoria.

4.2. Ciudadanía deficitaria. La esfera privada doméstica

Un eje central para comprender la crítica feminista a la ciudadanía sexuada³²⁷ es la revisión y análisis crítico de la dicotomía público/privado. La asignación de las mujeres a la esfera privada/doméstica, al espacio de las necesidades y la dependencia, implica una doble exclusión: por un lado, la política, en la medida que el Estado y los derechos no entran en la esfera privada, considerada un espacio de no injerencia; y por otro, la del espacio público, excluidas de la actividad política. El proceso de determinación de la ciudadanía a partir de la división sexual es descrito de modo sucinto y con gran claridad por la *ius* feminista Mestre i Mestre, de la siguiente manera: “La elaboración precisa de la diferencia sexual, de la diferencia corporal, fue necesaria para definir y configurar una ciudadanía: las mujeres atrapadas en su cuerpo no son individuos y por tanto no pueden formar parte del contrato social y participar en la esfera pública, de las libertades y los derechos. Las mujeres deben permanecer en el espacio doméstico/privado, el espacio de las necesidades, la dependencia humana y el cuidado. De este modo, la organización de la ciudadanía sexuada se opera a través de la división en dos esferas, con funciones, roles, estatus, consideración, lógicas y derechos diferentes, pero relacionadas íntimamente”³²⁸.

Específicamente, interesa revisar de qué modo la dicotomía pública/privada -y particularmente la asignación de las mujeres a la esfera privada doméstica y su consiguiente subjetivización y

³²⁷ Ciudadanía sexuada es un concepto elaborado por la teoría feminista, que expresa la idea de la ciudadanía construida sobre una neutralidad formal que ignora las diferencias del orden social sexual.

³²⁸ MESTRE, “La ciudadanía de las mujeres...”, *op. cit.*, pp. 149 – 152.

configuración de su rol social- determina y caracteriza la ciudadanía de las mujeres. Dentro de ello se analizan cuatro aspectos: la esfera privada de la familia, cómo esta determina al sujeto mujeres y qué impacto tiene ello en su ciudadanía; la división sexual del trabajo, el orden de las economías y cómo ello constituye barreras al ejercicio ciudadano de las mujeres; la ciudadanía laboral, analizada de modo particular por la importancia que tiene en materia de autonomía y constitución de sujeto y, por último, la configuración del estado de bienestar sobre la base de un modelo sexuado, que implicó más bien reproducir un modelo limitado en materia de ciudadanía para las mujeres.

4.2.1. La esfera privada de la familia.

La ciudadanía de las mujeres está particularmente determinada por la configuración del orden social de la Modernidad y en particular por el lugar que ocupa la familia en este orden, y más específicamente por el rol que dicho orden social le confiere a la mujer en la esfera privada de la familia y por el propio orden y jerarquía de esta.

La instauración del nuevo orden social de la Modernidad no significó un cambio en la estructura de la familia³²⁹. La familia conservó su estructura de relaciones jerárquicas y desiguales, dentro de la cual el *pater familia* continuó ejerciendo la jefatura. Estas relaciones jerárquicas y desiguales serán la base de la configuración de las potestades que la normativa jurídica otorga al jefe de familia sobre los diversos sujetos que la conforman: relación entre marido y mujer, potestad marital; entre padre e hijos/as, patria potestad, y entre amo y siervos, potestad patronal³³⁰. En este orden, además, la capacidad jurídica de los sujetos bajo potestad es limitada, particularmente la de los hijos/as menores de edad y la de las mujeres casadas, cuya representación en la vida jurídica la tiene el jefe de familia³³¹.

³²⁹ Específicamente nos referimos a la estructura y al modelo de jerarquía y dominación. Ya que en materia económica la familia en los siglos XVI y XVII vivió un proceso de cambio profundo que implicó por una parte la separación en su seno del trabajo productivo y del trabajo reproductivo, y por otra, salida del primero del ámbito familiar, monetarizándose, por lo que integrantes de la familia debieron salir al mercado de trabajo para con el salario adquirir los bienes requeridos para la mantención de la familia.

³³⁰ BOBBIO y BOBERO, *Sociedad...*, *op. cit.*, p. 62.

³³¹ En el caso de los servidores domésticos, si bien la legislación civil codificada les otorgó plena capacidad civil, su domicilio estaba fijado por el del jefe de familia donde prestaban su servicio doméstico. (Al respecto el artículo 73 original del Código Civil chileno señalaba: "El domicilio de una persona será también el de sus criados y dependientes que residan en la misma casa que ella..." Código Civil de la República de Chile, Imprenta Nacional, Santiago de Chile, mayo de 1856. En:

La emancipación de los sujetos hombre que supone la Modernidad, tiene su correlato en la máxima sujeción de los sujetos mujer en la esfera privada doméstica bajo la potestad del jefe de familia. La afirmación de la libertad del individuo *optimo iure* implicaba a su vez la afirmación de su potestad dentro de la esfera privada familiar³³². El nuevo modelo político de la Modernidad puso fin a una servidumbre entre varones (sistema estamental), mas no a la del orden conyugal, que queda bajo el mando y representación del varón. La esfera privada quedó fuera del debate racional sobre la justicia³³³ y a su vez fuera de la esfera política, lo que significó y significa hasta hoy, que las relaciones de la esfera privada/doméstica no tienen un vínculo con el espacio público. Los derechos fundamentales y las instituciones políticas que están al servicio de su tutela y satisfacción no tienen cabida en la esfera privada, dejando las relaciones entre los sujetos propias de este ámbito fuera del sistema de derechos fundamentales y su garantía. El constitucionalismo liberal consagró así, junto a la legislación complementaria, la potestad marital y la patria potestad como derechos de poder incontrolados³³⁴, al configurar un modelo de sociedad política y ciudadanía en que la esfera privada era inmunes a los límites y controles de los derechos fundamentales de autonomía y al no otorgarle ciudadanía al sujeto mujeres³³⁵ ni reconocerle capacidad plena a la mujer casada. Así, el modelo de dicotomía pública/privada permite que el Estado se desentienda de lo que sucede en el ámbito privado/doméstico, despolitizando de paso las situaciones de menoscabo (discriminación estructural) que afectan al sujeto mujeres³³⁶.

Posteriormente, en el proceso de incorporación a la ciudadanía de las mujeres, ni este modelo de orden social ni la estructura material de la familia fueron sometidos a procesos de revisión ni de cambio en virtud de los nuevos requerimientos que pudieren haber traído consigo el reconocimiento de los nuevos derechos y la condición de ciudadana de la mujer. De esta manera, el orden que determinaba la asignación social de las mujeres a la familia y en consecuencia a la

books.google.cl/books?id=jlYzAQAAMAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true.

³³² FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, op. cit., p. 229.

³³³ RUBIO CASTRO, Ana María. "Ciudadanía y sociedad civil: Avanzar en la igualdad desde la política". En: RUBIO CASTRO, Ana María Y HERRERA FLORES, Joaquín (coords.). *Lo público y lo privado en contexto de la globalización*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer, España, 2006, p. 33.

³³⁴ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, op. cit., p. 229.

³³⁵ Los autores de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX diseñaron un modelo político, pero también debieron abordar la tarea de definir la familia y el matrimonio para darles un estatuto propio y con ello determinar el rol y el orden de éstos en la esfera privada. Esta será la regulación que en los códigos civiles institucionaliza el poder paterno y la subordinación de las mujeres e hijos/as no emancipados a éste. (Ver: FRAISSE, *Los dos gobiernos: la familia y...*, op. cit., pp. 17 y ss.)

³³⁶ MESTRE, "La ciudadanía de las mujeres...", op. cit., p. 148.

esfera privada doméstica y el orden jerárquico al interior de esta no cambió, por lo que, si bien la obtención de la ciudadanía implicó su ingreso a la esfera de los derechos, no significó, un cambio respecto al hecho de que su asignación, construcción y rol social continuara estructurado desde la esfera privada doméstica y determinada por una realidad jerarquizada.

En definitiva, se mantuvo (y se mantiene) un orden político y ciudadano respecto del cual la esfera privada/doméstica esta desligada, la que además, continua estructurada por un orden jerárquico – incluso a pesar de la modificación a las normas de potestad ya que el cambio es formal y la esfera doméstica no fue sometida a un proceso de democratización- y por ello, aunque la mujer sea ciudadana, su ciudadanía es deficitaria; ya que al estar determinadas como sujetos sociales desde la esfera privada, mantiene por una parte un lugar dentro de una jerarquía social; y por otra parte, su subjetividad y realidad social no está presente en el modelo de ciudadanía ni en el de los derechos. Lo propio de su realidad material y condición de persona no es concordante con las condiciones para el pleno ejercicio de la ciudadanía y de los derechos. El modelo de ciudadanía se continúa concibiendo por sobre la diferencia sexual.³³⁷ La ciudadanía de las mujeres y su condición de sujeto de derecho, en este modelo se configuran también como un otro, de forma similar a la concepción de alteridad en la determinación del sujeto jurídico de la Modernidad.

Desde la extensión de la ciudadanía y del reconocimiento formal de sujeto jurídico pleno, las mujeres son para el Derecho y consiguientemente para el ordenamiento jurídico, titular de todos los derechos fundamentales reconocidos en el catálogo de derechos. Sin embargo, el hecho de que la forma que determina la relación como titular de derechos y por lo mismo el ejercicio y garantía de los mismos esté construida a partir de la determinación de las características o subjetividad del sujeto de derechos de la Modernidad (sujeto *optimo iure*), que como hemos visto no recoge o no se configura recepcionando la subjetividad del sujeto mujeres, redundando en que la forma de la titularidad (los elementos subjetivos que configuran la titularidad) y el contenido del Derecho respecto del sujeto, están obviamente determinados por la noción de sujeto que se ha considerado para su construcción (recuérdese el proceso de construcción del derecho de la Modernidad sobre la base de modelos abstractos), la que no es la del sujeto mujeres (salvo como alteridad), sino que es fundamentalmente masculina. Por ello, a pesar de que la titularidad de los derechos fundamentales es universal, al no considerar la diferencia sexual y las diversas

³³⁷ *Ibid*, p. 148.

subjetividades que ello significa, no es posible que se configure una titularidad real de modo igualitario respecto de hombres y mujeres. Un ejemplo muy ilustrativo de lo que se señala es la baja representación de las mujeres en el poder político. En los cargos de elección o representación popular, la presencia de las mujeres es inversamente proporcional al “nivel de poder” que expresan. Así, en las organizaciones vecinales o comunales, las mujeres tienen mayor presencia, pero ya en la dirección local (alcaldes), a nivel parlamentario y de las altas autoridades gubernamentales, las mujeres tienen una baja representación. En el caso chileno, la presencia de mujeres en esos cargos no asciende a más del 25% promedio³³⁸. La ausencia de mujeres en los espacios de representación política es expresión de las barreras invisibles que existen al ingreso de las mujeres, barreras de entrada que se configuran a partir de la construcción cultural/simbólica de que las mujeres son ajenas a lo público, sumado a la realidad material de la carga de trabajo que para las mujeres implica la esfera doméstica, lo que opera respecto de la representación pública como una doble o triple jornada de trabajo. Esto último en caso de que la mujer además trabaje en el mercado remunerado.

Por otra parte, la continuidad del orden político en el cual se mantiene la desvinculación entre la esfera privada doméstica y la esfera pública significa, además, desde el sujeto mujeres y su construcción subjetiva, que la realidad de la esfera privada queda al margen de la esfera ciudadana, esto es, no permea, por así decirlo, la ciudadanía, su ejercicio y el contenido e interpretación respecto de los derechos fundamentales y su sistema de garantías. Esto significa que lo que es propio y característico de la esfera privada doméstica no determina la construcción o configuración de lo que es propio de la esfera pública, esto es la ciudadanía y el sistema de derechos. Así, la ciudadanía y los derechos fundamentales no sólo tendrán un desfase respecto de las mujeres producto de su condición de sujeto ajeno a la construcción y características de la esfera pública, sino que, además, esta última no recepcionará lo que es propio de la esfera privada doméstica, lo que se expresará en que la construcción de la ciudadanía y del sistema de derechos

³³⁸ Al finalizar la década de 1970, se eligió por primera vez mujeres para ocupar el cargo de jefe de gobierno, Reino Unido en 1979 e Islandia en 1980. Desde esa fecha a la actualidad, la cifra en el mundo no asciende a más de treinta. En Estados Unidos, en el segundo gobierno de Obama, de los 24 integrantes de su gabinete, sólo siete son mujeres. En América Latina, sólo el 23% de los parlamentarios son mujeres, promedio que ha aumentado en los últimos años debido a la implementación de leyes de cuotas en Argentina, Colombia, Ecuador y Nicaragua. En Chile, el porcentaje de mujeres parlamentarias asciende a 17.1%. En América Latina, en cambio, asciende a 25.2% y la media mundial es de 21.5% fuente: PNUD. En mayo de 2015 se dictó la ley nº 20.804, que entre otras reformas introdujo en Chile un sistema para la elección parlamentaria de listas con cuotas por sexo, estableciendo que el número por lista de candidatos hombres o mujeres no debe exceder el 60%.

(titularidad, ejercicio y garantía) ignora lo que es propio de la realidad material de la esfera privada doméstica. En concreto, ello implica que el derecho respecto de la ciudadanía de las mujeres no aborda, no incorpora en su institucionalidad y normativa, realidades determinantes de los sujetos de la esfera privada, como son las relaciones de jerarquía que afectan a la mujer y que tienen relación, por ejemplo, con derechos fundamentales como el derecho a la vida, derechos de libertad, nuevos derechos como una vida libre de violencia, o la construcción social de las tareas del cuidado que, como se verá más adelante, configuran muchas barreras al ejercicio de la ciudadanía.

En lo referente específicamente a la familia y su orden, el proceso de incorporación de ciudadanía eliminó y/o modificó las formas normativas en que el Derecho expresaba y regulaba ese orden familiar (potestad marital y patria potestad), mas no abordó desde la institucionalidad jurídica la realidad de la esfera privada doméstica en cuanto a las relaciones fácticas de jerarquía y subordinación. Esto significó que el orden jerárquico y de subordinación quedara invisibilizado y, lo que es aún más grave, que sea negado, ya que como los sujetos (formalmente) se han igualado y se han eliminado o modificado las instituciones y normas que otorgaban poder a unos sobre otros³³⁹, la institucionalidad opera como si no existieran relaciones estructurales/sociales de jerarquía y subordinación entre los sujetos, invisibilizando la desigualdad de poder que limita a los subordinados el acceso igualitario a los derechos fundamentales (más allá de la formalidad declarativa), su ejercicio y garantía y el ejercicio pleno de la ciudadanía. El derecho, al legitimar un tratamiento diferenciador por razones de sexo, hace invisible el dominio del hombre sobre la mujer y convierte la dominación en diferencia, la coerción legitimada en consenso y la política neutralizada en moral³⁴⁰. La existencia de jerarquías, violencia de género, la desigualdad de oportunidades en el seno de la familia, la realidad de la dominación en el ámbito doméstico, no han estado casi nunca en la agenda de las más influyentes teorías de la justicia, de manera que estas realidades ignoradas se vuelven invisibles, inexistentes, por lo que la no igualdad resultante en materia de ciudadanía, -como es por ejemplo la limitación al ejercicio de ciudadanía que significa la violencia de género³⁴¹ expresada, entre otras cosas, en femicidio³⁴², violencia

³³⁹ Al respecto, ver el trabajo de Anna G. Jónasdóttir, *El poder del amor ¿Le importa el sexo a la Democracia?*, Ediciones Catedra colección feminismos. Madrid 1993. En este trabajo, la autora analiza el modo como se organiza políticamente el amor, como práctica socio-sexual y relaciones de poder.

³⁴⁰ AGRA ROMERO, M^a XOSÉ. "Ciudadanía: El...", *op. cit.*, pp. 143 y 147.

³⁴¹ El concepto de violencia de género fue elaborado por la teoría feminista y su construcción se realizó sobre la base de estudios interdisciplinarios respecto a situaciones de violencia que afectaban a las mujeres en diversos ámbitos,

intrafamiliar, acoso sexual, trata de mujeres³⁴³, cirugías estéticas y dietas para la imagen femenina, no es vista como discriminación; y cuando logra configurarse respecto de un sujeto mujer una circunstancia de discriminación, esta nunca se aborda como expresión de una discriminación estructural que limita o hace deficitaria la ciudadanía de las mujeres, sino que se la considera una discriminación individual, producto de actos específicos en contra de un sujeto mujer como individuo. Por lo mismo, y siguiendo la lógica del modelo liberal dominante, el Derecho busca resolver estas circunstancias discriminatorias utilizando el modelo de la igualdad de trato³⁴⁴, el cual, como se vio en el capítulo tercero en el marco de la crítica al modelo de igualdad liberal, no es pertinente de aplicar, ya que no permite resolver discriminaciones estructurales que son producto de sistemas jerárquicos al interior de la sociedad, existentes en virtud del orden social estructurado³⁴⁵.

estableciéndose que esta realidad tenía un patrón común: las víctimas siempre eran mujeres, los victimarios siempre eran hombres, se expresaba en diversos espacios -la familia, el hábitat, el trabajo- y el fundamento de la violencia era la realidad de subordinación social de las mujeres, puesto que no había más razón para ser víctima de la violencia que el hecho de ser mujeres. Paralelamente, estudios no especializados en género configuraron, el concepto de violencia intrafamiliar, para dar cuenta de la violencia que se manifiesta al interior del hogar, y que afecta particularmente a las mujeres. Fue la noción de violencia intrafamiliar en torno a la que estructuró la legislación dictada para enfrentar el fenómeno de la violencia contra las mujeres (caso Chile), sin embargo los trabajos y estudios especializados de la teoría feminista (*ius feminismo*) permitieron establecer un planteamiento crítico respecto de este concepto, ya que este confunde diversas situaciones de violencia y es parcial. Crea confusión en la medida que aborda conjuntamente realidades de violencia de diversa índole que se dan al interior del hogar, como la violencia de género, la violencia infantil y la violencia contra la tercera edad, lo que significa dar el mismo tratamiento a problemas que tienen diverso origen y por lo mismo deben ser abordada de modo diferente. Y es parcial, ya que con ello se aborda sólo un aspecto de la violencia de género, quedando ignorada las otras situaciones de violencia de género que se dan en espacios como el trabajo (acoso sexual fundamentalmente), violencia en el hábitat y atención en salud.

³⁴² El feminicidio es un nuevo tipo penal creado por la doctrina que tipifica el homicidio cometido contra la mujer cuando la motivación del crimen es la violencia de género. Algunas legislaciones han recepcionado este tipo penal en sí, como es el caso de España y Costa Rica, en otras, se ha recepcionado como un agravante del parricidio (caso de Chile). En América Latina, este nuevo tipo penal se denomina feminicidio, nombre puesto por la feminista mexicana Marcela Lagarde, quien fue la primera en la región en utilizar los trabajos de las autoras norteamericanas Diana Russell y Jill Radford. La traducción estricta al castellano de esta figura penal sería femicidio, pero la autora mexicana planteó que lo más exacto es denominarlo feminicidio con el fin de eliminar su homologación al homicidio o parricidio, ya que es un delito que tiene una motivación especial de odio, venganza o dominio contra las mujeres. En el presente trabajo, se utiliza ambos términos como sinónimos. Para una perspectiva general sobre este delito en América Latina, consultar: *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. Ana Isabel Garita Vélchez (ÚNETE / Naciones Unidas).

³⁴³ El instrumento de derecho internacional público que existe para combatir el delito internacional (delito de lesa humanidad) de trata de personas es el "Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños". El sólo nombre de este instrumento da cuenta de la incidencia en las cifras del delito de trata del comercio de mujeres, un 80% de las víctimas son pertenecen a este sexo., el comercio se origina fundamentalmente para efectos de explotación sexual.

³⁴⁴ VARGAS-MACHUCA ORTEGA, RAMÓN. "Teoría de la justicia y ámbito doméstico". *Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política* nº 14, 1996, p. 139.

³⁴⁵ María de los Ángeles Barrère, desarrolla profusamente el tema en varios de sus trabajos, especialmente ver: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres; Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*; "Igualdad y

A su vez, como no existió un proceso crítico y de cambio respecto de la familia, su orden y jerarquía en el proceso de concesión de la ciudadanía a las mujeres, los principios jurídicos informantes y estructurante del Derecho referidos al orden de las familias no se han transformado en su conceptualización, manteniendo una lógica fundada en ese orden. Esto se traduce, por una parte, en la determinación de la lógica interna del sistema jurídico, lo que tiene un peso fundamental en materia de aplicación e interpretación del orden normativo en lo referente a la concepción del orden y rol de la familia (en un sentido amplio) y sus integrantes, y por otra, en la mantención de normativas que fundan o conservan dicho orden familiar, como es en materia penal el bien jurídico protegido “orden de las familias”, existente aún en algunas legislaciones³⁴⁶, bajo el cual se ordenan los delitos sexuales, el aborto y otros delitos vinculados a los atributos de la personalidad, lo que da cuenta que su tipificación está referida fundamentalmente a la mantención de un orden familiar.

Hemos dicho que en el orden de la Modernidad la esfera privada doméstica se constituye desligada de las demás esferas, la política o ciudadana (esfera pública) y la del mercado (esfera privada de la economía), y por lo mismo no existe una normativa que determine relación entre aquella y las demás esferas. Sin embargo, no ocurre lo mismo en la vinculación del sujeto mujer con estas esferas, ya que su lugar y rol social de sujeto se extiende desde la esfera de lo doméstico a las demás esferas e incluso la continúan determinando socialmente. Fundamentalmente son el modelo de jerarquía y subordinación propio de la esfera privada, así como el rol social de las mujeres determinado en esta esfera, las realidades que se extienden o determinan las demás esferas del orden social³⁴⁷, condicionando de un modo fundamental su ciudadanía y su modo de inserción en el mercado de trabajo.

«discriminación positiva» Un esbozo de análisis teórico-conceptual”. *Legislación y jurisprudencia antidiscriminatoria por razones de sexo género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa y “lufeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación”.*

³⁴⁶ En el caso de Chile, el Código Penal establecía en su título VII del libro II como bien jurídico protegido “el orden de las familias y la moralidad pública”, bajo el cual se agrupaban los delitos de aborto, abandono de niños y personas desvalidas, contra el estado civil de las personas, incesto, celebración de matrimonios ilegales y delitos sexuales, que incluían raptos, violación, estupro y ultraje público a las buenas costumbres. Este bien jurídico fue modificado el año 2004, introduciéndole la protección a la libertad sexual, pero sin modificar la protección del orden de la familia y la moral pública y manteniendo la misma estructura en cuanto a los delitos que comprende.

³⁴⁷ Al respecto, es importante recoger el modelo teórico planteado por Iris Marión Young (visto en el capítulo primero y tercero), que permite estudiar y analizar la manifestación en el orden social de la realidad de subordinación de los sujetos. Siguiendo a esta autora, los elementos que expresa la subordinación son cinco: explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural, y violencia. Dicho de modo inverso, cuando en una sociedad respecto de determinados colectivos de sujetos es posible determinar que de un modo sistemático hay explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural, y violencia (no es necesario la conjunción de los cinco elementos, son categorías de análisis y

Esta determinación a partir de la esfera privada doméstica configura barreras a la ciudadanía de las mujeres y a su participación en la esfera del mercado. No se trata aquí de barreras expresamente consagradas por el orden jurídico, como eran las normas sobre incapacidad jurídica o capacidad limitada de las mujeres, sino que son limitantes fácticas de un orden social que el Derecho y toda su institucionalidad ignora. La institucionalidad jurídica aborda y norma la realidad social como si no existieran, como si el sujeto mujeres pudiera ejercer su condición de ciudadana de un modo pleno sin que dichas barreras limiten el goce, ejercicio y garantías de los derechos fundamentales que conforman la ciudadanía. Ello permite explicar prácticamente todas las brechas que los sujetos mujeres enfrentan en su ciudadanía o, como la define Adela García, en el derecho a tener derechos fundamentales y ejercerlos³⁴⁸. Como manifestación de este fenómeno es posible mencionar, entre otros: la violencia de género, la segregación horizontal en materia educacional³⁴⁹ y laboral, la segregación vertical en el empleo, la diferencia salarial entre hombres y mujeres³⁵⁰, la precarización económica de las mujeres³⁵¹, la baja representación de mujeres en

referencia) significa que este colectivo de sujetos es un grupo social subordinado. YOUNG, *La justicia y la...*, op. cit., p. 71.

³⁴⁸ Como señala la autora feminista Adela García: "...no es posible seguir adjetivando la ciudadanía o es plena o no lo es. Ciudadanía frente a la no ciudadanía. O lo que es lo mismo el derecho a tener derechos y ejercerlos frente a la negación de todos y cada uno de los derechos [fundamentales]....Lo que si podemos adjetivar son las diferentes formas de posicionarnos..., o mejor dicho el grado y la calidad de nuestra participación en los asuntos públicos..." GARCÍA, Adela. *Género y Ciudadanía: Un debate carta de presentación*, Icaria Editorial, Barcelona, 2004, pp. 7 y 8.

³⁴⁹ La segregación horizontal en materia educacional se refiere a la separación de interés de estudio por razones de género: fundamentalmente, los hombre en matemática y ciencias y las mujeres en lenguaje y humanidades, lo que luego se expresa en las áreas de estudios post escolares. Una de las razones que está a la base de la segregación horizontal en el denominado currículum oculto, esto es la enseñanza no declarada (en ese sentido oculta) que el sistema escolar realiza a través de los docentes, metodologías y textos escolares que determinan la segregación de habilidades de aprendizaje por sexo. expresada en un bajo acceso de las mujeres a una formación técnica o profesional en áreas que requieren altos conocimientos de biología, química, física y matemáticas La matrícula de mujeres en estudios universitarios nivel de licenciatura en el área de ingeniería – tecnología promedia un 31%, en cambio en las áreas de educación – humanidades, promedia el 66 % en América Latina. (Fuente: CEPAL 2010).

³⁵⁰ La brecha salarial de género implica que hay una diferencia salarial media diferente por trabajos equivalentes entre hombre y mujeres. En Chile, los hombres ganan en promedio un 20% más que las mujeres. En América Latina, en cifras del Banco Interamericano de Desarrollo, la brecha salarial entre hombres y mujeres es del 17%, cifra que aumenta a un 58% en los casos de las profesiones que concentran los más altos salarios (ingeniera, abogacía, arquitectura) (En: ÑOPO, Hugo. "Nuevo Siglo, Viejas Disparidades: Brecha Salarial por Género y Etnicidad en América Latina", BID, 2012). Los indicadores al 2011 muestran que en la Unión Europea las mujeres ganan alrededor de un 16 % menos por hora que los hombres (Fuente: Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/140319_gpg_es.pdf).

³⁵¹ Según los informes de Naciones Unidas referentes al avance de cumplimiento de los objetivos del milenio, las mujeres enfrentan mayor riesgo de vivir en pobreza que los hombres. Los estudios indican que las mujeres están sobrerrepresentadas en los quintiles de riqueza más bajo, y los casos de los estudios de hogares (la mayoría de los estudios de pobreza son por hogar y no por personas) referidos a estos quintiles, muestran que hay una mayor probabilidad de estar encabezados por mujeres (jefatura de hogar femenina). Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015. El mayor riesgo de pobreza de las mujeres no solo se explica por las barreras a su ingreso al mercado del trabajo y por el conjunto brechas de género que se dan en el mismo (menores salarios, segregación horizontal, segregación vertical y condiciones de trabajo más precario), sino que además existen barreras culturales y sociales que

cargo de elección popular y la no paridad en materia del poder ejecutivo (ministros, subsecretarios y otras autoridades que expresan poder político).

4.2.2. División sexual del trabajo, el orden de las economías y ciudadanía.

El trabajo del cuidado, que junto con la producción de cuidado, configura la economía del cuidado, ha estado ancestralmente vinculado a la familia y de manera particular a las mujeres, quienes han sido responsables de efectuar las tareas del cuidado. Sin embargo, antes de la Modernidad, en el núcleo familiar doméstico no solo se desarrollaba el trabajo del cuidado sino que también trabajo productivo que permitía la subsistencia del grupo familiar e incluso, en caso de haber excedente, esa producción podía destinarse al intercambio³⁵².

Las economistas feministas han realizado en los últimos años estudios respecto a la economía del cuidado, determinando que este trabajo productivo excede el trabajo doméstico y tiene como función principal la de satisfacer las necesidades humanas³⁵³ básicas relacionadas con el cuerpo, que permiten sostener la supervivencia cotidiana y la reproducción de las personas³⁵⁴. Este trabajo tiene un contexto social y emocional diferente al del trabajo remunerado, no sólo por el entorno donde se desarrolla, sino porque lo realiza alguien del grupo afectivo doméstico satisfaciendo necesidades personales y sociales. Además, se funda en la creación de relaciones afectivas sociales que no son sustituibles con producción de mercado. Los trabajos del cuidado recaen y han recaído en las mujeres que integran el núcleo afectivo doméstico de las personas³⁵⁵.

limitan su acceso a recursos económicos como tierras, agua, bienes productivos, actividades productivas que les permitan la generación de recursos y bienes productivos. La dependencia económica que implica esta realidad de precariedad y limitación de acceso a la riqueza es uno de los factores que actúa como limitante de la ciudadanía de las mujeres.

³⁵² Es en el capitalismo que se produce el proceso de enajenación de la actividad económica productiva doméstica, trasladándose fuera del núcleo de la familia, desarrollándose además un fenómeno de industrialización productiva que da paso a una nueva forma de trabajo que se realiza fuera del ámbito doméstico: el trabajo asalariado.

³⁵³ Las necesidades humanas requieren bienes y servicios, como alimentos preparados o aseo doméstico, pero también requieren de afectos y relaciones. Las primeras configuran una dimensión más objetiva y responden generalmente a necesidades biológicas. Las segundas se refieren a una dimensión más subjetiva y se expresan en las necesidades de afecto, de seguridad psicológica, de cuidado y creación de relaciones y lazos humanos. CARRASCO, Cristina. "La sostenibilidad de la vida humana: ¿Un asunto de mujeres?". *Mientras Tanto*, Nº 82, otoño-invierno 2001, Icaria Editorial, Barcelona, p. 45.

³⁵⁴ *Ibid*, pp. 46-47; CARRASCO, Cristina. "La economía feminista: ruptura teórica y propuesta política". En: *Con voz propia. La economía feminista como apuesta teórica y política*. La oveja roja, Madrid, 2014, pp. 33-35.

³⁵⁵ CARRASCO, "La sostenibilidad de la vida humana...", *op. cit.*, p. 46.

Los procesos que se requieren para asegurar la supervivencia y reproducción humana se hicieron cada vez más invisibles con el proceso de industrialización y desarrollo del capitalismo. Incluso, el sistema económico mercantil se presenta como autónomo, ocultando el trabajo de cuidados. Sin embargo, como plantea la autora feminista Cristina Carrasco, lo que permanece más oculto es la relación entre economía del cuidado y sistema de producción capitalista. La esfera mercantil sería imposible sin el trabajo del cuidado, ya que hay una relación directa entre el sistema de producción económico capitalista y el ámbito familiar doméstico. La producción fabril, en definitiva, externaliza costos³⁵⁶ hacia la esfera doméstica, costos que asumen la forma de trabajo del cuidado, desarrollados de modo gratuito al interior de la esfera familiar/doméstica mayoritariamente por mujeres³⁵⁷. Dicho de un modo sucinto, el trabajo doméstico y de cuidados permite que se produzca y reproduzca la fuerza de trabajo necesaria para que los procesos de producción capitalistas continúen³⁵⁸. Así el trabajo doméstico debe ser definido como trabajo y no como un servicio personal.

Se ha dicho que en el orden sexual de la Modernidad, la función social del trabajo de cuidado se circunscribe al ámbito privado doméstico (familia), por lo mismo este orden implica la división sexual del trabajo³⁵⁹: los hombres participan en la esfera de la economía, ya sea como propietarios o como asalariados, y las mujeres se concentran en el trabajo del cuidado que desarrollan en la esfera privada doméstica.

La mantención de los roles de las diversas esferas de la sociedad civil y la consiguiente división sexual del trabajo, implican respecto del sujeto mujeres, que su construcción social es y continúa siendo determinada y configurada a partir del trabajo del cuidado y de las diversas tareas que este conlleva; significando, además, que el sujeto mujeres queda determinado cultural y socialmente de modo primigenio por su rol en la esfera privada/doméstica, el cual es considerado como

³⁵⁶ Esta misma idea es planteada por la economista feminista Amaia Pérez, quien señala que las razones del ocultamiento del rol del trabajo del cuidado respecto del sistema económico productivo mercantil es que así mantiene la posibilidad de derivar costos productivos al ámbito familiar y por esa vía incrementar beneficios a costa del trabajo invisibilizado del cuidado y, además, mantener la falsa idea de la autonomía del sistema económico mercantil. PÉREZ OROZCO, Amaia. "Del trabajo doméstico al trabajo de cuidados". En: *Con voz propia. La economía feminista como apuesta teórica y política*. La oveja roja, Madrid, 2014, p. 65.

³⁵⁷ CARRASCO, "La sostenibilidad de la vida humana: ...", *op. cit.*, pp. 50 y 51.

³⁵⁸ CARRASCO, "La economía feminista: ruptura teórica y...", *op. cit.*, p. 33.

³⁵⁹ Carol Pateman, en su obra el "El contrato sexual", señala que la división sexual del trabajo en la modernidad queda determinada por el contrato de matrimonio, ya que este contrato implica para la mujer la regulación del orden matrimonial y familiar que diseña un orden familiar en que la mujer está subordinada al marido y, en tanto no propietaria ni trabajadora asalariada, realiza el trabajo que le corresponde en la economía del cuidado al interior de la familia. (PATEMAN, *El contrato...*, *op. cit.* pp. 165-169).

propio, incluso como natural, independientemente de otros que pudiere tener o asumir en las demás esferas, como el de trabajadora asalariada o de ciudadana. Esto significa, que aunque el sujeto mujeres se vincule o actúe en las otras esferas de la sociedad civil³⁶⁰, será primeramente considerado como responsable de cumplir y/o asumir el trabajo del cuidado; dicho de otro modo, las mujeres están determinadas a ser las responsables y ejecutoras de las tareas de producción (trabajo) que implica la economía del cuidado, por lo que su quehacer productivo está en primera instancia determinado por este trabajo, el cual puede eventualmente complementarse con otro de carácter asalariado en el mercado de trabajo (esfera privada de la economía), en cuyo caso, la mujer deberá asumir una doble jornada laboral: una doméstica no asalariada y una asalariada. El sujeto masculino, en tanto, no se constituye como sujeto a partir de la esfera doméstica si no de la esfera pública, su rol como sujeto productivo solo está vinculada a la producción de la economía del mercado y no a la economía del cuidado. En palabras de Fraisse, es como si de repente cada esfera sólo pudiera pertenecer a un solo sexo. La división del trabajo entre sexos correspondería a la separación de los gobiernos doméstico y político. El gobierno doméstico pertenece a la mujer y el gobierno político al hombre, pero la autoridad en ambos casos continua siendo masculina³⁶¹.

La división sexual del trabajo implica que las mujeres se hagan cargo (deban hacerse cargo, conforme a su rol definido por el orden social) de todas las tareas del cuidado que implica la mantención cotidiana y la reproducción de las personas. Estas tareas, entre las que podemos mencionar la alimentación de los miembros del hogar -ya sea que la mujer se encargue directamente de ella o administre que otro (generalmente mujer) lo realice-; el cuidado de los hijos menores, que abarca desde acompañarlos, preocuparse por su escolaridad (asegurarles el estudio y realizar las tarea que demanda el sistema escolar), criarlos, cuidar de su salud (cuando están enfermos, así como velar por su acceso a la salud); el cuidado de los enfermos y personas postradas dentro del núcleo familiar/doméstico, que implica tanto el cuidado y atención de estos como procurarles la atención médica, y la preocupación y cuidado de las personas mayores de su entorno doméstico/familiar, incluso a veces vecinal, que implica de un modo similar que en las otras tareas, procurarles acompañamiento, atención médica y cuidados cotidianos.

La división sexual del trabajo como parte del orden social, es sin duda una de las barreras fundamentales a la ciudadanía de las mujeres, ya que limita o coarta su posibilidad material y

³⁶⁰ *Ibid*, p. 196.

³⁶¹ FRAISSE, *Los dos gobiernos: la familia y...*, op. cit., pp. 124 y 125.

social de inserción en las demás esferas de la sociedad. No sólo nos referimos aquí a la doble o triple jornada que debe asumir una mujer que junto al trabajo del cuidado, realiza otras actividades, ya sea de participación política y/o de trabajo remunerado, sino al hecho de que, en relación a las mujeres, el quehacer que requiere y demanda la ciudadanía es tenido por la sociedad y por las propias mujeres como algo secundario, que puede e incluso debe efectuarse de un modo complementario o residual respecto del trabajo socialmente determinado como propio. Como señala Fraisse “... la exclusión se ha fabricado al mismo tiempo contra y con las mujeres. Con un mismo impulso... se disocian de la nueva sociedad [y] se asocian a ella... están en una situación de nulidad [ciudadana], en condición no jurídica y sin embargo están sobrecargadas de tareas sociales a través de su vida privada”³⁶², lo que les da un rol social, mas no ciudadano. En materia laboral, por ejemplo, las mujeres que trabajan asalariadamente no se subjetivan así mismas (ni la sociedad lo hace tampoco) como sujetos trabajadoras asalariadas, por ello, el trabajo productivo del mercado siempre será respecto del sujeto mujer una no posibilidad o una posibilidad secundaria que queda subordinado al trabajo de la economía del cuidado³⁶³. Ello explica las bajas tasas de participación de la mujeres en el mercado del trabajo³⁶⁴, el trabajo temporal o part time de las mujeres como forma de incorporarlas al mercado de trabajo³⁶⁵ -con la consiguiente merma

³⁶² *Ibid.*, 54-55.

³⁶³ En diversos países europeos (Países Escandinavos y Holanda inicialmente, luego Austria, Alemania y Francia) a fines del siglo XX y comienzos de este, se elaboraron legislaciones referidas a abordar la problemática del cuidado de las personas en situación de dependencia (personas de tercera edad, enfermos y postrados) como expresión de la política pública. Si bien la mayoría de la legislación implicó un avance, en el sentido de dar cuenta de la existencia de esta realidad, y permitió la creación de un sistema social del cuidado, esta legislación fue limitada, ya que no considera otras realidades de cuidado como la primera infancia y no tuvo, además, una perspectiva de género en cuanto a ser una herramienta que permitiera superar la realidad de cuidadoras no profesionales y profesionales, mayoritariamente mujeres. Al respecto, es ilustrativa la ley española del año 2006: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

³⁶⁴ En Chile, la tasa de participación de las mujeres en el mercado de trabajo es del 44%, la del quintil más pobre se inclina apenas por sobre el 20%. La participación masculina alcanza un promedio del 72% (CASEN 2012). En Perú, la tasa femenina se eleva al 64% (la tasa masculina alcanza un 82%) INFORME ANUAL 2012: LA MUJER EN EL MERCADO LABORAL PERUANO. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. En América Latina, la tasa de participación laboral de las mujeres se encuentra en el 55% contra la de los hombres que supera el 75%. Destacan Chile, México y Costa Rica, países que tienen las tasas más bajas de inserción laboral de mujeres: entre el 45% a 50%. (Fuente: Trabajo decente e igualdad de género. OIT, 2013 www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro- En los países de la Unión Europea, la tasa de empleo femenino alcanzó el 59,6 %, en cambio la tasa de empleo masculino fue del 70,1 % (eurostat Statistics Explained/2014).

³⁶⁵ En materia de inserción en trabajos a tiempo parcial y contrataciones temporales, si bien éstos han ganado peso frente a la contratación indefinida tanto en hombres como en mujeres, debido a la flexibilización de la normativa laboral, son éstas últimas quienes en forma mayoritaria acceden a empleos de plazo definido o de jornada parcial. En Chile, el porcentaje de ocupados en trabajos de jornada parcial es en el caso de las mujeres el 29,3%, en cambio en los hombres el 14,9%. (INE/ 2011). Para los países de la Unión Europea, el 32,2% de las mujeres con empleo trabajaban a tiempo parcial, en cambio en el empleo masculino, el 8,8% lo hacía a tiempo parcial (eurostat Statistics Explained/2014).

en la remuneración- y su salida del mercado del trabajo por razones de maternidad y cuidado de enfermos postrados y ancianos de su entorno familiar/doméstico.

4.2.3. Ciudadanía laboral.

Conforme la normativa de la codificación civil, las mujeres casadas no podían trabajar si no tenían la autorización del marido, y no podían administrar lo obtenido de su trabajo ya que era administrado por el marido. En la lucha por la autonomía y la ciudadanía las mujeres, lograron que se les reconociera la autonomía y capacidad como sujeto para trabajar y el derecho a administrar su remuneración con autonomía de los bienes comunes. Las legislaciones fueron creando diversas soluciones normativas, algunas parciales, otras que implicaron cambios más estructurales, para responder jurídicamente a los nuevos derechos. En el caso chileno, lo primero fue la institucionalización del patrimonio reservado de la mujer casada, luego se eliminó la exigencia de la autorización de trabajo a la mujer por parte del marido y, en materia de administración de los bienes, se introdujo posteriormente el régimen de separación de bienes. Así, las mujeres fueron obteniendo el reconocimiento a los derechos vinculados al trabajo remunerado, en otras palabras, lograron avanzar en ciudadanía laboral. El reconocimiento de estos derechos tiene, además, una importancia central respecto de la ciudadanía y construcción del sujeto mujeres desde una perspectiva más general, en la medida que el poder acceder como sujeto autónomo a un trabajo remunerado y tener capacidad plena para la administración y disposición de la remuneración, conforma un avance en la autonomía material de las mujeres y en su configuración sustantiva como sujeto, ciudadanas y sujeto de derecho.

Tal como hemos dicho, la Modernidad implicó la pérdida del rol económico de la familia, de manera que las mujeres perdieron su participación en el trabajo productivo y su trabajo quedó circunscrito al trabajo del cuidado. Ello no significa que no haya habido mujeres que realizaran trabajo remunerado, de hecho, el trabajo doméstico asalariado de modo mayoritario era cubierto por mujeres, pero la condición asalariada de ese tipo de trabajo no lo liberaba de su condición “doméstica”, ya que se trataba de quehaceres necesarios para la reproducción de la familia (oikos). Por otra parte, en ciertas regiones fundamentalmente menos industrializadas o en áreas de carácter rural, la familia continuó desarrollando ciertas actividades económicas productivas, que generalmente quedaban a cargo de las mujeres, quienes además vendían estos productos en

los mercados locales. Sin embargo, a medida que esas comunidades se fueron “modernizando”, estas actividades decayeron.

Las mujeres solteras y las viudas fueron las únicas que de un modo más general tuvieron que buscar trabajo remunerado, ya que no tenían un marido proveedor de sus necesidades económicas de subsistencia.

Así, en lo económico, se constituyó un modelo configurado por un núcleo familiar que no produce como tal lo que requiere para auto sustentarse, por lo cual los integrantes del núcleo familiar que son partícipes de la esfera de la economía, los hombres mayores, deben salir al mercado del trabajo para obtener mediante su trabajo o su propiedad los bienes que se requieren para la subsistencia de la familia. En este modelo, a los hombres les corresponde ser los proveedores de la familia y a las mujeres les corresponde realizar su rol social en el trabajo del cuidado. Veremos más adelante cómo este modelo fue central en el estado de bienestar para estructurar las políticas sociales en torno a la familia y al salario masculino.

Si bien este modelo ha sufrido modificaciones, fundamentalmente con el paulatino ingreso de las mujeres al mercado de trabajo, en relación a los roles sociales de hombres y mujeres y a su vinculación social a la esfera de la economía o de lo doméstico respectivamente, no ha cambiado en lo sustancial. Respecto de las mujeres, esto significa que siguen siendo social y culturalmente las encargadas del trabajo del cuidado, independientemente de que sean o no trabajadoras asalariadas.

La estructuración de este modelo que ordena socialmente el trabajo entre hombre y mujeres a partir de la asignación social de los sujetos a diversas esferas, va a actuar configurando un conjunto de barreras y limitantes en el acceso de las mujeres al mercado del trabajo, por lo que independientemente del avance y transformaciones que implicó la obtención y reconocimiento de la capacidad para trabajar y el derecho a disponer y administrar como sujeto autónomo la remuneración obtenida por el trabajo asalariado, las mujeres enfrentan diversas limitantes para ingresar plenamente al mercado de trabajo. Estas barreras están relacionadas fundamentalmente con la dificultad de conciliar la realización del trabajo del cuidado y el trabajo asalariado, lo que no solo determina una doble jornada de trabajo, sino que además condiciona negativamente la calidad del trabajo y del salario al que las mujeres acceden.

En efecto, tal como señala Pateman, la división sexual del trabajo y las estructuras de subordinación se “extienden desde la privacidad del hogar”³⁶⁶ a la esfera del trabajo mercantil capitalista. Las mujeres no logran transformarse en sujetos trabajadores asalariados en la esfera de la economía, siempre son ante todo mujeres³⁶⁷. Esta extensión de la división sexual del trabajo y de la subordinación es uno de los factores del orden social que está a la base de la discriminación de género y de la limitación en el ejercicio y goce de los derechos por parte de la mujer. Ilustrativo de lo que se señala, es que en el mercado de trabajo las mujeres ejercen mayoritariamente trabajos que son extensión del su rol social, ya sea de la tareas mismas, como es el caso del servicio doméstico, o vinculados a características que desarrollan en virtud de dicho rol, como es el caso de la contratación de mujeres para realizar las terminaciones en obras de albañilería, por la habilidad femenina de ser meticulosas³⁶⁸. A la inversa, hay áreas del trabajo que se consideran no propias de mujeres y, por lo mismo, su participación en ellas es prácticamente inexistente, es el caso de la minería³⁶⁹ y la pesca. Se configura así el fenómeno de segregación horizontal: sectores del trabajo mercantil altamente feminizados y otros en que la participación de las mujeres es muy restringida, que tiene directa incidencia en el mercado de trabajo, en la medida que se desarrollan empleos o áreas de trabajo “para mujeres”.

Socialmente, el trabajo mercantil feminizado es desvalorizado ya que se lo considera “trabajo de mujeres”. Esto impacta directamente en la calidad de los empleos a que acceden mayoritariamente las mujeres, caracterizados por sus malas condiciones de trabajo y por las bajas remuneraciones³⁷⁰. Incluso, como se trata de quehaceres vinculador a habilidades o conocimientos que son propios de las mujeres, que están naturalizados respecto de ellas, se les resta valor, ya que se presupone que no ha mediado un aprendizaje o desarrollo de capacidades especiales. Además, culturalmente, el producto del trabajo de las mujeres es considerado un

³⁶⁶ PATEMAN, *El contrato...*, op. cit. p. 161.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 199 y PATEMAN, Carol. “El Estado de Bienestar Patriarcal”. *Contextos*, Año 2 N° 5. Programa de Estudios de Género Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 11.

³⁶⁸ En los programas de capacitación para el empleo dirigido a mujeres del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE) del Ministerio del Trabajo, ya sea el programa de becas o el Programa Más Capaz (programa de capacitación en oficios creado específicamente para aumentar la empleabilidad de mujeres), desarrolla el curso “especialista en terminaciones finas”.

³⁶⁹ El Código del Trabajo en Chile, establecía hasta 1994 en su artículo 15 la prohibición a los empleadores de ocupar mujeres en trabajos mineros subterráneos y en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales propias de su sexo.

³⁷⁰ RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina. *Economía del Cuidado y Política Económica: Una aproximación a sus interrelaciones*. XXXVIII Reunión de la mesa directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Mar del Plata Argentina, 7 y 8 de septiembre de 2005, p. 26.

segundo salario, ya que en el imaginario social, e incluso de las políticas públicas³⁷¹, la familia constituye un modelo de familia nucleare completa (con o sin hijos), en la cual el jefe de familia es el hombre, quien aporta el salario principal, y la mujer la encargada de cumplir primeramente con su rol social de cuidadora, por lo que su acceso al mercado de trabajo es considerado residual y por lo mismo su salario se concibe como complementario del principal. La media salarial del trabajo de las mujeres es más baja que la de sus pares hombres, fenómeno que no solo se observa respecto del empleo feminizado, sino que también al comparar trabajos equivalentes con exigencias de calificación similar desarrollados por hombre y mujeres. A modo de ejemplo, es posible señalar la brecha de 30% de salario entre hombres y mujeres en el nivel profesional en Chile. Como es lógico, la segregación horizontal y el consiguiente impacto en la calidad y salarios de los empleos a los que acceden mayoritariamente mujeres opera como desincentivo o barrera de ingreso de las mujeres al mercado del trabajo, impacto que es directamente proporcional al nivel de calificación de los trabajos: La tasa de participación en el mercado de trabajo de las mujeres del quintil más pobre es la más baja. En el caso de Chile, mientras la tasa media femenina de participación en el mercado de trabajo está comenzando a superar el 45%, la del quintil más pobre no supera el 25%.

La mantención del modelo que consagra la división sexual del trabajo se ha expresado también en el desarrollo de políticas que incentivan el ingreso de la mujer al trabajo remunerado, a través de la flexibilización de las normas laborales, particularmente en lo que se refiere a la duración de la jornada de trabajo (trabajo part-time) y/o al lugar donde este se realiza (trabajo de maquila a domicilio). Estas políticas no sólo han significado reforzar la división sexual del trabajo, sino que, además, han significado el acceso de las mujeres a empleos de menor calidad y más precarizado, sin que estos se constituyan en una plataforma para optar a trabajos de tiempo completo o fuera del domicilio.

Por último, el fenómeno de la segregación horizontal, denominado también techo de cristal; vemos, por una parte, que los empleos menos valorizados son mayoritariamente feminizados; es el caso de la administración pública en Chile, donde en los estamentos administrativos y técnicos

³⁷¹ El diseño del programa para la infancia “Chile Crece contigo” plantea la necesidad de incorporación de las madres al mundo laboral, ya que permite un aumento del ingreso familiar a través de un segundo ingreso. Propuestas del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia, Santiago, junio 2006, p.65. En: http://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2009/11/Informe_del_Consejo_Asesor_Presidencial_de_Infancia-El_Futuro.pdf

que tienen los grados salariales más bajos son los más feminizados. Por otra parte, las mujeres no logran ascender a los puestos de dirección, aun teniendo una calificación similar y una experiencia equivalente que sus pares hombres. Un caso emblemático, es el de la profesión de profesor/a -que junto con la de asistente social y enfermería son las profesiones universitarias más feminizadas-, en la cual 2/3 son mujeres, en los cargos de dirección de los colegios, sin embargo, sólo 1/3 de estos puestos son ocupados por mujeres. En los cargos gerenciales de las empresas, la proporción de mujeres es menor y muchas veces no hay mujeres que ocupen estos cargos. La excepción la constituye la gerencia de desarrollo de las personas, donde se produce un fenómeno de segregación horizontal, incluso en lo referente al salario, ya que la media remuneracional es menor que las demás gerencias. La razón fundamental para ello es que esta dirección no está directamente relacionada con la centralidad de la producción y del negocio.

4.2.4. Construcción de un estado de bienestar sexuado.

El modelo de constitucionalismo liberal se configuró de espaldas a la realidad social, y particularmente al conflicto social. Fiel a la matriz teórica racionalista de la construcción de modelos abstractos y neutrales, la realidad de los conflictos sociales no se expresaba en la institucionalidad creada. Serán el avance y las luchas de los movimientos sociales, especialmente del movimiento obrero, los que a través de sus propuestas y planteamientos de cambio de la institucionalidad social y jurídica, implicarán una paulatina transformación a este modelo, dando paso a lo que hoy la doctrina denomina constitucionalismo del Estado social³⁷². Uno de los cambios más importantes en el orden institucional jurídico será en materia de derechos fundamentales. En el modelo liberal, estos estaban circunscritos a la esfera pública y no intervenían o limitaban el ejercicio de las autonomías propias de la esfera privada del mercado. A partir del desarrollo del Estado social, sin embargo, esta vinculación tendrá otro carácter, ya que conforme a su planteamiento doctrinario, se reelaborarán las determinaciones conceptuales de los derechos fundamentales (un ejemplo de ello es lo que ocurrió en relación al derecho de propiedad y la configuración de la función social de la propiedad) y se crearán nuevos derechos

³⁷² La denominación de constitucionalismo del Estado social ha sido elaborada por la doctrina recientemente y es parte del proceso de desarrollo de un sustento teórico y técnico propio en el constitucionalismo del Estado social, sus principios e institucionalidad (como modelo de constitucionalismo). Si bien esta conceptualización es nueva, se prefiere su utilización por sobre Estado social, ya que esta da cuenta sólo de un modelo de estructuración del Estado y no de un modelo constitucional que comprende valores, principios, un orden normativo y la estructura y organización del Estado.

fundados en los principios del constitucionalismo del Estado social, como es el principio de la solidaridad, consagrado en el artículo 3º de la Constitución italiana³⁷³. Los nuevos derechos se expresarán principalmente en los denominados derechos económicos y sociales, los que junto a la reestructuración de los antiguos derechos, determinarán en muchos casos a la esfera privada, protegiendo y garantizando el ejercicio de los derechos fundamentales es esta, particularmente a los sujetos involucrados en la relación capital trabajo. Dicho de otro modo, los derechos fundamentales circunscritos hasta entonces a la relación entre ciudadanos y Estado en la esfera pública, entraron, como dice Ferrajoli, en las relaciones y a los lugares de trabajo originariamente sustraídos (en el Estado liberal). El lugar de trabajo dejó de ser un simple lugar privado y pasó a convertirse en un lugar público, la relación de trabajo adquirió una dimensión pública, el trabajador pasó de mercancía a sujeto de derechos fundamentales³⁷⁴.

El potencial transformador de este proceso estuvo marcado por el hecho de que el constitucionalismo del Estado social modificó estructuralmente el modelo de la esfera pública y privada de la economía y la vinculación entre ambas, y con ello, modificó también la ciudadanía y la titularidad, ejercicio y garantía de los derechos fundamentales de los sujetos que inicialmente no habían sido reconocidos como ciudadanos, quedando relegados en la esfera privada de la economía: los trabajadores asalariados. La inclusión de la esfera económica/mercado en el debate sobre la justicia se produce con la construcción del Estado social, lo que permitió el avance de la ciudadanía real de los sujetos excluidos por razones de clase; el concepto de ciudadano se entrelaza con el de trabajador³⁷⁵. Así, la relación laboral fue regulada por un contrato propio que se establece sobre la base de derechos fundamentales y no sobre la venta de mano de obra asalariada o sobre el arriendo de servicios u obra; se crea la normativa laboral, normas de orden público, fuera del ámbito del derecho privado; se configuran derechos fundamentales nuevos, como el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la sindicalización y el

³⁷³ El artículo 3º de la Constitución italiana de 1947 establece:

“Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.”

³⁷⁴ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

³⁷⁵ ESQUEMBRE VALDES, María del Mar. “Ciudadanía y Género. Una reconstrucción de la triada de Derechos Fundamentales”. En: MONEREO ATIENZA, CRISTINA Y MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (directores y coordinadores), *Género y Derechos Fundamentales*, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 161; y RUBIO, “Ciudadanía y sociedad civil...”, *op. cit.*, p. 34.

derecho de huelga, por señalar solo algunos; se crea además el derecho a la seguridad social, rama del Derecho que con el desarrollo del Estado social o *welfare*, se ampliará no sólo a la seguridad social vinculada al trabajo sino también a prestaciones del Estado para los casos de carencia económica. Todo este proceso de democratización que implicó el constitucionalismo social ocurrió, históricamente, a través de la imposición de límites y vínculos legales a las potestades privadas y del establecimiento de garantías primarias y tutelas jurisdiccionales de los derechos fundamentales³⁷⁶.

Estas nuevas estructuraciones jurídicas significaron la configuración de un modelo constitucional y de Estado, que abordaba, como parte de orden y mandato constitucional, la conflictividad social, intermediando para configurar garantías (institucionalidad pública, legislación y políticas públicas) de no discriminación (mejorar condiciones de igualdad) de los derechos fundamentales, asegurando que su disfrute igualitario no se viera interferido por circunstancias derivadas de los conflictos al interior de la sociedad, particularmente aquellos referidos al conflicto capital trabajo³⁷⁷. La propuesta de un modelo de Estado y de constitucionalismo que diera cuenta desde y en la propia institucionalidad jurídica de los conflictos sociales, implicó un cambio importante respecto del modelo liberal, el cual se había estructurado sobre un planteamiento de neutralidad en relación a los conflictos sociales, que implicaba en el fondo una negación de los mismos por parte de la institucionalidad. En concordancia con esto, el modelo liberal de Estado, las constituciones no contemplaban en los derechos y garantías ni en la estructuración del Estado, principios, instituciones y normas cuyo sustrato fuera la conflictividad social, ya sea, para dar cuenta de ella, para arbitrarla, para enfrentarla y/o para permitir su superación.

Respecto del sujeto mujeres, el proceso de movimientos y cambios sociales que dio paso a la configuración del constitucionalismo del Estado social trajo consigo -como parte de los cambios institucionales-sociales- la adquisición plena de la ciudadanía; la titularidad universal de los derechos fundamentales, su ejercicio y garantía; la plena capacidad jurídica; el reconocimiento de la igualdad jurídica y la configuración de estas como sujeto de derechos. Sin embargo, todo este proceso de transformación en el derecho, su teoría e institucionalidad (principios y normativa),

³⁷⁶ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, op. cit., pp. 228-234. Ver también DE CABO MARTÍN, Carlos. "El tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social". *UNED. Teoría y realidad constitucional* n°19, 2007, pp. 199-213.

³⁷⁷ Sobre sujeto y constitucionalismo social: DE CABO, Martín. *Teoría Constitucional de la Solidaridad y El sujeto y sus derechos. UNED. Teoría y realidad constitucional* n°7 primer semestre, 2001.

dejó intacta la estructura del orden social sexual, particularmente en lo referente a la división pública/doméstica (esfera privada familiar), manteniéndose la desvinculación de esta última con la esfera de lo político y con la esfera del mercado. Es más, la conflictividad social de género derivada del orden patriarcal no fue considerada por el constitucionalismo del Estado social, lo que significó, incluso, la configuración de un modelo sexuado del estado de bienestar. En efecto, los estudios feministas en los últimos 20 años han demostrado que el estado de bienestar³⁷⁸ no sólo no modificó el orden social sexual, sino que su modelo, que considera en lo fundamental al sujeto trabajador y el conflicto social de clase, reforzó y validó el orden sexual, particularmente en lo referente a la asignación social de las mujeres a la esfera privada doméstica y su responsabilidad social del trabajo del cuidado.

Al no intervenir la esfera privada doméstica ni abordar la economía del cuidado en su aporte a la mantención del cuidado y reproducción de los seres humanos, el constitucionalismo del Estado social creó políticas que se limitaron a sustituir al jefe de familia proveedor (masculino) por el Estado, manteniendo a las mujeres en el papel de sujeto dependiente. Dichas políticas, en definitiva, no transformaron a la mujer de manera efectiva en ciudadana y sujeto de derecho³⁷⁹. El trabajo de la economía del cuidado sigue sin ser considerado trabajo, con las implicancias que la división sexual del trabajo tiene respecto de la determinación y configuración del sistema de derechos fundamentales de las ciudadanas y de la ciudadanía de las mujeres³⁸⁰. Así mismo, este modelo no cuestiona el orden conyugal/familiar, por lo que no incluyó la esfera doméstica y sus relaciones jerárquicas en el debate sobre la justicia (esfera pública de los derechos), siendo este aún un proceso en curso, que más bien surge a partir de los debates y cuestionamientos que las mujeres hacen en su demanda de justicia ante la realidad de subordinación que las afecta.

El modelo propio del estado de bienestar sobre el cual se estructuraron las políticas de bienestar (institucionalidad normativa para hacerlas posibles y diseño gubernamental para implementarlas), es el de familias nucleares heterosexuales, encabezadas por un hombre, respecto del cual se debía asegurar un salario familiar. Se consolidó así un esquema proveedor/ ama de casa, en el cual el

³⁷⁸ Un análisis respecto del estado de bienestar y el modelo de ciudadanía de las mujeres se aborda en Carol Pateman "El Estado de Bienestar Patriarcal"; María de los Ángeles Barrère "Ciudadanía europea e igualdad de género" y Nancy Fraser, *Iustitias Interrupta. Reflexiones críticas desde una posición postsocialista*.

³⁷⁹ El constitucionalismo del Estado social ignoró el ámbito (el conflicto) de la esfera doméstica, por lo que el Estado social se convirtió en un proveedor para las mujeres, mas no en un garantizador de los derechos de estas, esto es, no constituyéndolas en ciudadanas. ESQUEMBRE, "Ciudadanía y Género. Una reconstrucción...", *op. cit.*, pp. 163-170.

³⁸⁰ RUBIO, "Ciudadanía y sociedad civil...", *op. cit.*, p. 34.

salario debía permitir la subsistencia de varias personas: el proveedor, su mujer y de los hijos si los hubiere. La lucha entre capital y trabajo, y la controversia en torno al estado de bienestar, ha girado alrededor del salario familiar³⁸¹. Las políticas de seguridad sociales en los diferentes países estructuraron distintos modelos respecto del salario familiar, lo que pueden clasificarse en tres niveles: el primero lo constituían los programas de seguridad social que reemplazaban el salario del proveedor ante la enfermedad, incapacidad o vejez del trabajador y ante las contingencias del mercado; el segundo, los programas dirigidos a las mujeres, actuando el Estado, a través de sus políticas públicas, como proveedor económico o de servicios suministrando un apoyo directo a estas de modo que pudieran dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, y el tercer nivel, de menor envergadura y dirigido a quienes no se ajustaban al escenario del salario familiar³⁸², consistía en una asistencia social ínfima³⁸³. Así, la política del estado de bienestar estructurada sobre un planteamiento de protección y amparo de los sujetos trabajadores hombres, sus familias y una remuneración que asegurara el sustento de todos los integrantes, mantenía y reforzaba el modelo de la mujer asignada y determinada subjetivamente y en su rol social por la esfera doméstica privada.

Las mujeres también estaban consideradas por el estado de bienestar de maneras menos directas. Las negociaciones (y confrontaciones) cotidianas con funcionarios del estado de bienestar son conducidas generalmente por mujeres y con frecuencia son las madres –y no los padres- quienes tratan con los trabajadores sociales y llevan a los niños a los controles médicos en el sistema público de salud. Las mujeres, además, muchas veces son las beneficiarias directas de programas sociales dirigidos a la familia, ya que se considera que estas cumplen mejor con su rol de cuidadoras y, por lo mismo, de administradoras de los beneficios. Este es el caso del “Programa Puente” (que con otros nombres se desarrolló también de un modo similar en varios países de América Latina a fines de la década del 90 y comienzo de este siglo) dirigido a familias del 40% más pobre, que por medio de modelos de emprendimientos económicos o aprendizajes de oficios

³⁸¹ PATEMAN, Carol. “El Estado de...”, *op. cit.*, pp.10 -11.

³⁸² Este es el caso de la “mujer desvalida” a la que se hace alusión en el fallo del Tribunal Constitucional Rol 2440 que se analiza en el capítulo 5°. En dicho fallo se fundamenta la constitucionalidad de una norma, que establece el derecho a percibir el montepío del padre a las hijas mujeres solteras que le sobrevivan independientemente de la edad que tengan a diferencia del derecho de los hijos hombres que sólo pueden percibirlo hasta determinada edad, fundada en la noción de mujer desvalida, es decir aquella que no se casó (no tiene marido proveedor) y muerto el padre (padre proveedor) queda sin sustento, por lo que la legislación la ampara asegurándole un salario a través de la mantención del montepío del padre.

³⁸³ FRASER, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas...*, *op. cit.*, p. 56.

ofrecía a las mujeres la posibilidad de acceder a una mejor condición económica o de remuneración. Estos programas exigían un conjunto de requisitos, como asistencia al consultorio médico y escolaridad sistemática de los hijos/as y consideraban el pago de un subsidio mientras duraba el programa. La decisión de que el programa se implementara a través de las mujeres no constituye ninguna casualidad sino que obedece a que estas daban garantía de que el subsidio se utilizaría en la familia, además de ser las encargadas del control médico y de la escolaridad de los hijos/as.

De este modo, el recorrido realizado para consolidar el modelo de ciudadano-trabajador, previamente definido como hombre y cabeza de familia, no implicó la superación de las deficiencias que la ciudadanía de las mujeres venía arrastrando. En la perspectiva del constitucionalismo del Estado social, la relación de las mujeres con la ciudadanía y los derechos mantiene su carácter incompleto; situadas entre la igualdad en derechos y la ciudadanía sexuada, están siempre en una posición de igualdad condicionada (o sencillamente, de subordinación)³⁸⁴.

5.- Derechos y garantías sexuadas.

Hemos visto que la subjetividad de la mujer en su condición formal de ciudadana no permeó el sistema de derechos fundamentales. En términos concretos, esto se expresa a tres niveles: por una parte, no se ha modificado desde la subjetividad de las mujeres la definición y contenido de los derechos fundamentales ya existentes. En segundo lugar, no se ha producido adecuadamente la configuración y recepción de nuevos derechos fundamentales vinculados a la subjetividad de las mujeres, preliminarmente es posible señalar que ni los derechos sexuales reproductivos, ni la no violencia contra la mujer esta recepcionada de un modo contundente en los órdenes normativos particularmente como derechos en los textos constitucionales; y en lo que refiere al reconocimiento del valor económico del trabajo doméstico ello es prácticamente inexistente en los diversos ordenamientos jurídicos (a nivel nacional como del derecho internacional). Y tercero, y como producto de lo mismo, el sistema de garantías estructurado conforme al modelo del constitucionalismo liberal y posteriormente readecuado por el constitucionalismo del Estado social no logra establecer un sistema de garantía que asegure la protección, ejercicio y goce

³⁸⁴ MESTRE, "La ciudadanía de las mujeres...", *op. cit.*, p. 148.

igualitario de los derechos fundamentales por parte de las mujeres. A continuación, nos detendremos en detalle en cada uno de estos niveles.

5.1. Déficit de la subjetividad femenina en los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, como se ha señalado en este trabajo, fueron configurados y determinados en su diseño y contenido conforme al periodo del constitucionalismo en que se produjo la recepción de los diversos derechos en la institucionalidad jurídica (principio y normas), lo que implicó que su definición y alcance fue conformado en relación al sujeto y sujeto de derecho propio del período. Dicho de otro modo, la subjetividad que expresan en su contenido los derechos fundamentales depende del momento histórico de su recepción en la institucionalidad. Respecto de las mujeres como sujeto, lo anterior implica, que como ellas han estado ausentes o deficitariamente presentes en las nociones de sujeto jurídico, de ciudadano y de sujeto de derechos construidas por el constitucionalismo liberal y posteriormente por el del Estado social, su subjetividad no ha sido considerada en la construcción conceptual de los derechos fundamentales, ya sean los políticos, civiles, sociales o económicos. Esto significa que si bien la titularidad respecto del sujeto mujeres está formalmente reconocida, en los hechos esta se encuentra limitada y/o parcializada, ya que, tal cual están delimitados conceptualmente los derechos fundamentales, no recogen la realidad material de las mujeres por lo cual tampoco es posible su real o plena titularidad. Los derechos políticos son un buen ejemplo para ilustrar lo anterior. En materia de ciudadanía política, las mujeres ven seriamente limitadas sus posibilidades de participación en razón de la desvalorización social de su capacidad política y de liderazgo, que dificulta y frena su participación y protagonismo en los diversos ámbitos de la actuación política. Generalmente existe la convicción de que la política requiere capacidades, aptitudes y habilidades mejor desarrolladas por los hombres, y que las mujeres son muy emocionales y afectivas para el ejercicio de la misma, por lo cual se las segrega o bien ellas mismas se colocan autolimitaciones, configurándose en uno u otro caso barreras de entrada y/o mecanismos de segregación para su participación en las diversas actividades, procesos e institucionalidad que la actividad política requiere. Junto a las barreras o segregación construidas a partir de los estereotipos respecto de las mujeres, existen otras limitantes que obedecen a la realidad material de las mujeres. Producto del orden social que las determina, se ven dificultadas o imposibilitadas de participar en la actividad política, ya que

ello implicaría una doble jornada de trabajo, considerando el trabajo del cuidado que las mujeres deben realizar, e incluso una triple jornada, en el caso de las mujeres que trabajan además remuneradamente. Desde esta perspectiva y basándose en el derecho antidiscriminatorio, se han planteado las denominadas leyes de cuotas en materia de representación política, consistentes en diversos mecanismos cuyo objetivo es asegurar un porcentaje obligatorio de representación proporcionada por sexo en los procesos electorarios, ya sea en las listas de candidatos y/o como criterio para la cifra repartidora. Sin embargo, las leyes de cuotas como mecanismo para superar las barreras de acceso (sin perjuicio que han implicado un avance en el aumento de presencia femenina en cargos de representación) no logran romper el déficit de participación de la mujer y tampoco enfrentar los elementos estructurantes de las barreras a la participación política femenina. Desde esta perspectiva se sostiene que se debe avanzar más bien hacia sistemas paritarios, siguiendo el caso del modelo francés; que no solo plantean una política de redistribución del poder para enfrentar las barreras de género que provocan la exclusión de las mujeres, sino que además establecen la paridad entre hombres y mujeres en los diversos sistemas electorales y de representación, como mecanismo que expresa la realidad de la humanidad compuesta por ambos sexos. Esto supone un replanteamiento en la concepción de pueblo, el que, como señala Yanira Zúñiga, ya no es una categoría abstracta y asexuada, sino que es reformulada como una categoría concreta y sexuada. Las mujeres no son una categoría que exige un porcentaje o una cuota de representación, sino que son una de las formas en que se presenta el pueblo, y que junto a los hombres componen la humanidad³⁸⁵. Así planteado, las mujeres y su realidad material se va recepcionando y es susceptible de plasmarse en la configuración y conceptualización de los derechos políticos. Al respecto se debe señalar, que la propuesta feminista que apoya la paridad lo realiza fundamentalmente bajo el supuesto que lograr la presencia igualitaria de las mujeres en los espacios de poder político permitiría favorecer el establecimiento de una agenda de producción normativa referidos a derechos de estas, esto es, que es posible correlacionar la representación equitativa de mujeres (que las mujeres representen la composición del pueblo) con la representación sustantiva en cuanto al avance material del reconocimiento de derechos.

³⁸⁵ ZÚÑIGA, YANIRA. "Paridad y cuotas un análisis de sus estrategias teóricas-normativas y de su efectividad práctica". En: MESTRE i MESTRE, RUTH, ZÚÑIGA AÑASCO, YANIRA. *Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 90-93.

Este trabajo citado de Zúñiga, contiene un interesante análisis respecto de lo que representa las cuotas y la paridad como estrategias de superación del déficit de participación política de las mujeres.

5.2. Los nuevos derechos.

La subjetividad de las mujeres, su construcción social como sujeto y la determinación de su rol social, todo ello producto del orden social sexual, implica una realidad particular como sujeto que no se expresa en los derechos fundamentales. Particularmente se trata de la configuración de nuevos derechos fundamentales que impliquen la garantía de las mujeres frente a la realidad de subordinación que viven, producto del orden social estructurado. Fundamentalmente, se plantean aquí los derechos sexuales y reproductivos; el derecho a la autodeterminación de la maternidad como derecho de libertad y el derecho a un mundo libre de violencia.

- Derechos sexuales y reproductivos.

En la década del 80 del siglo XX, el movimiento de mujeres planteó por primera vez la noción de los derechos reproductivos como un derecho fundamental derivado de la capacidad procreativa de las mujeres, sosteniendo que estas tienen derecho a decidir libremente sobre su fecundidad, es decir, sobre si desean o no tener hijos/as, en qué número y el espaciamiento entre unos y otros. Posteriormente, esta noción se amplía también a la sexualidad, en tanto se sostiene que vivir la sexualidad como sujeto autónomo, con libertad y plenitud³⁸⁶ y de un modo independiente a la reproducción es un derecho humano fundamental. Así se configurarán los así llamados derechos sexuales y reproductivos, que resguardarán el derecho a vivir una sexualidad libre y autónoma (derecho de libertad en materia de vida sexual), no necesariamente vinculada a la capacidad y realidad de la reproducción humana, y el derecho –tanto de los sujetos hombres como mujeres, pero particularmente de estas últimas, considerando su capacidad procreativa- a decidir libre e independientemente el modo en que viven y ejercen su derecho a la sexualidad, si desean o no tener hijos/as (fecundidad), en qué número y con qué distanciamiento (esto implica asegurar acceso a información y programas de salud reproductiva y métodos de anticoncepción). Será en la Conferencia del Cairo (1994) -y posteriormente también en la de Beijing, un año más tarde- que se recepcionarán por primera vez en un instrumento internacional los derechos reproductivos siguiendo los planteamientos del movimiento de mujeres. Específicamente en el Cairo se señalará: “La salud reproductiva supone que todas las personas están capacitadas para tener una vida sexual satisfactoria y sana y para reproducirse, y la libertad de decidir si desean

³⁸⁶ El desarrollo de estos derechos es el que permitió construir la noción de libertad sexual como bien jurídico protegido en materia penal en el caso de los delitos sexuales. Autonomizando así a los delitos sexuales respecto de su propio bien jurídico protegido y desligándolos del modelo que los constituía como protector del orden de la familia (familia legítima y bajo la potestad del *pater*).

hacerlo, cuándo y con qué frecuencia” (7.2). Agregando luego, que es derecho de todos los individuos y las parejas “... decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento del nacimiento de sus hijos y (de) tener la información y los medios para hacerlo y el derecho de esperar los más altos niveles de salud sexual y reproductiva” (7.3).³⁸⁷

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos de libertad que tienen especial entidad respecto de las mujeres, en consideración, por una parte, a su exclusiva capacidad procreativa y, por otra, a que el modelo social de subordinación está construido fundamentalmente para el control de la sexualidad y de la capacidad de procreación de estas. Por ello, los derechos sexuales y reproductivos son constituidos respecto de las mujeres para garantizar el ejercicio libre y autónomo de su sexualidad y su voluntad en materia reproductiva. Ello implica, no solo el reconocimiento de estos derechos en materia constitucional, sino la dictación de normas jurídicas y políticas públicas que hagan plausible el ejercicio y goce pleno de estos derechos para las mujeres. El avance en esta materia ha sido lento, en el plano constitucional³⁸⁸ los derechos sexuales y reproductivos y sus tutelas en general, no están consagrados, tampoco en los tratados internacionales, salvo en la CEDAW en su artículo 16, lo que significa que su regulación es por la vía de derechos implícitos, expresada en normas de rango legal y/o administrativa, esta última fundamentalmente regulando programas públicos en salud, educación y seguridad social para su plausibilidad. En el caso de Chile, los derechos sexuales y reproductivos no se encuentran recepcionados en el orden constitucional ni en el orden legislativo, limitando su regulación al ámbito administrativo. Es decir, se trata de derechos cuya regulación podría calificarse de precaria, ya que se encuentra limitada a políticas de salud, sin que exista de un modo amplio y expreso un reconocimiento de estos derechos y sus tutelas (garantías sexuadas en palabras de Ferrajoli).

Como parte de los derechos sexuales y reproductivos, se considera el derecho a la autodeterminación del embarazo y maternidad, que tiene tal relevancia respecto del sujeto mujeres, en la medida que se refiere a la única condición biológica específica de la mujer: su capacidad de embarazarse, que podría abordarse como un derecho independiente.

³⁸⁷ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Naciones Unidas, p. 37. En : https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf.

³⁸⁸ Un análisis comparado de las normas sobre derechos sexuales reproductivos en la normativa constitucional Latinoamericana se efectúa en: ZÚÑIGA, YANIRA Y TURNER, SUSAN. “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones Latinoamericanas”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20 nº 2, 2013.

El movimiento de mujeres y la teoría feminista y *ius* feminista han venido planteando desde la década del 70 del siglo XX que este es un derecho fundamental, y aun hoy se pugna por su configuración como tal en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y en el sistema internacional de derechos humanos. La calidad de derecho fundamental estaría dado según sus defensoras, en tanto es expresión de la autodeterminación respecto del propio cuerpo del sujeto, de la libertad respecto a la decisión sobre su propia reproducción y la libertad de optar o no por ser madre. Se fundamenta además este derecho, en que su reconocimiento significaría avanzar sustancialmente en la configuración efectiva del derecho de libertad y autonomía de las mujeres, al establecer una garantía de protección frente al modelo de subordinación en materia sexual y reproductiva³⁸⁹. El derecho a la autodeterminación del embarazo y maternidad como derecho de libertad respecto del propio cuerpo y reproducción es la base sobre la cual se estructura la legislación que permite el aborto, que se considera como un componente de este derecho³⁹⁰.

- Derecho a un mundo libre de violencia.

El segundo derecho específico planteado por el *ius* feminismo es el derecho a “un mundo libre de violencia”, que se refiere fundamentalmente a la garantía para la creación de una institucionalidad que permita enfrentar la realidad de violencia de género que afecta a las mujeres. Como derecho fundamental, este sólo ha sido recepcionado en la Convención Belem do Pará, que plantea en su Artículo 3: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.”. El fundamento que la propia convención da a esta normativa es “...que la

³⁸⁹ Hay autoras *ius* feministas que sostienen que el reconocimiento de los derechos reproductivos (incluido el derecho a la autodeterminación de la maternidad) como derechos fundamentales es central para el efectivo derecho a la autodeterminación del sujeto mujeres, lo cual no lo hace baladí, ya que su reconocimiento estaría a la base de la determinación de sujeto del sujeto mujeres. Al respecto ver: GARCÍA PASCUAL, Cristina. Cuestiones de Vida y Muerte. Los dilemas éticos del aborto. En: *DERECHOS y LIBERTADES*, Número 16, Época II, enero 2007, pp. 181-209 y GARCÍA PASCUAL, Cristina. “Autonomía de las mujeres y derechos reproductivos”. En: *Jueces para la democracia*. N° 71, julio 2011.

³⁹⁰ Ferrajoli plantea al respecto: “Hay, [...], un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto). [...] Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres: [...] porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre. [...] Al menos para este derecho la diferencia sexual debe traducirse en derecho desigual o, si se quiere, «sexuado» [...]. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal [...]. Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. 2. *Teoría de la democracia...*, op. cit., pp. 231 y 232.

violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades [y... que] la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida...”³⁹¹. La protección y resguardo de las mujeres frente a la violencia de género (hay autoras que la denominan violencia machista), es una realidad muy deficitaria en materia jurídica. Inicialmente, diversos países abordaron la problemática a nivel nacional con legislación referida a la violencia intrafamiliar, que consideraba y de modo limitado solo un aspecto de la violencia de género, que es la que ocurre al interior del ámbito familiar. Además de la falta de integralidad para tratar la problemática de violencia de género, este modelo implica otro problema técnico, en la medida que en el espacio familiar confluyen diversas formas de violencias -como las etarias, por ejemplo- de modo que un solo instrumento jurídico no es adecuado para enfrentar problemática del diverso origen que requieren abordaje diferente³⁹². Posteriormente, se elaboraron instrumentos más específicos que abordaban la violencia de género como una integralidad (en América Latina, esto ocurrió luego de la promulgación de la Convención Belem do Pará en Argentina y luego en Perú). Sin embargo, en la mayoría de los países que cuentan con leyes contra la violencia de género, dicha normativa es insuficiente, ya que si bien se aborda el problema desde la realidad de la violencia de género como resultante de un modelo de subordinación, esta visión no logra permear a los operadores jurídicos y a las instituciones legales, produciéndose allí una victimización secundaria respecto de las mujeres víctimas de violencia, la cual en ocasiones es de tal magnitud que implica la inoperancia de la legislación como mecanismo de protección y prevención³⁹³. En el plano del derecho internacional de los derechos humanos,

³⁹¹ Preámbulo, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Belem do Pará”.

³⁹² En el caso de Chile, la primera legislación se dictó el año 1994, la ley 19.325 que estableció las normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar. Posteriormente se dicta una segunda ley en el 2005 (Ley 20.066), que configura un nuevo procedimiento en el marco de los recién creados Tribunales de Familia y perfecciona los mecanismos de protección. Una tercera ley viene a complementar esta normativa, introduciendo el tipo penal del femicidio. Esta legislación se encuentra en el marco de la violencia intrafamiliar, no abordando otros fenómenos de violencia de género. Paralelamente, el año 2005 se dicta una ley que sanciona el acoso sexual en el trabajo (Ley 20.005). El abordaje de la violencia de género se limita a esta legislación, quedando fuera la violencia que ocurre en los espacios públicos, como es el acoso callejero, la violencia que ocurre en relaciones pre-familiares, como el noviazgo o relaciones de pareja ocasional, la violencia entre parejas lésbicas. Junto con lo anterior, esta legislación es absolutamente limitada en lo relacionado con el sistema de garantías y protección de las víctimas, insuficiente respecto de la institucionalidad relacionada como la policía y los tribunales de familia, donde se da una realidad de victimización secundaria.

³⁹³ Este es el caso de Argentina que cuenta con una legislación integral en materia de violencia de género, que siguió el modelo de la Convención de Belem do Pará, pero que sin embargo no creó una institucionalidad adecuada para efectos

como hemos señalado, a excepción del sistema americano, ningún otro sistema regional, ni el sistema de Naciones Unidas ha diseñado instrumentos jurídicos internacionales vinculantes que recojan el derecho a un mundo libre de violencia y que aborden de un modo integral la violencia de género³⁹⁴. Este déficit en el derecho internacional público, junto con el déficit de la normativa en las legislaciones nacionales y su no consagración en la normativa constitucional, dan cuenta de la dificultad de configuración de este derecho como derecho fundamental.

5.3. Garantías sexuadas.

El sistema de garantías de los derechos fundamentales, como parte del sistema de estos derechos, adolece de la misma problemática que la conceptualización de los derechos fundamentales respecto de la realidad material de las mujeres. Así, las relaciones que determinan la construcción del sujeto social mujeres no son parte ni se expresan en las garantías del sistema de derechos, por lo que junto con el déficit que implica la parcialidad de la subjetivización de los derechos respecto de las mujeres, hay un déficit de capacidad de garantía y protección de los derechos de las mujeres.

Esto significa que es necesario configurar un sistema de garantías diseñado particularmente en consideración a la realidad de discriminación que afecta a las mujeres. Desde la propuesta *ius* feminista, este sistema de garantías debe estructurarse sobre la base del planteamiento de la discriminación estructural, ya que no sería posible concebirlo dentro del modelo de igualdad y no discriminación liberal, que se estructura sobre la premisa de que los sujetos están en posiciones no jerárquicas, en posiciones equivalentes. El modelo liberal, como hemos visto, sólo aborda realidades de discriminación referidas a los sujetos como individuos y no situaciones de discriminación que afectan a un colectivo o grupo social, como son las mujeres.

El garantismo, y particularmente Ferrajoli, asume una posición intermedia, planteando que no es posible aplicar el modelo liberal, ya que es un modelo no de igualdad real sino de homologación

de la denuncia, investigación y protección de las víctimas, lo que implica que esta legislación no ha sido un instrumento eficaz en la garantía del derecho a la vida e integridad física y psíquica y derecho a un mundo libre de violencia.

³⁹⁴ De un modo muy específico, cabe señalar que el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional incorporó al sistema internacional de los derechos humanos como crimen de lesa humanidad la violencia sexual, conforme estableció en su artículo séptimo número 1 literal g como delito de lesa humanidad para efectos de este estatuto: "...la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable"

de las diferencias de género, y que ante la persistencia de la discriminación y la ineficacia de las garantías se debe desarrollar un sistema de garantías, que él denomina sexuadas, que deben estructurarse sobre la base de la especificidad de la discriminación contra las mujeres, de modo de dar respuesta en un modelo alternativo al hegemónico a las situaciones específicas de discriminación contra las mujeres, para así avanzar hacia la igualdad sustancial³⁹⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio este modelo no es suficiente. Conforme a lo que se ha analizado en este capítulo y siguiendo el planteamiento *ius* feminista, no es posible plantearse el sistema de derechos fundamentales y particularmente el sistema de garantías respecto del sujeto mujeres, sin considerar la realidad material de estas en el orden social y cómo ello determina su ciudadanía. En efecto, el sistema de garantías debe ser estructurado de modo garantizar los derechos fundamentales a las mujeres respecto de aquello que provoca el déficit de ciudadanía y la discriminación, y como sus causales están en el orden social sexual y en la asignación de las mujeres a la esfera privada doméstica (rol social y subordinación), el sistema de garantías debe dar cuenta de ese orden para superar los déficits y la discriminación. Esto es justamente lo que se analiza en el capítulo sexto, donde se verá una propuesta de modelo, que considerando la realidad material de las mujeres -tanto en el orden que las define como sujeto, así como en los déficits y no igualdad que ello implica-, permita avanzar en disminuir las brechas y la discriminación. Se debe tener presente, sin embargo, que cualquier sistema de garantías que se plantee tiene como límite el propio orden social, no es rol del Derecho y su institucionalidad transformar dicho orden, ello es una tarea de los sujetos, de los movimientos sociales y de la sociedad, en definitiva. El rol del Derecho será crear y poner a disposición de los sujetos y colectivos sociales las herramientas institucionales y normativas que permitan enfrentar la discriminación y, tal vez, ayudar a nutrir argumentativamente (doctrina y técnica) los procesos de cambio que los colectivos y movimientos impulsen.

³⁹⁵ En este sentido, es particularmente destacable lo que plantea Ferrajoli en varios de sus trabajos respecto de la inefectividad de los derechos fundamentales respecto de las mujeres, a pesar de los cambios en materia de ciudadanía. A modo de ejemplo, se recoge lo planteado en su trabajo *Principia iuris*, en el cual se señala al respecto: "Más allá de la emancipación femenina conseguida con la conquista de todos los derechos fundamentales, la igualdad entre los sexos sigue siendo todavía, sin embargo, un principio normativo ampliamente inefectivo... Los derechos políticos, por ejemplo, como todos los derechos civiles de acceso al mercado del trabajo y a las profesiones, aun estando adscritos a todos en igual medida,...[son] violados de hecho por las evidentes discriminaciones que favorecen a los hombres en perjuicio de las mujeres. De ahí la necesidad de garantizarlos, a través de las garantías en materia de trabajo...". Estas garantías se desarrollan en lo que denomina sistema de garantías sexuales. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, op. cit., p. 232

6. A modo de corolario.

Para finalizar este capítulo, interesa destacar una situación que a mi juicio constituye uno de los problemas más complejos que implica el modo deficitario como se ha construido y se construye la ciudadanía de las mujeres. El proceso de transformación en el Derecho que implicó la ciudadanía y el reconocimiento de capacidad de las mujeres, hizo y hace pensar a la mayoría de la doctrina (incluso a la del constitucionalismo social) y a la institucionalidad jurídica, que el cambio normativo y la correspondiente eliminación de las limitaciones a la ciudadanía, a los derechos y a la capacidad jurídica trajo consigo un cambio en la sociedad y en el orden jurídico que implica que este sector de la sociedad adquirió ciudadanía y condición de ciudadana sin más limitación que el hacer materialmente efectivo el ejercicio de la misma, de los derechos fundamentales y de la condición de ciudadano. En estas consideraciones, se obvia que tales cambios sociales y jurídicos producen un cambio formal normativo (construcción del sujeto desde el formalismo jurídico señala Barcellona), que implica el reconocimiento de derechos para todos, pero no produce la transformación y cambio de los factores estructurales sociales y jurídicos que constituyen la base del diseño y elaboración de un sistema normativo que discrimina al sujeto mujer, factores materiales que, en tanto no se modifican, siguen actuando como barreras o impedimentos para la ciudadanía, lo que se traduce en discriminación y no igualdad sistémica respecto de las mujeres.

Lo más complejo es que estos factores históricamente invisibilizados, aumentan su invisibilidad luego del reconocimiento de derechos, ya que el modelo de abstracción del sujeto (sujeto ciudadano y sujeto de derecho) se ha universalizado, procediendo con ello a operar el mecanismo propio de este modelo de abstracción de ocultar y eludir las desigualdades e impedir que la desigualdad y el conflicto social que la origina se traslade al orden jurídico político³⁹⁶. Por lo mismo, la discriminación de la mujer no es considerada ni por la doctrina -salvo la *ius* feminista- ni por la jurisprudencia ni por el orden normativo como una discriminación estructural producto del orden social, sino como el resultado de actuaciones individuales de sujetos (jurídicos o naturales) respecto de una mujer o grupo de mujeres, pero no en calidad de sujeto colectivo. Alternativamente se la estima como un resabio en el orden normativo de normas que establecen discriminación directa (es el caso de la sociedad conyugal en el Código Civil chileno). Así planteado, el no ejercicio en plenitud de las mujeres en materia de ciudadanía es considerado como

³⁹⁶ De CABO, "El sujeto y sus...", *op. cit.*, p 123.

expresión de una voluntad de las mujeres de no participación y de autolimitación, cuyo fundamento se encuentra en el modo ser e intereses propios de las mujeres que no son concordantes con lo que demanda el pleno ejercicio de la ciudadanía. Dicho de otro modo, por la vía de la naturalización de la realidad material de las mujeres, se construye la fundamentación del déficit de ciudadanía. Un ejemplo de ello nos lo entrega el mercado de trabajo, donde la baja participación de las mujeres es considerada producto de una decisión (aunque sea inconsciente) de no trabajar remuneradamente por preferir el cuidado de los hijos/as, dejando de lado el hecho de que las tareas del cuidado constituyen barreras que limitan el ingreso al mercado de trabajo de las mujeres.

Como dijimos algunas líneas más arriba, se trata justamente, de buscar caminos que permitan propuestas basadas en la realidad material de las mujeres y no en su igualdad formal, caminos que permitan dar cuenta efectiva de los efectos de la discriminación y de cómo avanzar en su superación.

CAPÍTULO QUINTO

SUJETO MUJERES EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

En los capítulos anteriores, se revisó de un modo crítico la construcción conceptual jurídica de sujeto que subyace al Derecho y su institucionalidad -particularmente a nivel del sistema de derechos fundamentales- a partir del análisis del proceso de configuración de la noción de sujeto de la Modernidad. La revisión desde la teoría *ius* feminista permite plantear que la noción de sujeto que se presenta como universal y neutra es más bien limitada y parcial. La construcción conceptual de sujeto que informa el orden jurídico en el Derecho occidental permite explicar, de un modo importante, por qué a pesar de los avances sustanciales que ha habido en materia de igualdad y, particularmente, de la consagración de la igualdad entre hombres y mujeres, y de la extensión formal de la ciudadanía a estas, la igualdad no es una realidad y, por el contrario, la discriminación de las mujeres continúa siendo sistémica.

El modelo de igualdad configurado en el Derecho está construido a partir de la subjetivación del sujeto de la Modernidad. Ello permite a autores como Ferrajoli, denominarlo “homologación jurídica de las diferencias”³⁹⁷ al momento de plantear su crítica al modelo de igualdad liberal. Si bien la noción de sujeto de derecho fue modificada a partir de la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX, producto del proceso de la ampliación de la ciudadanía que incorporó a nuevos sujetos como ciudadanos y constituyó sujetos de derechos, esta reconceptualización fue solo formal, ya que el sustrato de la construcción subjetiva no se modificó sustancialmente, y los nuevos sujetos de derecho fueron más bien contemplados como el alter del sujeto de la Modernidad. La expresión más evidente de ello fueron las mujeres, ya que los nuevos ciudadanos masculinos (obreros, negros, indígenas, iletrados), en tanto hombres, tenían una parte de su subjetividad, la masculina, expresada en la noción de persona del derecho, lo que no sucede con las mujeres, cuya subjetividad está excluida prácticamente en su totalidad.

En el presente capítulo hemos realizado una revisión de jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para analizar cuál es la noción de sujeto que está presente en diversos fallos de ambos tribunales. Se trata de determinar,

³⁹⁷ FERRAJOLI, “Igualdad y diferencia...,” *op. cit.*, p. 75.

en primer lugar, cuál es la noción jurídica de sujeto, y en segundo lugar, cual es el alcance de la subjetividad del sujeto que es considerada y como ésta impacta en la decisión o posiciones que toman los tribunales y sus magistrados. Por último, se hará un análisis crítico a las sentencias desde el modelo de discriminación estructural en materia de género y desde la ciudadanía y el reconocimiento de derechos a las mujeres.

En primer lugar, se determinó que era necesario estudiar las sentencias del Tribunal Constitucional chileno que consideran como un elemento central de su decisión materias relativas a la igualdad o discriminación del sujeto mujeres, como una herramienta metodológica que permitiera analizar cómo se expresan los puntos críticos sobre la noción de sujeto y ciudadanía, para dar así un anclaje en la institucionalidad del derecho chileno. Se decidió luego abordar paralelamente las sentencias de la Corte IDH referidas en lo sustancial a casos de vulneración del derecho de igualdad de mujeres en función de dos razones: la primera, el escaso número de sentencias encontradas en el Tribunal Constitucional chileno que abordaran la noción de sujeto desde diversas perspectivas conceptuales y que nos permitieran contar con una masa crítica de conceptos, y la segunda, derivada de la anterior, acceder por la vía de la Corte IDH a un grupo de sentencias que permitieran contrastar diversos modelos de análisis para dar cuenta de cómo los determinados modelos que se consideran permiten caminos jurídicos distintos. Si bien el sistema de derechos fundamentales establecido por la Constitución Política chilena obedece a una matriz diversa de la de la Convención Americana de Derechos Humanos, la modificación que se introdujera a la primera en su artículo 5º inciso segundo en 1989, permitió la recepción de lo que en teoría constitucional se denomina bloque de constitucionalidad, y con ello, además, se le dio validez a la referida Convención y a otros instrumentos jurídicos del sistema interamericano en el ordenamiento jurídico interno, por lo que a estos instrumentos jurídicos pueden acudir tanto los magistrados del Tribunal Constitucional como los de la Corte IDH, lo que hace que sus sentencias en cuanto al sustrato jurídico aplicable puedan ser comparables³⁹⁸.

³⁹⁸ Es necesario tener presente que los instrumentos jurídicos que subyacen al debate de vulneración o quebrantamiento de derechos fundamentales son diversos. En el caso del Tribunal Constitucional, es la Constitución Política de Chile de 1980 y su catálogo de derechos consagrados en el artículo 19, complementado, en virtud de lo que establece el artículo 5º inciso 2º, por las normas sobre derechos fundamentales contemplados en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes y ratificados por Chile; en el caso de la Corte Interamericana, es la Convención Americana de Derechos Humanos, complementada por el conjunto de convenciones interamericanas referidas a materias específicas que configuran el corpus normativo del sistema americano de derechos humanos, entre las que se puede destacar por la materia referida exclusivamente a discriminación de género, la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Belém do Pará”. Sin perjuicio de la

1. Jurisprudencia Tribunal Constitucional chileno.

Se revisaron sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional desde el año 2006 hasta 2014, eligiéndose para el análisis y estudio todos los casos que tuvieran como fundamento central la inaplicabilidad por inconstitucionalidad o la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica por atentar contra el derecho constitucional de igualdad (artículo 1º inciso primero y artículo 19 numeral dos inciso segundo de la Constitución) por razones de sexo respecto de una mujer y eventualmente de un hombre, cuando tal vulneración está en relación a la igualdad en la titularidad o ejercicio de un derecho por parte de una mujer. Este material constituyó nuestra materia prima para determinar cómo el Tribunal Constitucional considera la noción del sujeto y su configuración subjetiva en general, y cómo, en ese contexto, aborda al sujeto mujeres y qué circunstancias considera para determinar el juicio de razonabilidad como fundamento de constitucionalidad o inconstitucionalidad. En el lapso de los nueve años revisados, se encontraron doce casos que aportan a este análisis, ya que abordan directa o indirectamente la noción del sujeto y su subjetivización, particularmente referida al sujeto mujeres. En once de ellos, el conflicto constitucional sometido a resolución del Tribunal Constitucional se refiere a si existe o no infracción al derecho de igualdad por razones del sexo, y en la causa restante, el reproche de constitucionalidad se refiere al derecho a la vida del que está por nacer. Para efecto del análisis, estos casos se ordenan en tres grupos sobre la base de su similitud temática: el primero contiene las causas que se refieren a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933 (Ley de Isapres), debido a que la aplicación de la tabla de factores de riesgo por sexo y edad, de que trata el artículo impugnado, infringiría las garantías al derecho a la igualdad y a la salud (numerales 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución). En este grupo de sentencias –seis en total-, se comprende también la causa Rol nº 1710-10, que revisó de oficio la inconstitucionalidad del artículo 38 ter ya citado. El segundo contiene causas referidas a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas referidas a materias de familia por infringir el derecho a la igualdad por discriminación basado en el sexo. Si bien estas causas –cinco en total- se refieren a normas de cuerpos normativos diversos, los fundamentos en los que se basan son similares, por lo que es posible estudiarlas como conjunto. El tercero comprende una única sentencia -Rol nº 740-

diferencia en el abordaje y recepción que de los derechos fundamentales realizan ambos sistemas normativos, en virtud del citado artículo 5º inciso 2º de la Constitución chilena, y considerando que todos los instrumentos jurídicos del sistema interamericano son tratados internacionales referidos a derechos humanos y están ratificados por Chile y se encuentran vigentes, por lo que desde ese punto de vista, el fundamento jurídico plausible de utilizar para unas y otras sentencias es comparable, ya que se funda en instrumentos jurídicos equiparables.

07 (denominada “de la píldora del día después”)-, que por su particularidad temática no es posible analizar con las otras y que dada su importancia en materia de derechos reproductivos (los que están particularmente relacionados con los derechos humanos e igualdad del sujeto mujeres) no es posible dejar fuera de la reflexión respecto a la noción de sujeto que aborda.

El análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional se realizará a través del siguiente modelo que se aplicará a los tres grupos de sentencias: primero se analizará los antecedentes fácticos que subyacen a la normativa, cuya aplicación en el caso recurrido implica discriminación o ruptura del derecho de igualdad por razones de sexo, debemos aclarar que en este análisis nos limitaremos a estudiar en cada sentencia lo referente a las posibles infracciones al derecho de igualdad por razones de sexo. Luego, analizaremos cuáles son los elementos que integran y cómo se determina conceptualmente; siguiendo las palabras de Ferrajoli, el modelo de igualdad que aplica el Tribunal para determinar si hay discriminación o ruptura del derecho de igualdad en la aplicación de la norma impugnada; y por último, se considerará si el modelo de igualdad seguido por el Tribunal Constitucional utiliza la noción de discriminación como cartabón de la ruptura del derecho de igualdad.

Seguidamente, y en estrecha vinculación con el modelo de igualdad establecido, se abordará cuál es la noción de sujeto sobre el cual este modelo se sitúa para establecer o determinar si hay discriminación o ruptura del derecho de igualdad; específicamente respecto del sujeto mujeres, se analizará si su subjetividad es considerada o analizada de modo de determinar el modelo de igualdad, la concepción de sujeto considerado para efectos de igualdad y el reconocimiento de los derechos respecto del sujeto. Así mismo, se examinará de un modo crítico si la noción de sujeto considera una concepción estereotipada desde el género del sujeto mujer y cómo este estereotipo determina o no la forma de resolución del caso debatido.

1.1. Sentencias.

1.1.1. Sentencias referidas a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter.

a) El requerimiento.

El primer grupo de sentencias comprende aquellas que se originan en un requerimiento que solicita se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933³⁹⁹ (Ley de Isapres), introducido por la Ley 20.015 que corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) Nº 1, de 2005; así como en proceso iniciado de oficio que revisa la constitucionalidad del art. 38 ter, ya citado⁴⁰⁰. El conflicto constitucional que se plantea en estas

³⁹⁹ El artículo 38 ter establecía: “Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la institución deberá aplicar a los precios bases que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores. La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetaran a las siguientes reglas:

- 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
- 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
- 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
- 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;
- 5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas contadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.”

⁴⁰⁰ Tribunal Constitucional sentencias: Rol 976 – 07 – INA de 26 de junio de 2008; Rol 1218 – 08 – INA de 7 de julio de 2009; Rol 1273 – 08 – INA de 20 de abril de 2010; Rol 1287 – 08 – INA de 08 de septiembre de 2009; Rol 1348 – 09 – INA de 27 de abril de 2010 y Rol 1710 – 10 – INC de 06 de agosto de 2010.

causas infringiría específicamente las garantías previstas en los numerales 2, 9 y 18 del artículo 19 de la Carta Fundamental⁴⁰¹.

En cada caso de inaplicabilidad revisado, la requirente era una mujer que tenía un plan de salud contratado con una Isapre por un determinado valor mensual en UF, valor que fue incrementado por la Isapre en consideración de la edad en relación al sexo de la contratante, conforme resultó de la aplicación de las tablas de factores que establecía el artículo 38 ter de la Ley 18.933⁴⁰². Las afectadas consideraron que el aumento del precio del plan fue arbitrario e ilegal, por lo que la norma en que se funda dicho aumento contraviene las garantías constitucionales, ya que vulnera específicamente: la igualdad ante la ley (numeral 2 del artículo 19 de la Constitución); el derecho a la protección a la salud (numeral 9 del artículo 19 de la Constitución) y el derecho a la seguridad social (numeral 18 del artículo 19 de la Constitución), por lo que solicitaron se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del referido artículo 38 ter. El Tribunal Constitucional acogió los requerimientos presentados en cada una de las causas estudiadas, determinando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter por vulnerar el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política. Respecto de la declaración de inconstitucionalidad del referido artículo en la causa Rol 1710-10, se resolvió que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter son inconstitucionales, respecto de las restantes disposiciones de este artículo no hubo reproche de inconstitucionalidad⁴⁰³.

b) El modelo de igualdad.

En las sentencias examinadas se plantea una primera línea argumentativa en la cual se analiza la naturaleza de los derechos fundamentales. Se señala que conforme al artículo 1° de la Constitución, “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, instituyendo así un

⁴⁰¹ Específicamente en las sentencias recaídas en las causas roles 976, 1218 y 1348 se revisó la inconstitucionalidad del artículo 38 ter en tanto infringiría las garantías establecidas en los numerales 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución; en el caso de las sentencias de las causas roles 1373 y 1287, se analizó, además, si se vulneraría la garantía establecida en el numeral 18 del referido artículo 19.

⁴⁰² Esta norma regula el modo de determinar el precio que los afiliados deberán pagar por su plan de salud a la Isapre respectiva. Para ello, se establece que la Institución de Salud aplicará a los precios base de los planes de salud el o los factores que conciernan según la correspondiente tabla de factores. La estructura de estas tablas la fija la Superintendencia, estableciendo tipos de beneficiarios, según sexo, condición de cotizante o carga y rangos de edad que se deban utilizar; el propio artículo en su inciso tercero establecía las reglas a seguir para los rangos de edad; en los incisos siguientes, se regulan: los factores, la cantidad de tablas que pueden establecer las Isapres y su periodificación de establecimiento y la incorporación de la tabla de factores al contrato y la posibilidad de modificación respecto de cada contrato. En relación a los factores, cada Isapre los puede determinar libremente para cada tabla que emplee.

⁴⁰³ El voto de minoría de los magistrados Vodanovic y Fernández argumentaba la inconstitucionalidad del artículo 38 ter completo.

principio matriz del sistema institucional chileno, que significa que toda persona, sin distinción ni exclusión alguna, está dotada de dignidad, cualidad que es la fuente de los derechos fundamentales que consagra el propio texto constitucional en su artículo 19⁴⁰⁴. Luego agregan que de la dignidad de la persona humana se derivan un cúmulo de atributos entre los que se encuentran los derechos públicos (derechos fundamentales), lo que permite afirmar, recogiendo lo señalado por la doctrina, que la dignidad es la fundamentación de los derechos⁴⁰⁵. Por lo mismo, toda persona, institución o grupo debe respetar los derechos que son consustanciales a la dignidad de la persona humana, lo cual implica que por mandato constitucional los actos jurídicos de las personas o instituciones, en estos casos los contratos de salud, deben tender a maximizar el goce de estos derechos, que los factores de edad y sexo representan una diferencia que justifica su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, pero que no está justificada en lo relativo a su magnitud; ya que por esta vía se podría aumentar, sin mantener la proporcionalidad de las prestaciones otorgadas, los costos de los planes de salud, convirtiéndose así esta facultad otorgada por el artículo 38 ter en una atribución que permite incurrir en “discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida arbitraria, lesionando la esencia de la igualdad entre las partes”⁴⁰⁶.

En las sentencias Rol 1273, Rol 1348 y Rol 1710, el Tribunal Constitucional da un paso importante en el debate y argumentación para determinar si el precepto legal impugnado es contrario o no a la garantía de igualdad ante la ley al incorporar un análisis específico sobre la conceptualización y alcance de esta garantía. El Tribunal Constitucional plantea que la jurisprudencia chilena tiene una línea interpretativa uniforme sobre igualdad, citando al respecto su sentencia Rol n°28, considerando cuarto, en el cual señala: “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”⁴⁰⁷. Este principio implica que dependiendo de las circunstancias en que estén las personas o las situaciones, corresponde tratarlas igual o de modo diverso, por lo que no se impide al legislador que “contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes”, siempre y cuando estas

⁴⁰⁴ Tribunal Constitucional: Sentencia Rol 976, considerando 22. Sentencia Rol 1273, considerando 16.

⁴⁰⁵ Tribunal Constitucional: Sentencia Rol 1287, considerando 16 y 17; Sentencia Rol 1273, considerando 42 a 44.

⁴⁰⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 976, considerando 61 y 62.

⁴⁰⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1273, considerando 55. En los mismos se plantea la Corte Suprema, en un fallo del mismo año, en el cual señala: “El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXII, 2ª parte, sección 5ª, p.183.

“no se formulen con criterios arbitrarios de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase”⁴⁰⁸.

La dificultad, plantea el Tribunal Constitucional, es reconocer las igualdades y las diferencias en las personas y situaciones. Como no existen dos sujetos o situaciones iguales, la afirmación de una igualdad implica una elección de cuál es la calidad esencial que determina la igualdad, es decir, se requiere “establecer los criterios legítimos conforme a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación o bien de diferenciación”⁴⁰⁹. Para ello, el Tribunal Constitucional, conforme lo que declara, sigue y recoge, la doctrina y jurisprudencia alemana. En el considerando el Tribunal Constitucional, señala que esta plantea, por una parte, que se debe distinguir entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”: se está en presencia de la primera “cuando personas o grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”. El Tribunal Constitucional Federal alemán “considera arbitrario, y por ende inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales.**”⁴¹⁰. (Negrillas en el original).

El Tribunal Constitucional, continuando con la doctrina alemana para precisar aún más la configuración del juicio de igualdad, agrega lo que se denomina “nueva fórmula”, consistente en “considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no medie ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual...para poder dimensionar ello...esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de un examen de proporcionalidad”, esto es que el trato diferenciado persiga un fin legítimo, que sea necesario y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto⁴¹¹. En resumen, el juicio de igualdad debe considerar y determinar las igualdades o desigualdades esenciales, y en los casos de diferenciación, debe realizar una ponderación en tanto examen de proporcionalidad (adecuación necesidad y ponderación en sentido estricto).

En las dos últimas sentencias, el Tribunal Constitucional agrega un nuevo elemento de análisis para determinar si se configura o no el reproche de inconstitucionalidad por vulneración a la

⁴⁰⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1273, considerando 58.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, considerando 59.

⁴¹⁰ *Ibid.*, considerando 60.

⁴¹¹ Tribunal Constitucional. Sentencias Rol 1273, considerando 60 y Rol 1710 considerando 100.

igualdad ante la ley por razones de sexo: el análisis del alcance de la norma del artículo 19 n°2 inciso 1º parte final: “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. Sobre la base de la historia fidedigna de la constitución de la norma, se analizan instrumentos internacionales, particularmente la Convención contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de la que se hace mención especial, respecto del concepto de discriminación que establece en su artículo 1º⁴¹², junto a la CEDAW, el Tribunal recoge en sus fundamentos lo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos establece respecto de la noción de discriminación directa e indirecta como complemento a la noción de discriminación, señalando que la “discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros...tiene un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra...”⁴¹³. Fundado en estas normas del derecho internacional de los derechos humanos, el Tribunal Constitucional señala que: “se concluye que la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley es un principio inherente a los derechos fundamentales,..., que abarca su dimensión de iure y de facto y que resulta de la equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. De ahí que la tendencia aceptada sea la de **impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y goce de los derechos**”⁴¹⁴. (Negritas en el original).

En resumen, en este grupo de sentencias el Tribunal Constitucional expone una noción de igualdad fundada en la concepción liberal, señalando que a partir de la denominada isonomía de Aristóteles, tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual, es necesario reconocer las igualdades y las diferencias en las personas y situaciones, para lo cual se plantea el juicio de igualdad, el cual -según expone el Tribunal- debe permitir determinar las igualdades o desigualdades esenciales para establecer el trato que corresponde en definitiva. A partir de esta conceptualización de igualdad, se fundamenta la igualdad ante la ley del hombre y la mujer (artículo 19 n°2 de la Constitución Política), que recogiendo esta concepción, avanza a través de la noción de discriminación contra la mujer, concepto establecido en el artículo 1º de la CEDAW, el

⁴¹²: CEDAW Artículo 1º: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”.

⁴¹³ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1348, considerando 64.

⁴¹⁴ *Ibid.*, considerando 66.

cual interpretado en conjunto con la norma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, que establece la noción de discriminación directa e indirecta, determina que es necesario avanzar en la equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre, y que a pesar de que la igualdad no puede ser absoluta, se debe evitar que existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital.

c) Análisis del modelo de igualdad utilizado por el Tribunal Constitucional.

Basándonos en los planteamientos doctrinarios críticos a los modelos del derecho liberal sobre la noción de igualdad y derechos, revisados en los capítulos anteriores, se hará un análisis del modelo de igualdad en que se funda la argumentación sustentada en estas sentencias por el Tribunal Constitucional.

La noción de igualdad liberal se construye a partir del principio de isonomía. Un punto central de este principio es que se basa en una situación de comparación relativa y circunstancial entre dos sujetos, que siendo iguales en tanto seres humanos, están o pueden estar en posiciones igualitarias o no igualitarias en virtud de las circunstancias, que son siempre temporales y cambiantes (es decir casuístico) y ameritan un trato igualitario o distinto en virtud de esas circunstancias diferenciadoras. Dependiendo de si ello se respeta o no en la forma que se aplica la norma jurídica o el precepto normativo, éste será discriminatorio o no.

Para efectos de lo que a este análisis interesa, lo anterior implica tres cuestiones centrales que veremos a continuación:

Primero, esta noción se constituye a partir de una concepción de sujeto que no es un sujeto material si no un sujeto abstracto, configurado por sobre la realidad material y vivencial de los sujetos. Su determinación abstracta implica que los sujetos son abordados como si todos tuvieran -y por igual- las mismas oportunidades y experiencias. Es decir, se determina la igualdad a partir de una configuración de sujeto, que es el (sujeto) modelo de la igualdad de trato -la medida, el *tertium comparationis*-, el cual está parcialmente caracterizado, tanto en sus atributos subjetivos como en su proceso experiencial y lugar social.

Segundo, la idea de igualdad de trato se funda en una idea de comparabilidad entre sujetos y circunstancias. Los sujetos son iguales, lo que cambia y hay que evaluar con criterio de razonabilidad son las circunstancias, que determinan si se requiere un trato igualitario o diferente

de modo de no ser arbitrario o discriminador. Detrás de la idea de la comparabilidad en relación de la determinación de las circunstancias, está lo que se planteaba en el punto anterior, en el sentido de construir una conceptualización de sujeto igualitario, lo que es sólo posible a partir de una construcción abstracta, que niega la realidad material. Pero es precisamente esa realidad material negada la que genera sujetos iguales en dignidad pero diferentes, en la medida que están determinados por múltiples condicionantes sociales, muchas de ellas estructurales, y no sólo por circunstancias aleatorias que, dependiendo del lugar o circunstancias específicas, permiten o no el trato igual.

Tercero, que todos los sujetos iguales pueden, según las circunstancias, estar en posiciones iguales o diferentes que obligan a un trato igual o diferente. Dicho de otro modo, en su interrelación, los diversos sujetos pueden estar en un determinado momento y a partir de circunstancias específicas en condiciones de igualdad o desigualdad, pero por sobre esas circunstancias, en su condición esencial, podríamos decir, están en un plano de equivalencia. En materia de igualdad o discriminación por razones de sexo, este planteamiento no da cuenta del orden social sexual que, como se vio en el capítulo tercero, condiciona una realidad de subordinación del sujeto mujeres a partir de la esfera privada doméstica que se irradia a las demás esferas del orden social. Esto, por una parte, fija su identidad fundamental al interior de la sociedad y, por otra, determina la forma de ejercicio de su ciudadanía. Lo anterior significa que las relaciones de subordinación presentes y determinadas por el orden social, no permiten que los sujetos mujeres y los sujetos hombres estén en un plano de equivalencia tal como lo requiere el modelo de igualdad de trato o el principio de isonomía. Como dice Barrère: “Nos encontramos de este modo con un desfase entre la igualdad y la discriminación intragrupal y la igualdad y la discriminación intergrupala que puede traducirse del modo siguiente: la ruptura de la igualdad de trato entre personas que pertenecen a un mismo grupo (en el que no se atisban diferencias estructurales de poder) no es asimilable a la ruptura de la igualdad de trato basada en la desigualdad de status o poder de un grupo respecto de otro. Se trata, por tanto, de fenómenos distintos y que, como tales, no pueden ser conceptualizados ni designados de la misma manera..., es impensable una igualdad de trato entre individuos que estructuralmente y/o grupalmente considerados tienen un status desigual.”⁴¹⁵.

⁴¹⁵ BARRÈRE, *Legislación y jurisprudencia antidiscriminatoria... op. cit.*, p. 6.

Considerando lo planteado respecto de las sentencias comentadas, la mayoría de estas no consideran en su análisis y fundamentos al sujeto destinatario de la norma, la salvedad la constituye la última sentencia de este grupo del año 2010 (Rol 1710). En esta sentencia el tribunal, razona, en cierta medida, sobre la cuestión del embarazo como una situación que afecta solo a las mujeres (y asume que el sexo es una condición ineludible para el sujeto) a propósito del contrato de seguro de salud, específicamente señala que “la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud”⁴¹⁶. Luego, citando un acuerdo del Consejo de la Unión europea, agrega que la normativa comunitaria ha prohibido la discriminación por sexo en los contratos de seguros, incluidos los seguros de salud, ha establecido el criterio de que los mayores costos derivados del embarazo y la maternidad no debieran reflejarse en diferencias en las primas y prestaciones. Y, finalmente citando un artículo doctrinal- sostiene que “la diferencia de primas entre hombres y mujeres en los seguros privados de salud se relaciona directamente con el sexo de los asegurados, y no con la apreciación de riesgo de hombres y mujeres, pues su monto no se calcula individualmente, sino a partir de su sexo. Así los asegurados son discriminados directamente por su sexo”⁴¹⁷.

Ahora bien, sin perjuicio del cambio que implica matizar la consideración respecto del sujeto mujeres, la noción de igualdad esencial utilizada por el Tribunal, no favorece el análisis de las diferenciaciones como desventajas de poder, y que, por otro lado, al predicar que no puede discriminarse/diferenciarse en caso de la igualdad respecto de hombres y mujeres, contradice su propio argumento de que la Constitución no impide que el sexo pueda tomarse como base para diferenciar. Esto es, al no armonizar la diferenciación y el perjuicio social que sufren generalmente las mujeres y no abordar el tema bajo un criterio de categoría sospechosa, utilizando el juicio completo de proporcionalidad (idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto), se constituye un modelo que, independiente de lo establecido en la sentencia (estimar incompatible con la Constitución la regulación que establecía tablas de factores), genera un análisis con un alto grado de abstracción respecto de los sujetos, considerando por lo mismo a estos como equivalentes, respeto de los cuales sólo resta determinar si a efectos de la aplicación de la norma están en una posición o circunstancia de igualdad o diferencia.

⁴¹⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1710-10 considerando 106.

⁴¹⁷ *Ibid.*, considerando 107.

En esta revisión, interesa analizar el caso planteado en las sentencias sobre la base de la noción de discriminación que establece la CEDAW, ya que es el instrumento internacional vigente más significativo en materia de igualdad y discriminación de género y, además, porque fue utilizado en la fundamentación y análisis que realizó el Tribunal Constitucional en estas sentencia. La definición de discriminación contra la mujer que establece la CEDAW en su artículo primero señala que esta “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer,...de los derechos humanos... en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”⁴¹⁸. Esto quiere decir, que partiendo de la igualdad de hombres y mujeres, habrá discriminación en contra del sujeto mujeres cuando la distinción, exclusión o restricción que tenga un fundamento de sexo, pretenda o dé por resultado un menoscabo o anule el goce o ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer en cualquier esfera o ámbito de la sociedad. Lo fundamental, entonces, es determinar si la diferenciación por razones de sexo que contempla la norma o que resulte de su aplicación, implicó menoscabo o detrimento en el reconocimiento y/o ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres.

Así planteado, se debe analizar si la norma en cuestión, el artículo 38 ter, menoscaba o anula respecto de las mujeres usuarias del sistema Isapre su derecho a la igualdad, a la protección de la salud y a la seguridad social. Es decir, en el marco del artículo primero de la CEDAW, no basta con analizar si en el caso específico se está ante circunstancias que ponen en una situación de igualdad o desigualdad a hombres y mujeres (en el caso de la sentencia analizadas, usuarios/as de Isapre) y si estas últimas están en un plano de legitimidad o arbitrariedad o si se contravienen igualdades esenciales (que no son más que circunstancias que igualan), sino que debe determinarse si partiendo de la premisa de la igualdad entre hombres y mujeres (igual dignidad), la aplicación de la norma menoscaba o anula el goce o ejercicio de derechos fundamentales de las mujeres, en este caso, a la igualdad, al derecho a la protección a la salud y/o a la seguridad social de las mujeres usuarias de Isapre.

En el caso que analizamos, la fundamentación en el artículo 1º de la CEDAW implica poner en entredicho la existencia de tablas de factores según sexo establecidas para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Isapre por el plan de salud contratado, ya que su sola existencia

⁴¹⁸ Artículo primero de la CEDAW.

pone en una situación de menoscabo a las mujeres frente a los hombres en cuanto al goce y ejercicio de los derechos de igualdad, de protección a la salud y de seguridad social. Las tablas de factores según sexo permiten determinar diversos valores de los planes de salud⁴¹⁹ para hombres y mujeres, fundados en las particularidades de las características de morbilidad de unos y otras, lo que supone limitar el acceso al ejercicio de derechos fundamentales a las mujeres, puesto que de ello resulta un mayor costo de sus planes de salud. Incluso en la lógica de la igualdad liberal, no existe criterio razonable que permita fundamentar una medida diferenciadora -como son las tablas de factores según sexo- que justifique que a las mujeres se les establezca un valor diferente por las prestaciones de salud de seguridad social. Fundamentar a partir de las particularidades de los sujetos en materia de salud en consideración a las características de morbilidad, implica fundar diferencias sobre la base de construcciones culturales/sociales, ya que el perfil epidemiológico de hombres y mujeres está fuertemente configurado conforme al rol y situación social de los sujetos, y de aspectos biológicos, como el embarazo y parto, que no puede ser causal de diferenciación discriminadora (artículo 11 nº 2 de la CEDAW). Además, fundar la diferenciación por sexo a partir del perfil de morbilidad de mujeres y hombres implica aceptar como criterio que las tipologías socio-biológicas de unas y otros tienen un valor jurídico de tal entidad, que es posible sobreponerlas respecto de la calidad esencial de los sujetos, que es su condición humana, su condición de persona, respecto de la cual se fundamentan los derechos, por lo que su ejercicio y goce se debe garantizar sin menoscabo o limitaciones respecto de todos los sujetos. Dicho de otro modo, la normativa analizada determina que ser sujeto mujer tiene un factor de riesgo mayor que el del sujeto hombre, y que este factor es jurídicamente relevante para que se pueda calificar económicamente de un modo diferente las prestaciones que en materia de salud de seguridad social se otorguen a mujeres y hombres. En virtud de lo señalado, el establecimiento de tablas que determinen un cobro diferenciado por prestaciones de salud de seguridad social a hombres y mujeres causa un menoscabo en el ejercicio y goce de los derechos a la igualdad, a la protección de la salud y a la seguridad social de las mujeres, ya que se configura un acto de discriminación en contra de ellas conforme lo establece el artículo primero de la CEDAW.

⁴¹⁹ Para efectos de este análisis, es fundamental tener presente que el contrato de salud previsional es una institución que se enmarca en el ámbito de la seguridad social, por lo que está directamente vinculado con el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. Por lo mismo, este contrato no es comparable ni homologable a los contratos de seguros mercantiles, ya sean de vida o médicos, regulados por el Código de Comercio y leyes complementarias.

d) Discriminación estructural.

Desde la perspectiva *ius* feminista, analizar la temática de igualdad y discriminación en materia de género presente en estas sentencias supondría determinar a través del análisis jurídico si la normativa en cuestión, considerando su contenido y la diferenciación que establece por razones de sexo o que resulta de su aplicación, es el resultado de la recepción, reproducción o condicionamiento de modelos de orden y jerarquía social delineados sobre la base de la construcción y configuración social de los sujetos y basados en conceptos que impliquen inferioridad o subordinación de las mujeres, que signifiquen el no reconocimiento, limitación o perjuicio respecto de los derechos fundamentales de las mujeres, transgrediendo así la garantía de la igualdad por razones de sexo de los sujetos.

Que el sexo sea uno de los criterios de determinación de los factores que contemplan las tablas que regula el artículo 38 ter, significa que la condición de hombre o mujer constituye un componente del riesgo y, por lo mismo, determina el mayor o menor costo en materia de salud (planes de salud). En otras palabras, la condición de sujeto hombre y sujeto mujer, con sus identidades y características sexuales, subyacen a la determinación del valor de los planes de salud. Si se analiza los diversos factores según sexo por tramo de edad⁴²⁰, es posible observar que mujeres y hombres tienen factores similares hasta los 15 años, si bien los de los hombres son levemente mayor desde los dos años. A partir del tramo de edad en que comienza la capacidad reproductiva y hasta los 40 años, por el contrario, los factores de mujeres y hombres se diferencian notablemente, llegando los de las primeras -sean estas cotizantes o carga- a triplicar o incluso cuadruplicar los factores de los hombres. Lo anterior implica que las funciones procreativas de las mujeres (embarazo y parto) son castigadas, ya que mientras están en la etapa biológica reproductiva y por esa sola razón, sus planes de salud tienen un costo mayor, que se aplica incluso independientemente de si han decidido o no la maternidad. De esta manera, la reproducción humana -que constituye en principio una responsabilidad social de hombres y mujeres- es privatizada, asignándose su responsabilidad y la carga de los costos (de salud y económicos) solo a

⁴²⁰ En este análisis, el criterio determinante es el sexo, ya que las características según el sexo de los sujetos son las que se consideran para determinar el riesgo que fija finalmente el factor para unas y otros. La referencia a los tramos de edad se hace sólo porque el artículo 38 ter lo establece. Ello queda de manifiesto, con posterioridad a la sentencia Rol 1710, que declaró la inconstitucionalidad del inciso 3 literales a, b, c y d, lo que significó eliminar los tramos de edad de las tablas de factores, mas no las restantes disposiciones del citado artículo, continuando vigente el sexo como criterio y manteniéndose hasta ahora la capacidad reproductiva de las mujeres como un elemento que eleva los factores de riesgo.

las mujeres, eximiendo por esta vía no solo a los sujetos hombres de su responsabilidad y rol en la materia sino a la sociedad como tal. Con ello, se aborda la reproducción, la responsabilidad respecto de esta y su protección como una problemática privada, individual y propia de las mujeres. Se configura como expresión de las tareas del cuidado que forman parte de la esfera privada doméstica, y que como ya se vio, son asignadas al y responsabilidad del sujeto mujeres en el orden social establecido. En este caso, es posible observar cómo una circunstancia biológica es determinada por el orden social y cultural, estableciéndola como propia de la esfera privada doméstica y, por lo mismo, excluida de la esfera pública de los derechos⁴²¹.

En este marco, la regulación contenida en el artículo 38 ter establece un modelo para la determinación del valor final de los planes de salud que es discriminatorio respecto del sujeto mujer en tres sentidos: por una parte, porque reproduce un modelo u orden social que asigna primariamente a las mujeres las tareas del cuidado y la reproducción como rol social. En segundo lugar, porque privatiza la reproducción humana, confiriéndola a la esfera privada/doméstica donde se transforma en una responsabilidad sólo de la mujer: excluida de la esfera pública de los derechos, los demás seres humanos y la sociedad como tal quedan eximidos de responsabilidad frente a la reproducción. Por último, al encarecer las prestaciones de salud respecto de las mujeres por el hecho de su condición reproductiva, limita el ejercicio del derecho a la salud y a la seguridad social de estas.

Si se analiza la norma del 38 ter desde una perspectiva interseccional, considerando la combinación de los criterios de sexo y edad⁴²² (tramos de edad), es posible observar que tal combinación implica que el riesgo se determina conforme a las características de morbilidad de la edad según el sexo de los sujetos; es decir, en cada tramo que contemplan las tablas, el factor se determina sobre la base del perfil epidemiológico que presentan los sujetos mujeres en ese tramo de edad y que presentan los hombres en ese tramo de edad. En el caso de las mujeres mayores, las características de morbilidad, que son expresión de su construcción social (cultural/biológica), determinan una mayor longevidad (las mujeres menores de cuatro años son el

⁴²¹ Para enfrentar los planteamientos que fundan responsabilidad reproductiva en la mujer, la doctrina feminista ha elaborado el denominado principio del rol social de la reproducción humana, que en términos muy generales, plantea que la reproducción humana y la responsabilidad de la misma le atañe a la sociedad en su conjunto, particularizando en lo que corresponde a los sujetos directamente involucrados en la procreación de nuevos seres humanos.

⁴²² Hay que señalar que en el fallo de la sentencia Rol 1710, que es la que cierra este debate constitucional, si bien considera y menciona el factor edad (factor que dio inicio a los debates de las causas que abrieron esta discusión respecto del artículo 38 ter) centra su análisis cuestión de la prohibición de discriminación por razón de sexo y entonces no le es posible abordar la interseccionalidad.

49% de la población, las mujeres mayores de 65 años son el 53% y las mayores de 80 años son el 65% del total⁴²³). Esto, a su vez, las vuelve vulnerables, pues a partir de los 60- 65 aumenta la morbilidad, de manera que el cruce edad/ sexo implica una mayor cautividad (respecto de su Isapre) de las mujeres en relación con los varones, vulnerándose por esa vía la igualdad del sujeto mujeres, así como su derecho de protección a la salud.

1.1.2. Sentencias referidas a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas relacionadas con materias de familia y de seguridad social.

a) Las sentencias.

En el segundo grupo de sentencias, todas las causas se refieren a requerimientos que, fundados en que atentan contra el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, solicitan se declare la inconstitucionalidad de preceptos normativos referidos a derecho de familia. Las sentencias que se analizan en este grupo son específicamente las siguientes: Rol 2250, Rol 2306, Rol 2320, Rol 2357 y Rol 2440.

En las causas Rol 2250 y Rol 2357, se solicita la declaración de inconstitucionalidad de la primera parte del inc. 2º del artículo 6º de la ley 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso posnatal parental, en cuanto excluye a las/los funcionarias/os públicas/os que ejerzan el derecho posnatal parental de un modo equivalente a la licencia por descanso maternal en lo referente al pago total de sus remuneraciones, ya que en el segundo (descanso maternal o post natal maternal) tienen derecho a la totalidad de las remuneraciones y en el primero (post natal parental) estas se limitan a 67.4 UF (por el periodo que dura la licencia).

En la causa Rol 2306, se plantea la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos primero y tercero del artículo 225 del Código Civil, que en caso de que los padres vivieran separados, otorgaba la tuición preferentemente a la madre, y sólo se la concedía al padre en el caso de que el interés del hijo lo hiciera indispensable, fuera por maltrato, descuido u otra causa calificada⁴²⁴.

⁴²³ Fuente: INE, Chile, Proyecciones y Estimaciones de población por sexo y edad, 1990-2020.

⁴²⁴ Esta norma fue modificada por la Ley 20.680 del 21 de junio de 2013. La modificación estableció en lo fundamental el cuidado personal compartido, y que en caso de separación y no existiendo acuerdo entre los padres, quedará a arbitrio del juez teniendo a la vista el interés superior del/a niño/a. Actualmente, el artículo 225 del Código Civil establece lo siguiente:

La causa Rol 2320 plantea la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las expresiones “de la forma que determine el reglamento” e “inválido” contenidas en el artículo 3º, letra a) del Decreto con Fuerza de Ley nº 150 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Sistema Único de Prestaciones Familiares, cuya aplicación implica que el cónyuge (hombre) de una funcionaria diplomática de la Cancillería destinada a una misión en el exterior no puede acceder al beneficio especial de asignación familiar que otorga Relaciones Exteriores al cónyuge que no realiza un trabajo remunerado, porque no cumple con los requisitos de invalidez que el Sistema Único de Prestaciones Familiares exige respecto del varón para ser beneficiario de asignación familiar.

La última de las causas, Rol 2440, solicita se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la letra c del artículo 3º de la ley 12.522, que concede a los imponentes de la Caja de Retiro y Previsión Social de Ferrocarriles del Estado y a los jubilados de dicha institución y de la empresa de los Ferrocarriles del Estado el derecho a causar montepío en favor de las personas que se señala. El literal cuestionado establecía el derecho al montepío respecto de las/los hijas/os, estableciendo ciertas diferencias de requisitos respecto de hijos varones e hijas mujeres. Los primeros lo recibían hasta la mayoría de edad o 21 años si estudiaban, las mujeres en caso de ser solteras lo recibían sin límite de edad. El derecho vulnerado sería el de igualdad.

En estos cinco debates sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas mencionadas, lo que el Tribunal Constitucional debe determinar y fundamentar es si la situación planteada por la diferencia salarial que implica a las mujeres que hacen uso del posnatal parental, el derecho preferente de la madre a la tuición de los hijos, la exigencia (solo en el caso de los hombres) de una condición invalidante para que el marido goce de un beneficio de seguridad

“Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido...”

social de su mujer trabajadora y el derecho a percibir el montepío sin límite de edad de la/s hija/s soltera/s implican una violación al derecho a la igualdad de hombres y mujeres.

El conjunto de estas sentencias se analiza a continuación en torno a tres ejes: el modelo de igualdad y la noción de sujeto que se expresa en ellas, y un examen sobre el carácter discriminatorio o no del contenido de las normas estudiadas en las sentencias.

b) Modelo de igualdad.

El Tribunal Constitucional, concordante con lo sostenido en el anterior grupo de sentencias analizadas, plantea que para dilucidar el asunto sometido a su conocimiento debe "...investigar si efectivamente existe una desigualdad de trato entre casos esencialmente iguales, carente de fundamento razonable,..."⁴²⁵ o bien si, "...al evidenciarse dos situaciones distintas, que autoriza un trato diferenciado, éste no es arbitrario..."⁴²⁶ y que además, "...cabe evaluar si la diferencia entre el cónyuge hombre y la cónyuge mujer....tiene o no una justificación razonable..."⁴²⁷.

Como se ve en las citas expuestas en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional funda su análisis en el modelo de igualdad de trato y principio de isonomía, modelo que fue analizado y valorado desde una perspectiva crítica en la revisión del anterior grupo de sentencias. Sólo a modo de precisión, vale la pena señalar que en este grupo de sentencias, el Tribunal Constitucional se limitó a expresar la concepción de la igualdad de trato y principio de isonomía, sin hacer mayor análisis de lo que determina las situaciones distintas o iguales ni de cuál es el cartabón de la razonabilidad que permite establecer un trato igualitario o no. Tampoco se contempla en el análisis la noción de las igualdades esenciales, que en las anteriores sentencias fueron un fundamento conceptual utilizado para determinar las denominadas circunstancias fundamentales respecto de las cuales -concordante con la misma conceptualización- no es posible un trato diferenciado.

c) Noción de sujeto.

En estas sentencias, el Tribunal Constitucional no consideró la construcción subjetiva del sujeto en el debate respecto del análisis y determinación de la igualdad de los sujetos, sin embargo, es posible observar en su fundamentación la existencia de una concepción de subjetividad respecto

⁴²⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2250, considerando 6.

⁴²⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2357, considerando 5.

⁴²⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2320, considerando 14.

del sujeto mujer que se funda en su rol social del cuidado. Es posible observar que los jueces constitucionales determinan la forma de entender y aplicar la normativa revisada a partir de la construcción sociocultural del sujeto mujer, según el cual las mujeres (las madres) son las primeras cuidadoras de los hijos⁴²⁸. A partir de esta asignación cultural, que muchas veces aparece naturalizada, se establece un trato diferenciado respecto de hombres y mujeres en cuanto al cuidado preferente de los hijos/as, que no constituiría discriminación respecto de los hombres, ya que ambos sujetos –la mujer y el hombre- estarían en una posición y circunstancia distinta: a la mujer cuidadora, el cuidado preferente de los/las hijos/as y al hombre, el cuidado de un modo subsidiario o complementario. Incluso es más, en el voto de mayoría del Tribunal para dilucidar el tema planteado se realizó, por una parte, un análisis comparado entre las trabajadoras funcionarias y las trabajadoras particulares, y, por otra, la distinción entre posnatal propiamente tal y el postnatal parental, sin entrar a analizar precisamente el caso desde el punto de vista de la igualdad de hombres y mujeres. Eso sí, hay que hacer la salvedad que el voto de minoría de los magistrados Carmona, García y Viera-Gallo, si analizan en su argumentación la igualdad entre hombres y mujeres para fundamentar su opinión disidente, señalan al respecto, las barreras de ingreso de las mujeres al mercado del trabajo y como estas normas que causan perjuicio patrimonial refuerzan estas barreras; asimismo, señalan que tope del subsidio del posnatal parental que imposibilita que se le pague a las funcionarias públicas su remuneración completa como establece la legislación respecto de ellas en caso de licencias médicas implica un detrimento patrimonial respecto del pago de su sistema de salud previsional y del aporte a su cuenta del sistema previsional de AFP, detrimento que no afecta a los hombres ya que la maternidad y el cuidado de los menores culturalmente está asignado a las mujeres siendo estas quienes hacen uso de estos permisos aunque sean parentales⁴²⁹.

Desde el planteamiento *ius* feminista, sin embargo, tal argumentación es discriminatoria, no respecto de los hombres sino de las mujeres, ya que no hace más que reproducir, validar y

⁴²⁸ Esta argumentación puede observarse en la sentencia Rol 2250, cuando se señala que el objetivo y sentido del permiso postnatal parental, planteado que su finalidad es “el mejor desarrollo psicológico del menor, fortaleciendo el apego del mismo a sus figuras parentales, es decir, cualquiera de ambos progenitores en sus respectivos roles, aunque principalmente a la madre...” (considerando 8); la misma concepción se expresa en la sentencia Rol 2306, cuando se señala, que el fundamento del mandato del artículo 225 del Código Civil, que otorgaba preferentemente el cuidado de los hijos a la madre, “se justifica en realidad social de nuestro país [que es la madre quien efectúa el cuidado personal de los hijos]” (considerando 16).

⁴²⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2250, voto de minoría magistrados Carmona, García y Viera-Gallo considerando 20, 21, 44, 45 y 46.

naturalizar un rol de género femenino: el de madre cuidadora; rol que incardina a las mujeres, que las define como sujeto, como sujeto de derecho. Esto implica que esa significación (subjetivización) será el punto de partida para determinar si se está transgrediendo o no el derecho de igualdad respecto de ellas, es decir, se construye un modelo cultural de género como *tertium comparationis*, lo que implica que la noción de sujeto jurídico y de derecho se significa a partir de un sujeto particularizado por un rol social⁴³⁰. Luego, consecuentemente, a partir del rol o los roles sociales, se determina la aproximación a la titularidad de los derechos fundamentales y consiguientemente al ejercicio y garantía de éstos derechos por parte del Derecho y de la institucionalidad jurídica.

En el caso de la sentencia Rol 2440, referida a la normativa que reguló el derecho al montepío respecto de los hijos/as de imponentes y jubilados de Ferrocarriles del Estado, los magistrados fundamentan, en dos fallos de minoría⁴³¹, la constitucionalidad de la norma debatida, señalando que la diferencia de requisitos para beneficiar a las hijas mujeres solteras respecto de los hijos varones no constituye discriminación, ya que tal distinción se funda en una realidad de las familias que determina de un modo específico a las mujeres, poniéndolas en una posición diferente, lo que constituye un fundamento de razonabilidad a la distinción contenida en la norma. Esto es, el rol histórico en el hogar de las hijas mujeres solteras como cuidadoras de los padres sería fundamento razonable de la diferencia respecto de los hijos varones. En la argumentación esgrimida, es posible observar que se plantea la constatación de un modelo social respecto de la mujer y de su rol en la familia como fundamento a una normativa proteccionista del sujeto mujer⁴³², sustentada en la noción de estado de necesidad social y del principio de solidaridad, que permitían otorgar prestaciones sociales “para cubrir un estado de necesidad para un grupo determinado y uniforme de personas en una misma situación [en este caso] la mujer desvalida”⁴³³. Esta construcción de la

⁴³⁰ Configuración específica que limita el ejercicio de derechos, como es el caso respecto del derecho al trabajo, ya que las mujeres no son contratadas por que requieren más permisos parentales.

⁴³¹ Fallo de minoría de los Ministros Raúl Bertelsein, Iván Aróstica y María Luisa Brahm y el fallo de minoría del Ministro Hernán Vodanovic.

⁴³² La institucionalidad jurídica configura respecto de determinados sujetos que se ven limitados en el ejercicio y goce de los derechos una normativa protectora como mecanismo para ampararlos ante la situación de minusvalía. Este ha sido el caso de las mujeres, respecto de las cuales el derecho fue desarrollando una normativa de protección por razones de maternidad, de menor fuerza física, de concepción moral o de otras circunstancias que consideró que las configuraban como un sujeto más débil. El derecho antidiscriminatorio ha construido distintas herramientas jurídicas, que se fundamentan no en amparar o proteger a los sujetos, si no en establecer mecanismos que permitan enfrentar o superar las condiciones de discriminación para asegurar el goce y ejercicio igualitario de los derechos, este es el caso de la acción positiva.

⁴³³ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2440, considerando 13 del voto de minoría del Ministro Hernán Vodanovic.

subjetividad del sujeto mujer, de un modo similar que en el planteamiento anterior del rol de madre cuidadora, valida y naturaliza un estereotipo de la mujer: el de mujer desvalida, la que es carente de capacidad de generar recursos propios y ser autovalente, que implica una concepción de inferioridad de la mujer.

d) Análisis de discriminación de las normas estudiadas en las sentencias.

Los permisos parentales son permisos establecidos por la legislación laboral en beneficio de las madres y de los padres que trabajan (inicialmente eran solo para las primeras) y que tienen hijos/as que requieren cuidados específicos, por razones de edad o de enfermedad, y permiten al trabajador/a ausentarse temporalmente del trabajo, conservando su puesto de trabajo e incluso su remuneración. Los permisos parentales han ido variando en la legislación en cuanto a su contenido y alcance, inicialmente se concedían sólo a la mujer trabajadora embarazada antes del parto (el número de días o semanas ha ido variando y no existe en todas las legislaciones) y después del parto. La razón del primero era la salud de la madre y la del segundo, el cuidado del recién nacido. Posteriormente, en algunas legislaciones se estableció un permiso para la madre trabajadora en caso de enfermedad grave del hijo/a durante la primera etapa de la vida⁴³⁴. Estos permisos, en ciertas legislaciones, se han extendido también a los padres; ampliación que se ha fundamentado en la eliminación de normativa discriminatoria de las mujeres (los permisos maternales desincentivan la contratación femenina) y la introducción de principios de corresponsabilidad parental.

En este contexto, el postnatal parental⁴³⁵ en Chile es una institución establecida para el cuidado del lactante y el incentivo del apego parental de los hijos/as a sus padres, por lo que pueden

⁴³⁴ La legislación laboral chilena contempla un permiso laboral con goce de remuneraciones por enfermedad grave del hijo/a menor de un año, el cual se hace efectivo a través de una licencia (permiso) médica entregada por el/la médico/a tratante del menor por el tiempo que dure la enfermedad.

⁴³⁵ Al establecerse este permiso como parental, se da cuenta, aunque sea de modo parcial, de diversas indicaciones que el comité de la CEDAW le ha efectuado al Estado chileno sobre la no modificación de la normativa en materia de permisos parentales (de modo que efectivamente sean parentales y no sólo maternales). A modo de ilustración reproducimos el informe del comité de la CEDAW(2012) respecto de Chile, el cual señala:
Estereotipos.

16. Si bien celebra la reciente legislación en la que se establece el permiso posnatal parental en el caso del hombre (Ley Nº 20.545), el Comité sigue preocupando por la persistencia de estereotipos tradicionales en relación con las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad, que refuerzan el papel tradicional de la mujer como madre y esposa, lo que sigue afectando a sus posibilidades educativas y profesionales. ...

17. El Comité recomienda al Estado Parte que:

a) Haga un mayor esfuerzo para prestar asistencia a las mujeres y los hombres a los efectos de lograr un equilibrio entre sus responsabilidades familiares y laborales, entre otras cosas con iniciativas de sensibilización y educación, dirigidas a las mujeres y los hombres para que compartan adecuadamente el cuidado de los hijos y las tareas domésticas; (Comité

tomarlo indistintamente madre o padre, por un periodo máximo de 12 semanas y con un monto máximo de subsidio de 67.4 UF. Este permiso se otorga a continuación del posnatal materno, permiso exclusivo de la madre que se concede luego del parto.

En el caso de las sentencias de las causas Rol 2250 y Rol 2357, lo que se discute es la inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁴³⁶ de la norma que limita el monto del subsidio del permiso posnatal parental, el magistrado constitucional determinó que este es una institución diversa al permiso posnatal por maternidad, por lo que no es inconstitucional el tope del subsidio. Ya que no son situaciones homologables, la diferencia es legítima. La argumentación se circunscribe a distinguir entre ambos permisos, calificando al postnatal maternal de licencia por razones de salud y al segundo de permiso ligado al beneficio del menor, por lo que no es aplicable el beneficio de las licencias médicas que se da en el sector público, en las que no existe tope de sueldo en caso de licencia por enfermedad.

El análisis respecto de la inconstitucionalidad de la norma debe abordarse, según nuestro criterio, teniendo en consideración la institucionalización del beneficio del postnatal parental y cómo esta regulación contribuye a modificar o no el estereotipo tradicional respecto de la responsabilidad del cuidado de los/las hijos/as menores. En ese sentido, se debe analizar si contribuye a mantener o no una situación de discriminación en materia de género. Al respecto es importante hacer referencia al informe del Comité de la CEDAW (citado en *supra* nota 435) que señala que es un paso positivo el establecimiento del permiso posnatal parental para el caso del hombre, pero que, sin embargo, es preocupante la persistencia de estereotipos tradicionales respecto de las funciones y responsabilidades del cuidado en la familia por parte de la mujer, lo que impacta negativamente en sus posibilidades de estudio y trabajo. Desde esta perspectiva, el límite salarial que se aplica al postnatal parental implica una limitación y desincentivo de su uso, - fundamentalmente para los hombres ya que considerando la brecha de salario ellos generalmente tienen mayor salario que las mujeres- lo cual implica que puede operar como refuerzo de la norma cultural y social que determina que las tareas del cuidado son de responsabilidad de la mujer, por

CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). 12 de noviembre de 2012. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. [en línea] <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>> [consulta: 13 marzo 2016]]

⁴³⁶ En enero de 2016, esta norma fue modificada por la ley 20.891, que elimina el tope del subsidio en el caso del postnatal parental respecto de las trabajadoras del sector público, de un modo equivalente al de las licencias por enfermedad para el sector público.

lo que estas se ven compelidas a ser ellas quienes deben tomar este permiso parental, implicando una situación de discriminación indirecta.

Además, dentro del mismo debate de inconstitucionalidad, es posible analizar la norma respecto del daño patrimonial que implicaría esta limitación del monto del subsidio y cómo este infraccionaría el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución). Si se tiene en consideración que la renta de las trabajadoras/es (funcionarias públicas) eventuales beneficiarias/os de este permiso, es bastante más alta que el tope del subsidio, la aplicación de la norma implica que estas deben sacrificar, por un mandato legal, todos sus ingresos que superen el monto del subsidio, lo que supone una importante limitación y restricción de su remuneración para estas trabajadoras. Es importante considerar al respecto, que estas trabajadoras tienen derecho en caso de licencia médica al pago del 100% del ingreso, lo que implica que durante el postnatal maternal reciben la totalidad de su remuneración. De modo complementario a lo señalado, hay que tener en cuenta que al establecer el legislador el posnatal parental como irrenunciable, las trabajadoras están obligadas a aceptar el subsidio completo, ausentándose completamente del trabajo, o, en su defecto, a reintegrarse al trabajo con una jornada parcial y una remuneración proporcionalmente parcial. El hecho de que no puedan renunciar al postnatal parental y reintegrarse con el 100% de su salario, implica que están obligadas a someterse a una normativa cuya aplicación significa una pérdida de su remuneración que puede llegar a más del 50% de su salario⁴³⁷.

Esta norma no sólo refuerza el rol del cuidado de las mujeres, sino que además, implica un importante detrimento patrimonial para las mujeres/madres que deben tomar el post natal parental con la limitación del subsidio. En el marco de estas consideraciones, esta normativa resulta discriminatoria respecto de las mujeres, ya que refuerza el estereotipo de un modelo de cuidado tradicional que descansa en la mujer (vulnerando el artículo 5° letra a de la CEDAW), implicando además una severa restricción salarial que afecta a las mujeres por sobre los varones. Esto redundaría en una pérdida patrimonial que afecta el derecho de propiedad sobre una parte de su remuneración, a la cual tiene derecho en virtud del contrato de trabajo y de las normas de seguridad social que resguardan el derecho a la totalidad de la remuneración por razones de licencias médicas.

⁴³⁷ Esta situación se modificó con la dictación de la ley 20.891 (ver nota anterior).

En el caso de la otra de las sentencias analizadas en este grupo, la causa Rol 2306, en que se debatía la inconstitucionalidad del inciso primero y tercero del artículo 225 del Código Civil que otorgaba preferentemente la tuición, en caso de que los padres vivieran separados, a la madre, el Tribunal Constitucional estimó, que si bien había un trato diferenciado entre hombres y mujeres (padre y madre), este no era discriminatorio, ya que respecto del cuidado personal de los/las hijos/as, unos y otras no están en una situación homologables o equiparable y que la sociedad les asigna un rol distinto que permite fundamentar la diferencia. Específicamente, en la sentencia se señala: "...cabe concluir que la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos no representa por sí misma una vulneración a la garantía de igualdad ante ley, pues aunque introduzca diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país."; y agrega en el considerando siguiente: "...La atribución provisoria del cuidado a la madre, quien usualmente lo conserva en el evento de separación, no hace sino confirmar una práctica arraigada en nuestra sociedad."⁴³⁸ En otras palabras, la realidad y la práctica social configuran circunstancias que determinan que sea diferente el cuidado de la madre al cuidado del padre, por lo que establecer un trato diferenciado respecto de uno y otro, determinando así la preferencia de la madre por sobre el padre en materia del cuidado de los hijos/as, no atenta contra el derecho de igualdad de hombres y mujeres. En este razonamiento, el orden social cultural configura las circunstancias que permiten determinar si los sujetos o las situaciones están en posiciones iguales o equivalentes, de modo que deban ser tratadas de un modo igualitario, o si están en situaciones diferentes y deben ser tratadas de un modo también diferente.

Sin embargo, dentro del mismo modelo (igualdad de trato), pero fundándose en un análisis a partir de la noción de discriminación por razones de sexo, es posible llegar a una conclusión contraria a la que arribó el voto de mayoría del Tribunal Constitucional. En efecto, tal como se señala en el voto de minoría de esta sentencia: "... que [la] Convención [CEDAW] entiende que los dilemas de la discriminación contra la mujer están sostenidos en una cultura de estereotipos contra la cual hay que luchar. En esa perspectiva, la familia, el matrimonio y los patrones de crianza de los hijos son una continua fuente de diferencias culturales que terminan impactando en el ejercicio de los derechos civiles de los integrantes de una familia." Y luego agrega, "...esta regla [la preferencia por la madre en el cuidado de los hijos] facilita la elusión de responsabilidades

⁴³⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2306, considerandos 15 y 16.

parentales del padre puesto que la separación deviene indefectiblemente en custodia maternal...a la madre le toca quiera o no quiera, pueda o no pueda [el cuidado de sus hijos/as menores].⁴³⁹” A partir de una construcción de la noción del sujeto hombre y del sujeto mujer (en este caso referido a la subjetivización y rol social), basada en los estereotipos de los patrones culturales de una sociedad, se determina el modo del ejercicio de los derechos civiles (vinculados al ámbito privado familiar) de los miembros de una familia, cargando a la mujer con las obligaciones de cuidado familiar (en este caso sus hijos/as) y liberando al hombre de la obligación de asumir primordialmente una responsabilidad en materia de cuidado, pudiendo incluso eludir legal y legitimadamente dichas responsabilidades. Ello configura una realidad de discriminación, ya que establece respecto de las madres obligaciones y cargas que respecto de los padres no establece, no existiendo causa alguna que justifique tal trato diferenciado, salvo la distinción estereotipada de roles sexuales de la mujer responsable de las tareas del cuidado.

Este caso no sólo receptiona un estereotipo cultural que discrimina, sino que la propia norma en sí discrimina, porque perpetúa un orden social que implica que las mujeres son ante todo y tienen por definición un rol social de cuidadoras y los hombres no. Situación que implica no sólo una carga de obligaciones específicas para las mujeres, que son naturalizadas como propias o preferentes, de las que los hombres quedan eximidos, sino que además, perpetúa su asignación-rol social a la esfera privada doméstica (cuidadoras).

Basándose en la fundamentación recién planteada, la norma analizada resulta inconstitucional, ya que –por una parte- al asignar preferentemente el cuidado de los/las hijos/as menores a la madre por sobre el padre, quebranta el derecho de igualdad de mujeres y hombres, en la medida que establece un trato diferenciado entre madres y padres sin causa alguna que lo justifique, salvo la distinción estereotipada de roles sexuales de la mujer responsable de las tareas del cuidado; y por otra, porque perpetúa un orden social para la mujer que implica discriminación en su libertad, autonomía y ejercicio de sus derechos fundamentales.

La causa Rol 2320, por su parte, se refiere al cuestionamiento de la constitucionalidad de las expresiones “de la forma que determine el reglamento” e “inválido”, contenidas en el artículo 3°, letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N°150 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, referido al Sistema Único de Prestaciones Familiares. Esta norma contiene la regulación de un beneficio

⁴³⁹ *Ibid.*, considerandos 20 y 23 del voto de minoría ministros Carmona, García y Brahm.

para los/las cónyuges que no trabajen de los/las funcionarios del escalafón diplomático de la Cancillería destinados a una representación diplomática fuera del país. El artículo 3°, letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N°150 del Ministerio del Trabajo y Previsión establece específicamente que los cónyuges varones de las funcionarias del escalafón diplomático solo pueden recibir la asignación, si además de cumplir los requisitos generales, están en condición de invalidez.

La sentencia Rol 2320 limita el análisis a la evaluación de "...si la diferencia de trato entre el cónyuge hombre y la cónyuge mujer....tiene o no una justificación razonable en atención,...a la finalidad de ésta..."⁴⁴⁰ (de la asignación familiar), para así determinar si la norma contraviene el derecho constitucional a la igualdad. En el considerando subsiguiente, se plantea que conforme a lo que consagra el artículo 19 n°2 de la Constitución Política, particularmente en lo referente al reconocimiento expreso de que hombres y mujeres son iguales ante la ley; en caso de que el criterio para establecer diferencia de trato sea el sexo, la razonabilidad de la justificación debe ser especialmente fuerte⁴⁴¹; y en este caso concreto, el Tribunal Constitucional concluye que la razonabilidad de la diferencia entre hombres y mujeres no es suficiente, por lo que se acoge la acción presentada de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Si bien en este caso se acoge la pretensión de declaración de inaplicabilidad de la norma por inconstitucionalidad, fundado en la arbitrariedad de la diferenciación entre hombres y mujeres, en la sentencia no se abordan los temas de fondo que subyacen a esta diferenciación y que la hacen efectivamente arbitraria y, por lo mismo, discriminatoria por razones de sexo; tanto desde la perspectiva de la noción que se plantea en el artículo primero de la CEDAW como de la noción de discriminación estructural. En efecto, la norma en cuestión plantea un modelo cultural de género, según el cual el hombre (cónyuge varón) es el proveedor económico (trabajador asalariado) y la mujer (cónyuge mujer) no está obligada a trabajar asalariadamente, por lo que no requiere situaciones de excepcionalidad para ser beneficiaria de una prestación de seguridad social derivada del cónyuge trabajador. El marido, en cambio, requiere cumplir con un requisito extra para obtener el beneficio de la seguridad social, que es el de invalidez, de manera de ser liberado por la vía de la imposibilidad de trabajar de su condición de proveedor. Esta noción y subjetivización de los sujetos, no hace más que mantener y refrendar un modelo de estereotipo social respecto de la mujer casada, en el sentido de que ella puede o no ser trabajadora asalariada,

⁴⁴⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 2320, considerando 13.

⁴⁴¹ *Ibid.*, considerando 15.

puesto que su condición natural es la dependencia económica del marido. En consecuencia, la mujer está habilitada per se para recibir un beneficio social por el trabajo de su cónyuge, a diferencia del hombre que para eximirse de su condición “natural” de proveedor y recibir un beneficio por el trabajo de su mujer, debe estar inhabilitado por razones de invalidez. Esta concepción consagra un modelo de construcción cultural respecto de la mujer casada que la concibe como un sujeto dependiente y subordinado económicamente de su cónyuge, configurando discriminación hacia la mujer, ya que la perpetúa conceptualmente como sujeto no autónomo y dueño de una ciudadanía económica limitada.

La última sentencia, Rol 2440, solicitaba la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la letra c del artículo 3º de la ley 12.522, que concede a los imponentes y jubilados de la Caja de Retiro y Previsión Social de Ferrocarriles del Estado y de la empresa de los Ferrocarriles del Estado el derecho a causar montepío en beneficio de sus hijos/as hasta la mayoría de edad o 21 años si estudiaban, precisando que las mujeres en caso de ser solteras recibirían el beneficio señalado sin límite de edad. El Tribunal Constitucional debatió, desde una perspectiva más de fondo, la inconstitucionalidad de la norma en dos fallos de minoría, en los cuales se fundamenta la constitucionalidad de la diferencia que se efectúa entre hijas mujeres solteras e hijos varones, ya que en este caso no se rompería con la igualdad de trato, pues los sujetos no estarían en una situación de igualdad. El fundamento específico es que la realidad de las familias y el rol histórico en el hogar de las hijas mujeres solteras como cuidadoras de los padres determina de un modo específico a las mujeres, poniéndolas en una posición diferente que a sus hermanos varones (que no tienen la responsabilidad de las tareas del cuidado), lo que constituye un fundamento de razonabilidad a la distinción contenida en la norma. Este rol diferente de género, según el presupuesto de la norma, implica que como las mujeres deben asumir una actividad de cuidado al interior del hogar, se ven limitadas en la posibilidad de casarse e incluso de realizar un trabajo remunerado, lo que implica que respecto de las mujeres se constituye una realidad específica: “la de la mujer desvalida”, sujeto al cual es necesario amparar en el ordenamiento jurídico en virtud del principio de solidaridad. El análisis de la normativa desde la concepción de discriminación de género es complejo, ya que por una parte esta normativa se funda en un estereotipo de género que implica reforzar un rol social de la mujer que contribuye a su minusvalía y subordinación, por otra, sin embargo, esta construcción subjetiva del sujeto mujer fue (y en ciertas realidades aún es) una realidad que implica efectivamente una condición de minusvalía social para las mujeres,

frente a la cual la institucionalidad de seguridad social debe diseñar prestaciones sociales para evitar su desamparo. En este contexto, lo primero sería plantear que esta legislación consolida un modelo de discriminación contra la mujer y, en ese sentido, es una norma inconstitucional, ya que viola el derecho de igualdad. Para proteger a aquellas mujeres que efectivamente se encuentren en condiciones de minusvalía social, lo pertinente es el diseño una normativa estructural de protección social, que otorgue beneficio de pensión respecto de los sujetos (sin distinción de género) que se encuentren en una situación de desamparo, sin que esta deba configurarse sobre la base de estereotipos que consoliden modelos de discriminación o subordinación.

Respecto del conjunto de sentencias referidas a la licencia de post-natal parental, al derecho a la asignación familiar en el caso de las funcionarias de Cancillería y a la del montepío de las hijas solteras de la Caja de Ferrocarriles, es posible señalar, considerando la temática común de todas estas referida al sistema de seguridad social, que la perspectiva de la ciudadanía y derechos de las mujeres no se aborda en el análisis para fundamentar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la correspondiente normativa. Esto es, en las sentencias y su argumentación no se desarrolla un análisis que considere al sujeto mujeres para evaluar el efectivo ejercicio de la ciudadanía vinculada a los derechos que derivan de un sistema de seguridad social. No hay una revisión respecto del régimen de seguridad social en cuanto a si este es permeado o no por la subjetividad de las mujeres y como ello determina el ejercicio de ciudadanía de estas en materia de seguridad social, referido a las diversas materias que se consideraban en cada una de las sentencias, estos permisos parentales, asignación familiar a los cónyuges de mujeres trabajadoras y montepío para las hijos solteras o viudas. De igual forma este mismo criterio es aplicable al grupo de sentencias vistas en el acápite anterior ya que ellas al igual que las recién mencionadas hacen referencia específica a un área del sistema de seguridad social.

Volviendo a las sentencias de este grupo, es posible referirse brevemente a la sentencia referida al artículo 225 del Código Civil, sobre el derecho al cuidado personal de los hijos e hijas, el cual al determinar que no atenta contra el derecho de igualdad que sean las madres quienes tienen el derecho preferente al cuidado personal de los hijos e hijas respecto de los padres, con ello sólo se está reforzando y validando el modelo de la mujer responsable del cuidado. En el capítulo anterior se analizó como la construcción social de las mujeres en el actual modelo de orden social actúa como una limitante de la configuración de la ciudadanía plena de las mujeres; esta sentencia al no

cuestionar el modelo dominante, valida un rol y una función femenina que limita el ejercicio de ciudadanía, ya que la encasilla y circunscribe a la esfera privada/doméstica.

Para cerrar el análisis de este grupo de sentencias referidas a derecho de familia, es posible concluir de un modo general, que en las cinco sentencias estudiadas, la normativa respecto de la cual se debatía el reproche de constitucionalidad, se configura sobre una concepción estereotipada del sujeto femenino que expresa una construcción social/cultural de subordinación de la mujer, definida a partir de roles que ejerce en la esfera privada: la mujer madre cuidadora, la mujer “carga” social del marido trabajador, la mujer cuidadora de sus padres, la mujer desvalida. Esta normativa, al recepcionar esta construcción del sujeto femenino que refuerza y mantiene un rol tradicional y subordinado de la mujer limitando su configuración de sujeto pleno (es limitada al estereotipo) y, a su vez, el ejercicio y goce igualitario de los derechos, configura discriminación contra la mujer violando el derecho de igualdad y reforzando una ciudadanía que no incorpora a las mujeres.

1.1.3. Sentencia referida a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del decreto del Ministerio de Salud que regula la contracepción de emergencia.

a) El requerimiento.

La sentencia Rol 740 resuelve el requerimiento que solicita se declare la inconstitucionalidad de 1. “Sección C: Tecnología Anticonceptiva”: a: Punto 3.3 Anticoncepción Hormonal de Emergencia, y b) Párrafo 4 “Anticoncepción no Hormonal”, punto 4.1.1. “Dispositivos intrauterinos”; 2. Sección D: Anticoncepción en Población Específica”; 3. Sección D punto 1 “Anticoncepción para Adolescentes”, todas materias del Decreto Supremo Reglamentario n°48 del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad” y que a juicio de los requirentes son contrarias a los artículos 5°, inciso segundo, 6°, 7°, y 19°, numerales 1 y 26, de la Constitución Política. La impugnación del decreto supremo aludido se centra específicamente en la inconstitucionalidad de que adolecerían ciertos métodos de anticoncepción hormonal, denominados de emergencia y conocidos comúnmente como “píldora del día después”, ya que

tendrían una función abortiva que resultaría contraria a los preceptos constitucionales mencionados⁴⁴².

b) Debate y fundamentación. La ausencia del sujeto femenino.

El debate en este caso y la fundamentación de la sentencia del voto de mayoría se planteó desde la concepción de la subjetividad del *nasciturus*, por lo que la argumentación se estructuró también desde esta perspectiva, debatiéndose respecto de la naturaleza de la anticoncepción hormonal de emergencia y sus eventuales consecuencias abortivas. Para determinar esto último, se discutió respecto de cuál es el momento en el que se fija el inicio de la vida humana en el útero materno y cuál es el efecto o mecanismo con el cual la sustancia que contiene este anticonceptivo impedía el inicio o continuación de una fecundación y en qué momento preciso ello ocurría⁴⁴³. A continuación, se discutió y analizó la protección constitucional de la vida en el ordenamiento nacional, y particularmente la protección del que está por nacer⁴⁴⁴, si el *nasciturus* es o no titular de derechos fundamentales y si el aborto respecto del *nasciturus* es o no un ilícito constitucional⁴⁴⁵. En este contexto y para determinar con mayor precisión el alcance del derecho a la utilización del contraceptivo hormonal de emergencia, se debatió sobre las normas nacionales referidas a la regulación de la fertilidad y la duda razonable de afectación del derecho a la vida⁴⁴⁶.

Lo que jamás fue parte del debate ni fundamentación en esta sentencia, sin embargo, fue la consideración de las mujeres como sujetos de derechos. Por lo mismo, sus derechos y subjetividad no estuvieron presentes en el debate sobre la constitucionalidad de la norma que regulaba la contracepción de emergencia. Así, no se abordó en la fundamentación, respecto de las mujeres, el principio de dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el derecho de libertad ni el derecho de autodeterminación como persona; ni tampoco la discusión sobre los derechos sexuales y reproductivos⁴⁴⁷ y cómo estos afectan el derecho a la

⁴⁴² Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 740, II Rectificación del Requerimiento pp. 3-4 y considerando 18.

⁴⁴³ *Ibid.*, considerandos 26 a 34.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, considerandos 40 a 60.

⁴⁴⁵ Al respecto, ver tesis doctoral de Verónica Undurraga "Propuesta interpretativa del mandato de protección del que está por nacer bajo la constitución chilena en el contexto de la regulación jurídica del aborto"; publicada bajo el nombre Aborto y Protección del que está por nacer en la Constitución chilena, Santiago, 2013.

⁴⁴⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 740, *op cit.*, considerando 61 a 70.

⁴⁴⁷ Del conjunto de derechos señalados, algunos de ellos, como el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad, a la intimidad y a la salud, están expresamente consagrados en el texto de la Constitución chilena en los n° 1, 2, 4, 7 y 9 del artículo 19, los otros a los que se hace referencia, se encuentran recepcionados en diversos tratados de derechos humanos ratificados por Chile, por lo que en virtud de lo establecido en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución tienen vigencia en Chile.

contracepción de las mujeres, particularmente de la manera como está consagrado en la CEDAW en su artículo 10 letra h, referido a asegurar el acceso a la información y asesoramiento sobre planificación familiar⁴⁴⁸. Por último, tampoco se debatió sobre si la delimitación del derecho de acceso a sistemas contraceptivos a las mujeres implica o no obligarlas a una determinada condición que configuraría una situación de discriminación por razones de sexo⁴⁴⁹. Sólo en los argumentos planteados en el voto de minoría del ministro Vodanovic, es posible encontrar argumentos que analizan la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva de los eventuales derechos del *nasciturus* y los derechos de la mujer.

Garantizar el acceso del sujeto mujeres a sistemas contraceptivos les permite a éstas decidir respecto del ejercicio de su sexualidad y del embarazo y la maternidad libre y voluntaria, es decir, plantearse a la mujer desde su subjetividad y sus derechos. En un contexto de contracepción de emergencia, la mujer enfrenta una situación extrema, ya que existe una circunstancia no previsible, que de no tomar medidas, la conducirá con una alta probabilidad a una situación de embarazo y posterior maternidad. A nuestro juicio, negar el acceso a sistemas contraceptivos supone colocar a las mujeres en una situación en que el ejercicio de su sexualidad se ve interferido, conculcándosele cierta expresión del derecho a la intimidad y negándosele el derecho a decidir libremente sobre el embarazo y maternidad. Todo esto colisiona de manera evidente con su derecho a la vida e integridad, que como sabemos abarca la integridad física y psíquica de una persona: en un embarazo no deseado y una maternidad asumida en esas condiciones, se ve afectada tanto la integridad física (embarazo, parto y maternidad) -aunque sea de un modo biológico- y la integridad psíquica de la mujer embarazada/madre (lo que no ocurre con el padre). Por otra parte, colisiona también con su derecho de libertad y libre autodeterminación como persona, ya que la procreación humana (en este caso embarazo y maternidad) son hoy decisiones libres y voluntarias de los sujetos, y particularmente de las mujeres, ya que en ellas, en sus cuerpos, ocurre la gestación, embarazo y parto. Además, no sólo las afecta por el rol específico que les cabe en términos procreativos sino también respecto de la mayor responsabilidad que tienen en la crianza y cuidado de los/las hijos/as, ya que como hemos visto reiteradamente, por

⁴⁴⁸ Señala expresamente la CEDAW en su: "Artículo 10 h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia."

⁴⁴⁹ Los hombres no se embarazan, la paternidad toma el carácter de voluntaria (aunque existan pruebas biológicas de paternidad) y respecto de ella no hay determinación cultural impositiva.

razones de construcción cultural (género), la principal preocupación por el cuidado de los hijos/as recae en las mujeres.

Los derechos sexuales y reproductivos ni siquiera fueron considerados en el análisis por el fallo de mayoría, ni tampoco en algunos votos disidentes⁴⁵⁰. El acceso libre e informado a todos los métodos de contracepción y particularmente a los de emergencia es un derecho de los seres humanos. Los derechos sexuales y reproductivos se configuraron como planteamiento teórico normativo por el movimiento de mujeres en la década del 80 del siglo XX, planteándose que la reproducción humana, dado el avance del conocimiento y el desarrollo de sistemas y políticas públicas contraceptivas, es un acto voluntario, y por lo mismo, es un derecho de los seres humanos y particularmente de las mujeres el decidir libre y voluntariamente si tener hijos/as o no y en qué número. En este sentido, se debe garantizar el acceso a material informativo y asesoramiento sobre planificación familiar⁴⁵¹, y es por ello que la CEDAW en su artículo 10 letra h, consagra que con el fin de asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los Estados

⁴⁵⁰ Los derechos sexuales y reproductivos en Chile no se encuentran explícitamente establecidos en la Constitución, ni en general regulados por ley, sino que fundamentalmente corresponden a normativas de carácter administrativo. Ello es manifestación de la poca entidad que a estos derechos les concede la institucionalidad chilena, lo cual respecto del sujeto mujer y considerando su capacidad específica de gestar, es expresión de que su subjetivización no se expresa en la noción de sujeto jurídico y de derecho. Este déficit no sólo se expresa en el derecho nacional sino que en general estos derechos no están explícitamente recepcionados en los textos constitucionales, así como legales, siendo aun mayoritariamente reglamentados por normativa administrativa.

⁴⁵¹ Los derechos fundamentales y libertades en esta materia se refieren principalmente a los derechos sexuales y reproductivos. Los primeros consideran el derecho humano de la mujer a tener control respecto de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libre y responsablemente sobre estas materias sin verse sometida a coerción, discriminación o violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre en relación a las relaciones sexuales y a la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual (Plataforma para la Acción, Párrafo 96, IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres Beijing). Los derechos reproductivos, por su parte, se estructuran sobre la base del principio de que los sujetos y las parejas deciden libre y responsablemente el número de hijos/as que quieren tener y la frecuencia de los nacimientos, para lo cual deben disponer de la información, la educación y los medios para ello. La CEDAW consigna al respecto, que los Estados Partes deben tomar todas las medidas necesarias para garantizar que la mujer tenga "...los mismos derechos para decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento entre ellos, y a tener acceso a la información, a la educación, y a los medios que le permita ejercer estos derechos" (Artículo 16). A su vez, el Estado debe eliminar la discriminación contra la mujer en el campo del cuidado de la salud, garantizando "el acceso a los servicios para el cuidado de la salud incluyendo aquellos relacionados con la planificación familiar" (Artículo 12). También los Estados tienen la obligación de "prevenir la discriminación contra la mujer sobre la base del matrimonio o de la maternidad...garantizando su derecho efectivo al trabajo" (Artículo 11.2). El Estado debe adoptar medidas para garantizar que la mujer tenga "acceso a la información educativa específica que le ayude a garantizar la salud y el bienestar de la familia, incluyendo información y asesoría sobre planificación familiar (Artículo 10), y que la "la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social" (Artículo 10.1). Estos derechos se encuentran referidos en los documentos internacionales: Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos – Viena 1993; Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo – El Cairo 1994; Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres- Beijing 1995 y en El Estatuto de la Corte Penal Internacional – Roma 1998.

Miembros deben, entre otras cosas, garantizar a la mujer el acceso a información y asesoría sobre programas de planificación familiar.

Por último, respecto del tema debatido en la sentencia Rol 740, una cuestión fundamental es analizar si la relación entre el sujeto mujeres y la limitación de acceso a sistemas contraceptivos constituye una restricción basada en el sexo, que tenga por resultado el menoscabo o la falta de reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴⁵², configurando así una situación de discriminación en contra de la mujer. En efecto, la construcción cultural de género de la mujer la determina en un rol primario de procreadora y madre y, por lo mismo, de responsable primordial de la reproducción humana y del *nasciturus* que se desarrolla en su vientre en caso de embarazo. A partir de una construcción cultural, se configura como una y la misma cosa el hecho biológico del embarazo en la hembra de la especie humana con la construcción social de madre, por una parte, y por otra, se determina un modelo en que la mujer embarazada es abstraída de su condición de sujeto (de sujeto de derecho), para convertirse en portadora del *nasciturus*, por lo que el debate de los derechos es negado respecto de ella, planteándose sólo en relación al embrión. Así, se configura una concepción estructurada por las nociones de embarazo, maternidad y *nasciturus*, que determina al sujeto mujeres respecto de la forma en que puede acceder y ejercer su derecho a la vida e integridad física y derecho de libertad y autonomía⁴⁵³ y sus derechos sexuales y reproductivos.

Siguiendo la argumentación presentada en los párrafos anteriores, en este caso era posible (y necesario) abordar el debate de inconstitucionalidad planteado también desde la noción del sujeto y la construcción socio-cultural que de este se realiza, de modo de abordarlo desde una perspectiva más amplia que contemple a todos quienes podrían ver conculcados sus derechos fundamentales con la restricción al acceso de la anticoncepción de emergencia: mujeres y

⁴⁵² Artículo primero de la CEDAW.

⁴⁵³ En esta línea puede circunscribirse el debate entre diversos sectores respecto del alcance y limitaciones de los derechos de las/los adolescentes a acceder a los diversos sistemas contraceptivos que establece la normativa vigente, incluida la contracepción de emergencia (debate que se dio en tono a la píldora del día después y a la ley 20.418 en materia de regulación de fertilidad). Desde ciertos planteamientos, se sostiene que permitir autónomamente el acceso de las adolescentes a los dispositivos y mecanismos de contracepción, especialmente los de emergencia, significa coartar el derecho preferente y el deber de los padres, consagrado constitucionalmente, de educar a sus hijos, ya que este derecho incluye la educación sexual y la formación sobre sexualidad y afectividad. En este argumento, lo que se configura es un modelo de sexualidad y maternidad referido a los adolescentes, que implica configurar normativamente el embarazo adolescente desde la concepción de que las (y eventualmente los) adolescentes no pueden libremente y autónomamente decidir sobre el eventual riesgo de un embarazo y el acceso a la contracepción, especialmente la de emergencia. Se configura así una lógica discriminadora respecto de la autonomía de las/los sujetos adolescentes y la decisión de prevenir o limitar el eventual embarazo.

nasciturus. El debate central en la sentencia es el referido a cuál es el alcance de la expresión “proteger los derechos del que está por nacer”, que involucra en realidad tres debates.

Por una parte, si el *nasciturus* es sujeto o no, o si es una entidad jurídica; por otra parte, a partir de qué momento el *nasciturus* es tal y por lo tanto es constitutivo de protección y, por último, qué implica protegerlo y qué entidad debe asumir esta protección, es el debate que determina esta sentencia, sin entrar en el detalle específico, al respecto es posible señalar que la concepción que sostienen que la subjetividad del concebido no nacido, posición dominante en este debate, manifiesta una visión de género ya que su planteamiento implica como correlato la negación de la subjetividad del sujeto mujeres. Esto es en este debate como en los que se sostienen en materia de aborto el planteamiento respecto de la protección del feto como titular del derecho a la vida se sustenta no en una interpretación normativa, ya que no existe en el ordenamiento jurídico nacional normas que los sustenten, es más las hay que lo descartan (a modo de ejemplo se puede señalar las normas de los artículos 74 a 77 del Código Civil chileno), sino que obedece a una concepción ideológica respecto de la maternidad. En la sentencia del voto de mayoría, no se abordó en ningún momento la relación de entre el tema debatido con el sujeto mujeres (o eventualmente el sujeto hombre) y los derechos fundamentales de éstas (y eventualmente de aquellos) que pudieren verse vulnerados. De cara a esta ausencia, nos parece importante destacar la complejidad que implica -respecto de los derechos de las mujeres en materia de contracepción- la omisión del debate del sujeto y cómo su incorporación hace posible otra perspectiva que, a nuestro juicio, pudo haber conducido a un fallo inverso, que no hubiera declarado la inconstitucionalidad de las normas del reglamento referidas a la contracepción de emergencia. Esto último, de hecho, fue exactamente lo que ocurrió en el voto disidente del magistrado constitucional Vodanovic, quien argumentó que el recurso debía ser rechazado, fundándose en un razonamiento desarrollado a partir de la noción de sujeto de derechos, particularmente respecto al libre desarrollo de la personalidad de la mujer y de los derechos sexuales y reproductivos.

Las ausencias de este debate no sólo implican la omisión del sujeto mujeres sino que también la negación al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, los que si bien en la legislación nacional sólo tienen regulación a través de normas administrativas, es posible encontrar mayor entidad normativa por la vía del bloque de constitucionalidad el cual permite fundar el debate fundamentalmente en la CEDAW, la que como se ha señalado en su artículo 12 establece que debe garantizarse de modo igualitario el acceso a servicios médicos incluidos los

que se refieren a planificación familiar incorporando por esa vía el acceso a salud reproductiva, tema de fondo que estaba a la base de la problemática analizada en este caso, el cual ni siquiera se abordó, salvo en el voto minoritario ya indicado.

2. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se revisaron los fallos dictados hasta diciembre de 2014 y se escogieron para su análisis todos aquellos casos en que se considera vulneración de derechos fundamentales solo del sujeto mujeres o que una parte sustancial analice la vulnerabilidad de derechos referidas a éstas; al respecto es importante señalar que la elección de las sentencias se realizó teniendo en consideración que el sistema interamericano ha desarrollado en su jurisprudencia un modelo en materia de derechos de la mujer, ya que ha abandonado el planteamiento hegemónico en el derecho de la neutralidad en la aplicación de las normas, aceptando afectaciones de derechos que pueden ser diferenciadas por género y/o tener impacto diferenciado según consideraciones de género. Así, se examinaron seis casos: Caso Penal Miguel Castro Castro vs Perú (serie C n° 160), Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México (serie C n° 205), Caso Fernández Ortega y otros vs México (serie C n° 215), Caso Rosendo Cantú y otra vs México (serie C n° 216), Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala (serie C n° 250) y Caso Artavia Murillo (“Fecundación *in Vitro*”) vs Costa Rica (serie C n° 257).

Estas sentencias se ordenan para su análisis en cuatro grupos. El primero contempla dos casos: Penal de Castro Castro y Caso Masacres de Río Negro, referidos ambos a situaciones de violencia de género en el marco de conflictos armados internos y violencia política social. El segundo abarca el caso denominado “campo algodonoero”, en el cual se analiza la ocurrencia de una serie homicidios de mujeres como producto de la existencia de un patrón de violencia contra la mujer. El tercero comprende dos casos, Caso Fernández Ortega y Caso Rosendo Cantú, ambos referidos a la comisión del delito de violación sexual contra una mujer indígena por parte de integrantes de una patrulla militar, los cuales son abordados como actos de violencia contra la mujer. El cuarto se refiere a la sentencia denominada “Fecundación *in vitro*”, en la que se analiza si hay vulneración de derechos fundamentales por la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica de marzo del año 2000, que declara inconstitucional la técnica de fertilización asistida Fecundación *in vitro*, que a partir de entonces dejó de practicarse en Costa Rica.

2.1. Sentencias

2.1.1. Sentencias: Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú y Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala.

a) Los casos.

En el caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú, se discute la responsabilidad del Estado peruano por la muerte y apremios ilegítimos cometidos en contra de personas reclusas en el penal Miguel Castro Castro (Lima Perú) en el marco de la ejecución del denominado “Operativo Mudanza 1”, ordenado por el gobierno para ser ejecutado en el recinto penitenciario antes mencionado. El denominado “Operativo Mudanza 1” se inició en el pabellón 1A donde había mujeres reclusas y luego se extendió a un pabellón vecino (4B), en el cual estaban reclusos hombres, resultando, al finalizar los dos días que duró el operativo, al menos 42 internos muertos, 175 heridos y 322 internos sometidos a un trato cruel, inhumano y degradante⁴⁵⁴. Este caso es el primero en que la Corte IDH consideró la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, fundado en los hechos de violencia cometidos en el penal contra las mujeres reclusas, tanto en el lugar mismo, como posteriormente en los centros hospitalarios donde fueron derivadas. Específicamente, se discutió la responsabilidad por la violación al derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la protección judicial conforme se establece en la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁵⁵.

En el Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala, se discute la responsabilidad del Estado guatemalteco, en lo fundamental, en la violación de los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la circulación y residencia, garantías judiciales y protección judiciales, por los hechos de los ataques cometidos contra diversas comunidades del pueblo indígena maya, que implicaron la desaparición forzosa, agresiones sexuales masivas, trabajo en condiciones de esclavitud, apremios ilegítimos, desplazamiento forzado de sus integrantes y la destrucción de estas comunidades. El conflicto se da específicamente respecto de un conjunto de comunidades del pueblo maya ubicadas en la cuenca del Río Negro, lugar donde se emplazó una represa, cuya obra y posterior inundación de tierras implicó forzar el desplazamiento de las comunidades por

⁴⁵⁴ CIDH Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n° 160 párr.3.

⁴⁵⁵ Artículos 4°, 5° y 8° Convención Americana sobre Derechos Humanos.

parte del ejército. En ese contexto, se produjeron el conjunto de violaciones de los derechos fundamentales de los comuneros pertenecientes al pueblo maya.

En estos casos cabe destacar la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, (en adelante Convención Belém do Pará), la cual permite abordar la violencia contra la mujer como una forma particular y específica de discriminación, fundándose en una concepción de inferioridad o subordinación de las mujeres en la sociedad. Así la Corte IDH cuenta con un instrumento jurídico que permite abordar la configuración del sujeto de derecho, del sujeto vulnerado, considerando las subjetividades que lo constituyen en su construcción de género, particularmente cuando la Convención consagra el derecho a una vida libre de violencia, que implica libre de toda forma de discriminación y que la mujer sea valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación⁴⁵⁶; lo que se complementa con la propia definición que la Convención da en su artículo 1º de violencia: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

En los casos estudiados, los jueces de la Corte IDH en su argumentación y fundamentación analizaron si los hechos ocurridos implicaron la violación de los derechos fundamentales de las mujeres asesinadas, torturadas o lesionadas en su integridad física o psíquica, fundada en razones de género. En otras palabras, debían determinar si los hechos de violencia contra las mujeres, que ocurrieron en los casos que se analizan, se basaban en una concepción de inferioridad o subordinación de éstas (discriminación estructural) y si ello constituye la base (su origen como validación) de tal violencia. A continuación examinaremos cómo en uno y otro caso se abordó el raciocinio y la fundamentación de la configuración de violencia de género.

⁴⁵⁶ Artículo 6 de la Convención Belém do Pará.

b) Análisis de la fundamentación de la violencia de género en el caso del Penal Miguel Castro Castro.

En este caso la Corte IDH considera por primera vez en su jurisdicción⁴⁵⁷ que la violencia ejercida contra las mujeres configura una situación específica; que la violencia, la tortura, los tratos inhumanos, crueles y degradantes que se ejercen contra las mujeres tienen un elemento particular vinculado con el sistema de subordinación y jerarquía de los sexos⁴⁵⁸. La Corte, en mérito de los hechos que se probaron en el juicio y considerando las características que tuvo la violencia contra las reclusas, determinó que existió un patrón de violencia que quebrantó los derechos fundamentales de las mujeres víctimas en los términos de la Convención ya citada. Vemos aquí como la Corte IDH comienza a configurar un modelo en el cual la aplicación de la normativa y la interpretación de las mismas no es necesariamente neutral y que es posible abordar los derechos de modo diferenciado conforme a la perspectiva de género en relación a la realidad en los que estos se aplican. Así, en la parte expositiva de la sentencia, señala respecto de las situaciones de violencia que se produjeron dentro del penal: "...[que] la Corte IDH tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente que los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido...que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como «un medio simbólico para humillar a la parte contraria».”⁴⁵⁹

Los hechos que dieron origen al presente caso se refieren a un ataque realizado por fuerzas del Ejército peruano en contra de reclusas y reclusos pertenecientes al partido comunista del Perú Sendero Luminoso (en adelante Sendero Luminoso), que se encontraban procesados o condenados en la cárcel de máxima seguridad Penal Miguel Castro Castro en el marco del conflicto armado ocurrido en Perú entre los años 1980 hasta noviembre de 2000. Los días 6 a 9 de mayo de 1992, en el señalado penal, donde se encontraban reclusos fundamentalmente hombres y

⁴⁵⁷ El caso Maria Da Penha (abril 2001) será el primero ante la CIDH donde se aborda la violencia doméstica como una violación a los derechos humanos de las mujeres. Caso 12.051, MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES, BRASIL, 16 de abril de 2001.

⁴⁵⁸ De esta manera, se recoge lo que la Convención Belém do Pará plantea en el preámbulo, específicamente el párrafo 2º del preámbulo de la Convención señala: “Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;...”.

⁴⁵⁹ CIDH Caso del Penal Miguel Castro... *op. cit.*, párr. 265.

mujeres pertenecientes a Sendero Luminoso, fue atacado el pabellón 1A de mujeres y posteriormente el pabellón 4B de hombres. El ataque por parte de los agentes del Estado se realizó en virtud del denominado “Operativo Mudanzas 1”. Las fuentes oficiales señalaron que el ataque a los pabellones se dio en el marco de una actividad planificada de traslado de reclusas de Sendero Luminoso del pabellón 1A del Penal a otra cárcel de mujeres, ante lo cual se produjo un motín carcelario que fue repelido por fuerzas policiales y del ejército, tanto en el pabellón 1A como el pabellón 4B. La Corte IDH constató mediante diversas pruebas adjuntadas al proceso, que no hubo tal motín, sino que el ataque se produjo más bien con la finalidad de atentar contra la vida e integridad de los internos e internas del penal. La Corte concluyó, igualmente, que el “Operativo Mudanzas 1” fue diseñado como parte de la política de amedrentamiento y control de los integrantes de grupos “subversivos” detenidos o condenados, realizada por el gobierno del Perú como parte de su estrategia antisubversiva. Este operativo consistió en un ataque de fuerzas policiales del ejército y de fuerzas especiales (DINOES, UDEX, SUAT Y USE) que tuvo por resultado 41 internos muertos, 190 heridos y 322 reclusos violentados en sus derechos fundamentales⁴⁶⁰.

En el contexto de las violaciones de derechos fundamentales de reclusos y reclusas pertenecientes a Sendero Luminoso presos en el Penal, la Corte, consideró: a) las características con que se manifestó la violencia ejercida contra las mujeres reclusas; b) el conocimiento de que en los conflictos armados, tanto internos como internacionales, las partes confrontadas utilizan la violación de los derechos de las mujeres, particularmente la violencia sexual, como un medio de castigo y represión hacia ellas mismas y, además, como medio para dar un mensaje o lección a determinada comunidad o a la sociedad en su conjunto y, c) que en el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú se estableció que durante el conflicto armado existió una práctica de violaciones de los derechos de las mujeres, particularmente sexual, que tenía como objetivo, castigar, intimidar, presionar, humillar y degradar a la población. Estas consideraciones hicieron posible concluir que los diversos actos de violencia cometidos contra las mujeres reclusas en el asalto al pabellón 1A y al pabellón 4B respondieron a un patrón de violencia contra la mujer en conflictos armados.

La Corte IDH señaló que las agresiones a la integridad personal infligidas a las mujeres por los agentes del Estado en el contexto del asalto constituyeron un medio de castigo y represión hacia

⁴⁶⁰ *Ibid.*, párr. 210 a 227.

ellas, agregando que -como ha indicado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, esta discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada”, y que esta abarca “actos que infligen daño, o sufrimientos de índole física, mental o sexual...”⁴⁶¹. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte IDH argumentó luego, que la desnudez forzada a la que fueron sometidos los reclusos, hombres y mujeres, en el hospital al que fueron llevados luego del asalto a los pabellones, “tuvo características especialmente graves para las...mujeres...que se ha acreditado que fueron sometidas a este trato”. Asimismo, considera de la misma gravedad obligarlas a realizar sus necesidades básicas con las puertas abiertas del baño delante de los guardias de seguridad. La consideración de especial gravedad para las mujeres se basa en que además de recibir un trato vejatorio de su dignidad personal, fueron víctimas de violencia sexual, ya que las mujeres desnudas estaban permanentemente rodeadas y siendo observadas por miembros masculinos de las fuerzas de seguridad del Estado. La Convención Belém do Pará determina que la “violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se comenten en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, puede incluir actos que no involucren...contacto físico alguno”⁴⁶².

En esta misma línea, es interesante destacar que la Corte IDH señaló que la violación sexual es una forma de tortura, conforme señala el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y, por lo mismo, la consigna como crimen de lesa humanidad. Específicamente, en la sentencia señaló: “La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable,...la violación sexual es una experiencia...traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable ..., a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”, “con base en lo anterior y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura.”⁴⁶³. Se debe relevar que la Corte IDH establece en esta misma fundamentación que determina la violación como tortura,

⁴⁶¹ *Ibid.*, párr. 303.

⁴⁶² *Ibid.*, párr. 306.

⁴⁶³ *Ibid.*, párr. 311 y 312.

que para que exista el delito de violación no se requiere necesariamente que exista acceso carnal respecto de la víctima, sino que concurren los elementos que configuren una agresión sexual de tal entidad y con tales características que implique una violación sexual respecto de la víctima. En el caso de esta sentencia, se establece que "...la "supuesta" inspección vaginal dactilar..." a que fue sometida una reclusa en la atención en el hospital luego del asalto a los pabellones fue una violación. Vemos aquí como la Corte recepciona en la noción del tipo penal, que la violación sexual se configura a partir de diversas formas de agresión que en material sexual pueden sufrir las mujeres que atenten contra la integridad de su persona y libertad sexual del sujeto mujeres y que se base en la fuerza que se ejerce contra ellas, superando los planteamientos restrictivos respecto de la violación que la limitan al acceso carnal por la fuerza.

Al determinar que en la acción policial se habían configurado acciones de violencia contra la mujer, correspondía la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer, específicamente el artículo 7⁴⁶⁴ que establece dentro de las obligaciones de los Estados Partes, la condena a todas las formas de violencia contra la mujer y la adopción de medios y políticas para prevenirla, erradicarla y sancionarla, y muy particularmente el literal b) a: "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer". La aplicación del artículo 7 b) de la Convención Belém do Pará respecto de este caso se

⁴⁶⁴ Específicamente este artículo dispone:

Obligaciones del Estado

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

consideró en relación a la responsabilidad del Estado en la violación a las garantías judiciales y de protección judicial⁴⁶⁵.

La Corte IDH determinó finalmente que el Estado peruano es responsable de la violación del derecho de acceso a la justicia (art 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) y del derecho a protección judicial (artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en conexión con el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (deber del Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer) en perjuicio de los familiares inmediatos de los internos fallecidos y de los internos sobrevivientes.

c.- Análisis de la fundamentación de la violencia de género en el caso Masacres de Río Negro.

En este caso, de modo similar que el anterior, se produce en un contexto de conflicto social, político y étnico, esta vez en Guatemala en las décadas del 70 y 80 del siglo XX. Durante este conflicto, el Estado aplicó la denominada “doctrina de seguridad nacional” contra el así llamado “enemigo interno”, lo que implicó una violación masiva de los derechos humanos contra la población civil, especialmente entre los años 1978 a 1983. Según se consigna en el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico⁴⁶⁶, sobre la base de la doctrina de seguridad nacional, el ejército guatemalteco “identificó a los miembros del pueblo indígena maya dentro de la categoría de “enemigo interno”, lo que significó el desplazamiento forzado y la destrucción de sus comunidades; así mismo, se estableció que durante el conflicto armado, las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual, así durante y de modo previo a las masacres u operaciones de tierra arrasadas” integrantes del ejército perpetraron violaciones sexuales masivas y públicas o asesinaron a mujeres embarazadas⁴⁶⁷. Los hechos que motivan esta causa ocurrieron específicamente entre los años 1980 y 1983, respecto de un conjunto de comunidades del pueblo maya ubicadas en la cuenca del Río Negro. En este lugar se emplazó una represa, cuya obra y posterior inundación de tierras implicó forzar el desplazamiento de las comunidades por parte del ejército, lo que se realizó a través de masacres y operaciones de “tierra arrasada”, en cuyo contexto se produjeron desapariciones y sometimiento a trabajo forzado de integrantes de las comunidades, abusos sexuales sistemáticos contra mujeres mayas y la agresión

⁴⁶⁵ CIDH Caso del Penal Miguel Castro..., *op. cit.*, párr. 223 a 226; 369 a 408; 229 y 260.

⁴⁶⁶ CIDH Caso Masacres de Río Negro. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n° 250 párr. 56.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, párr. 56, 57, 58 y 59.

regular a las comunidades sobrevivientes⁴⁶⁸. Así, en este caso se analiza la responsabilidad internacional del Estado respecto de la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, de libertad, protección de la honra y de la dignidad, prohibición de la esclavitud y servidumbre, derecho de circulación y residencia de los miembros de la comunidad de Rio Negro, garantías judiciales y protección judicial, relacionadas estas últimas con la Convención Belem do Pará.

La Corte IDH analizó las diversas situaciones de violencia sexual ocurridas contra mujeres y niñas en el marco de las masacres de Rio Negro, quienes previo a las masacres u operaciones de “tierra arrasadas” –o durante las mismas- fueron víctimas de violaciones sexuales masivas y públicas cometidas por integrantes del ejército a cargo de las operaciones militares. Estos actos de violencia no fueron investigados por los tribunales nacionales guatemaltecos.

La Corte IDH fundándose en su propia jurisprudencia anterior⁴⁶⁹ y en la doctrina de los derechos humanos del derecho internacional señaló que se ha demostrado que la violencia sexual contra mujeres -y particularmente la violación sexual- que es cometida durante la ocurrencia de conflictos armados como un medio de intimidación, humillación, dominación y control tanto de ellas como de la comunidad a la que pertenecen se asimila y se subsume en la figura de tortura. Así, la violencia sexual cometida contra mujeres en situaciones de conflicto armado se configura como violencia específica contra la mujer, la que constituye una grave violación de derechos humanos que contraviene normas inderogables de *jus cogens*. Por esta razón, la Corte declara que al no iniciar el Estado guatemalteco una investigación contra la violencia sexual ejercida contra la mujer, violó los derechos de las mujeres a las garantías judiciales y derecho a la justicia, ya que en virtud de lo que se establece en el Artículo 7 de la Convención Belém do Pará era su obligación investigar la violencia contra la mujer cometida por razones de género.

De esta manera, la sentencia de la Corte receptiona en este punto, en la base de su fundamento jurídico, la realidad propia de las mujeres en situaciones de conflictos armados interno o internacional, que es ser consideradas como sujetos sexualmente apropiables, respecto de las cuales se ejerce violencia por razones de género, es decir en razón de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Tal como lo aborda la Corte, se trata de agresiones ejercidas a través de violencia sexual en contra de las mujeres, como medio para intimidar, paralizar, humillar, dominar y

⁴⁶⁸ *Ibid.*, párr. 66 y 67.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, párr. 132 y 133.

controlar a las propias mujeres de una comunidad así como a los demás miembros de la comunidad o a los grupos armados contrarios. Dado que estas acciones de violencia ocurren con anterioridad o de manera colateral a otras formas de violencia dirigida a quienes aparecen vinculados a los elementos centrales del conflicto armado, queda subsumida en aquella, invisibilizada y por lo mismo ignorada, o en el mejor de los casos, abordada desde la perspectiva

2.1.2. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México.

a) Antecedentes.

En el caso “Campo Algodonero”, se discute la responsabilidad internacional del Estado de México en la desaparición y posterior muerte de tres jóvenes, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez, por no tomar las respectivas medidas de prevención y protección, ni llevar a cabo con posterioridad a los hechos acciones de esclarecimiento de las desapariciones y homicidios, a pesar de ser de público conocimiento la existencia de un patrón sistemático de violencia de género en la región. Particularmente, se discute la responsabilidad por la violación del derecho a la vida, del derecho de la integridad personal, garantías judiciales, derechos del niño (dos de las víctimas eran menores de edad) y protección judicial conforme se establece en la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷⁰ y en las obligaciones que para los Estados se derivan del artículo 7 de la “Convención Belém do Pará” en materia de prevención y protección de la violencia de género hacia las mujeres^{471/472}.

En el caso “Campo Algodonero”, los hechos probados fueron que entre el 25 de septiembre y el 29 de octubre del año 2001, desaparecieron tres mujeres en Ciudad Juárez, que presentadas las denuncias por desaparición, los organismos pertinentes sólo realizaron actuaciones formales como el registro de la denuncia y con posterioridad se limitaron a tomar medidas investigativas preliminares sin realizar diligencias exhaustivas para la búsqueda de las jóvenes desaparecidas. Las autoridades ante las cuales se dirigieron los familiares incluso minimizaron los hechos e hicieron comentarios estigmatizadores de las jóvenes. El 6 de noviembre, en un campo algodonero en el entorno de Ciudad Juárez, fueron encontrados 8 cuerpos de mujeres, entre los que se

⁴⁷⁰ Artículos 4, 5, 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁷¹ Ver nota *supra* 464.

⁴⁷² CIDH Caso González y otras (“Campo Algodonero”). Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n° 205 párr. 2 y 3.

encontraban los de las tres mujeres que aborda el presente caso. Todos los cuerpos presentaban diverso tipo de lesiones que daban cuenta de haber estado en cautiverio, de haber sido agredidas y de haber sufrido violencia sexual⁴⁷³.

b) Violencia basada en el género.

Respecto de los hechos acreditados, la Corte IDH planteó que se debía determinar si la violencia sufrida por las tres víctimas constituía o no violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Este último instrumento fue considerado en la medida que complementa el corpus juris internacional en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, según se determina en la propia sentencia.

En los términos en que la citada Convención consagra violencia contra la mujer: “...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”⁴⁷⁴ y tal cual lo indicó la Corte IDH, no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una situación de violencia de género, por lo mismo, se deben analizar las circunstancias específicas del caso para determinar si se configura o no en él violencia contra la mujer.

En esta sentencia se consideraron tres elementos. En primer lugar, la constatación de una situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (reconocida por el propio Estado mexicano⁴⁷⁵), en cuyo contexto se cometieron homicidios con un patrón de violencia similar, que permite catalogarlos de crímenes seriales y de violencia sexual⁴⁷⁶, respecto de los que se probó que fueron influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer⁴⁷⁷. En segundo lugar, los informes contenidos en las relatorías de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del CEDAW y de Amnistía Internacional, entre otros, que señalan que muchos de los homicidios en

⁴⁷³ *Ibid.*, párr.165 a 221.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, párr. 223 a 226. Artículo 1 Convención Belén do Pará.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, párr. 115.

⁴⁷⁶ Diversas fuentes citadas en este proceso dan cuenta que del total de homicidios de mujeres identificados en Ciudad Juárez, un tercio de estas presentaban un patrón de violencia similar. Las características que conformaban este patrón eran: la víctima es privada de su libertad, es sometida a violencia sexual y a sufrimientos múltiples hasta causarle la muerte. *Ibid.*, párr. 127.

⁴⁷⁷ La cultura de discriminación contra la mujer se prueba a través de diversos informes jurídicos y periciales que demuestran la existencia de conceptos basados en la idea de inferioridad y subordinación de las mujeres. *Ibid.*, párr. 124 a 134.

Ciudad Juárez son manifestación de violencia basada en género⁴⁷⁸. Y por último, que las tres víctimas eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes (como muchas de las víctimas de homicidio de Ciudad Juárez), que fueron hechas desaparecer y cuyos cuerpos se encontraron luego con evidentes signos de graves agresiones físicas y probable violencia sexual ocurrida antes de su muerte. Estas consideraciones llevaron a la Corte a concluir que las jóvenes asesinadas fueron víctimas de violencia contra la mujer, ya que los homicidios cometidos fueron realizados por razones de género -influenciado por patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación de la mujer- y se enmarcaron dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer que desde 1993 se desarrolló en Ciudad Juárez⁴⁷⁹.

Con esta determinación, la Corte IDH plantea el examen de una situación estructural de violencia contra la mujer por razones de género, lo que le permite establecer que los homicidios cometidos contra las tres víctimas constituyen femicidios. Al respecto, la Corte determinó una conceptualización de femicidio, planteando que los homicidios contra mujeres que tienen un patrón común y que son expresión de una concepción de inferioridad y subordinación de las mujeres, “se denominan “como homicidios de mujeres por razón de género”, también conocidos como femicidios.”⁴⁸⁰.

c) Discriminación estructural.

El abordaje de la Corte IDH de la violencia contra la mujer por razones de género como una realidad estructural, da cuenta de que esta instancia supera el nivel de la igualdad formal en cuanto al ejercicio y garantía de los derechos de las mujeres, avanzando hacia una propuesta de igualdad entendida como protección de los sujetos que conforman grupos subordinados en el orden social, como es el caso de las mujeres en el orden social sexual. En el planteamiento de la Corte, los hechos que dan origen a este caso permiten configurar una situación de violencia de género como sustrato estructural de los delitos de secuestro, abuso sexual, homicidio y negación de acceso a la justicia; lo que implica considerar respecto del sujeto vulnerado (mujeres) una construcción que recoge los elementos que determinan su ser social en lo referente a formas de

⁴⁷⁸ La referencia al contenido de estos informes respecto de que los homicidios son una manifestación de la violencia de género se señala en el párr. 133 de la sentencia de “Campo Algodonero”.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, párr. 227 a 231.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, párr. 143.

subordinación y discriminación sistemática del sujeto mujer, que tiene su expresión en hechos de violencia (agresión física, psicológica y sexual) que se comenten contra estas.

El planteamiento de un modelo que da cuenta de la existencia de violencia y discriminación estructural respecto de las mujeres y de la necesidad de protección y garantía de sus derechos a través de la acción estatal, es expresión del mandato a los estados consagrado en el artículo 7 de la Convención Belén do Pará, que significa establecer el estándar de la “debida diligencia” para determinar cuál es el alcance del deber estatal en materia de prevención de crímenes fundados en el género⁴⁸¹. En esta sentencia, la Corte IDH recepciona el estándar de la “debida diligencia” en lo referente a la protección de los derechos de los sujetos por parte del Estado, independientemente de quién haya ejecutado el crimen. Es decir, se determina aquí que el Estado tienen un deber de protección y garantía de los derechos de las mujeres en Ciudad Juárez por los crímenes ocurridos fundados en el género, independientemente de si tales actos fueron cometidos por autoridades, funcionarios públicos, agentes del Estado o particulares. Este planteamiento de la Corte se funda en que la obligación de afrontar la violencia de género respecto de las víctimas y el resguardo de sus derechos no sólo se refiere a dar cuenta de las formas en que esta se expresa y sancionar a quienes la comenten, sino que es más profundo, ya que se sostiene que la protección y garantía se debe responder al derecho a no sufrir violencia de las mujeres por razones de género, porque ello constituye un acto de discriminación que no sólo violenta los derechos de la Convención Belem do Pará sino que fundamentalmente el derecho de vida e integridad física, derecho a la libertad e igualdad que plantea la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En base a este mismo predicamento se funda, como se señala más adelante, las medidas que dictamina como garantías de no repetición en el marco de las reparaciones, al ordenan actuaciones que implican abordar y desterrar conductas y concepciones sociales fundadas en estereotipos de inferioridad y jerarquía respecto de las mujeres que son base de la violencia de género, por lo que como garantía al derecho a no sufrir violencia de género, deben enfrentar las realidades sociales que están a la base de su desarrollo.

En este marco, la Corte IDH analizó el deber de respeto, garantía y obligación de no discriminación del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal y del

⁴⁸¹ ABRAMOVICH, Víctor. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, p. 168.

derecho de acceso a la justicia⁴⁸². Primeramente, señaló que los Estados Partes de la Convención Americana tienen como obligación inicial respetar los derechos y libertades establecidas por esta. Respecto del deber de garantía, los Estados están obligados a “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”⁴⁸³.

- Deber de respeto.

En cuanto al deber de respeto, la Corte IDH señaló que como no era posible determinar si los perpetradores fueron agentes del Estado o particulares actuando con apoyo y tolerancia de estos, no era posible tampoco atribuir al Estado responsabilidad internacional en este caso.

- Deber de garantía.

Respecto del deber de garantía de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas en materia de prevención de la violencia contra la mujer, la Corte IDH determinó el alcance de prevención en materia de violencia, señalando que se debe “...contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.”⁴⁸⁴

En relación a la responsabilidad del Estado mexicano respecto de su deber de prevención, la Corte IDH distinguió dos momentos en que este deber debe ser analizada: antes de la desaparición de las víctimas y antes de la localización de sus cuerpos sin vida⁴⁸⁵.

⁴⁸² Derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁸³ CIDH Caso González y otras..., *op. cit.*, párr. 235 y 236.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, párr. 258.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, párr. 281.

Respecto del primer momento, la Corte señala, que aun cuando los Estados no tienen una obligación y responsabilidad ilimitada ante la ocurrencia de situaciones de violencia sistemática como las de Ciudad Juárez en contra de las mujeres ni respecto de las víctimas por cualquier hecho delictivo que se cometa contra ellas, ante la toma de conocimiento⁴⁸⁶ que el Estado mexicano tuvo de la existencia de un patrón de violencia contra la mujer y en virtud del cumplimiento de su obligación de prevención, debió tomar medidas como la dictación de una política general de prevención de la violencia de género.

En cuanto al segundo momento, previo al hallazgo de los cuerpos, la Corte determinó, que considerando el contexto de existencia de un patrón de violencia de género (264 mujeres asesinadas hasta 2001), el Estado mexicano debió prever que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas, por lo que debió haber tomado medidas razonables y haber actuado con prontitud en cuanto se recibieron las denuncias de desaparición. Todo ello redundó, en un contexto de especial vulnerabilidad para las mujeres, en el incumplimiento por parte del Estado de su deber general de garantía respecto del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, así como de las obligaciones que los Estados tienen de tomar medidas para abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios y agentes e instituciones se abstengan igualmente de cualquier práctica y actos de violencia, así como de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (Artículo 7 literales a y b) contempladas en la Convención Belém do Pará⁴⁸⁷.

- Obligación de no discriminación.

En este punto, se trata específicamente de analizar la violencia contra la mujer como discriminación. La Corte IDH inicia el análisis fundándose en el artículo 1° de la CEDAW, que define discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”; fundamentando, luego, que en el ámbito

⁴⁸⁶ *Ibid.*, párr. 282.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, párr. 282 a 286. Artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos; en relación a artículo 1.1 y artículo, 2 y artículo 7a y 7b de la Convención Belém do Pará.

interamericano, la Convención Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, reconociendo que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda discriminación⁴⁸⁸. Considerando estas normas, la Corte IDH señala que la cultura de discriminación de la mujer existente en Ciudad Juárez contribuyó a que los asesinatos cometidos contra mujeres no fueran percibidos en su magnitud y que, por lo mismo, no se tomaran “acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”⁴⁸⁹. Además, se señala, que esta cultura de discriminación contra la mujer influyó en la ocurrencia (y modalidad de ocurrencia) de los delitos de secuestro, abuso sexual y homicidios contra estas mujeres y, posteriormente, en la actitud de las autoridades competentes, que también actuaron de un modo discriminatorio. De esto último sería evidencia su inacción inicial y las reiteradas declaraciones que minimizaban los hechos, planteando que lo que en realidad había sucedido es que las mujeres desaparecidas habían hecho abandono de hogar o se habían ido con el novio, configurando con esta actitud, discriminación (por razones de género) de acceso a la justicia. Todo ello permite a la Corte concluir que en este caso, la violencia contra mujer constituyó una forma de discriminación, por lo que el Estado violó su deber de no discriminación⁴⁹⁰.

d) Reparaciones.

En la fundamentación respecto de las reparaciones que proceden en el caso, la Corte IDH plantea que no basta con la reparación integral, considerando la situación de discriminación estructural que enmarca los hechos ocurridos, sino que la reparación debe tener una “vocación transformadora de dicha situación, de modo que no sólo tenga un efecto restitutivo sino que también correctivo.”⁴⁹¹. Por lo mismo, las reparaciones deben adoptarse entre otras consideraciones desde una perspectiva de género y orientarse a identificar y eliminar los factores que causan discriminación⁴⁹². En este marco, la Corte establece la obligación del Estado de México de investigar los hechos, identificar, juzgar y sancionar; reiterando la importancia del esclarecimiento de lo ocurrido, no sólo por el efecto reparatorio de la verdad, sino por la importancia que esto tiene como parte de las medidas de prevención que el Estado debe adoptar.

⁴⁸⁸ CIDH Caso González y otras... *op. cit.*, párr. 394.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, párr. 398.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, párr. 399, 400 y 402.

⁴⁹¹ *Ibid.*, párr. 450.

⁴⁹² *Ibid.*, párr. 451.

La investigación requiere seguir una línea que aborde específicamente la violencia sexual y los “patrones respectivos en la zona”, siguiendo protocolos y manuales investigativos que cumplan con los lineamientos de la sentencia⁴⁹³.

En la misma perspectiva, el Tribunal establece como reparación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición, las que están determinadas conforme herramientas para enfrentar y avanzar en la superación de la realidad de violencia estructural de género. Este planteamiento, la Corte IDH, lo estructura sobre la base de consideración de un modelo de género, ya que lo plantea desde la perspectiva de que se diseñen e implementen un conjunto de medidas tanto de reparación a las víctimas como de garantías para evitar la repetición de la violencia de género. En este contexto las medidas están encaminadas a abordar elementos estructurantes presentes en la sociedad mexicana y particularmente en Ciudad Juárez cuyo enfrentamiento permite avanzar en la superación y eliminación de la violencia de género. Dentro de ello cabe destacar:

- Las políticas de prevención de violencia de género deben ser implementadas con perspectiva de género para lo cual deben cuestionar y modificar el estatus quo que causa y mantiene la violencia de género y deben tener por objetivo superar las desigualdades y discriminación por razones de género, estableciendo medidas para sensibilizar a los funcionarios públicos y a la sociedad sobre el impacto de los factores de discriminación contra las mujeres en los ámbitos públicos y privados.
- Se deben determinar protocolos y estándares de investigación para los casos de desapariciones, violencia sexual y homicidios contra las mujeres conforme a protocolos y manuales internacionales, y, particularmente, a los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas con base a una perspectiva de género.
- La implementación de educación y capacitación a funcionarios públicos y a la sociedad en materia de i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia de mujeres por razones de género, y iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Esta capacitación no sólo debe implicar el contenido normativo, sino que para que efectivamente tenga un componente de género, debe estar planteada de modo que

⁴⁹³ *Ibid.*, párr. 455 y 463.

permita “el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que viven las mujeres en su vida cotidiana”⁴⁹⁴

- Toma de conciencia por parte de la sociedad mexicana de la realidad de violencia de género sistemática que allí existe y particularmente la que se presenta en Ciudad Juárez y la necesidad de no repetición. Así se plantea la construcción de un memorial –en el campo algodnero en Ciudad Juárez- y consagrar el seis de noviembre como “Día nacional en memoria de las víctimas de femicidio”⁴⁹⁵.

2.1.3. Sentencias: Caso Rosendo Cantú y otra vs México y Caso Fernández Ortega y otros vs México.

a) Los casos.

Estas sentencias se refieren a dos casos originados por la agresión sexual (violación sexual) cometida contra una mujer indígena por parte de militares pertenecientes al ejército mientras patrullaban en zonas rurales del estado de Guerrero, México. En estas sentencias se analiza la responsabilidad internacional del Estado (mexicano) en la violación de los derechos fundamentales de las víctimas, referidos a la integridad personal (artículo 5 de la Convención), a la protección de la honra y la dignidad (artículo 11 de la Convención), al derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención). Todo ello en relación con la responsabilidad establecida en el artículo 7 de la Convención Belém do Pará, en caso que se configure que hubo en estos hechos un caso de violencia contra la mujer.

En la primera sentencia, correspondiente al caso Rosendo Cantú, los hechos que dan origen a la causa ocurrieron en el estado de Guerrero (México) en febrero de 2002. Desde 1997, esa zona ha tenido una alta presencia militar, dirigida reprimir actividades ilegales como la delincuencia organizada, que generó una compleja relación entre los militares y la población civil, particularmente la indígena, que habita en el Estado⁴⁹⁶. Los hechos que se determinaron ocurrieron de la siguiente manera: La señora Rosendo Cantú, mujer indígena perteneciente a una comunidad Me’phaa, se encontraba cerca de su domicilio lavando ropa, cuando llegó una patrulla

⁴⁹⁴ *Ibid.*, párr. 540.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, párr. 466, 495, 502 y 541.

⁴⁹⁶ CIDH Caso Rosendo Cantú y otra. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n° 216, párr. 78.

de militares con un civil que llevaban detenido. La patrulla procedió a interrogarla entregándole una lista de nombres, ella dijo no conocer a ninguno, luego de lo cual fue golpeada y violada sexualmente de modo consecutivo por dos militares, los que luego de los hechos se retiraron del lugar⁴⁹⁷.

El segundo caso, Fernández Ortega y otros, es muy similar al anterior, en el sentido de que los hechos ocurridos responden al mismo patrón de violencia, se sucedieron en la misma zona geográfica, sólo con un mes de diferencia. En marzo del 2002, en el estado de Guerrero (México)⁴⁹⁸, una patrulla militar llegaron hasta la casa de la familia Prisciliano Fernández, familia indígena perteneciente a la comunidad Me'phaa. En el domicilio se encontraba la dueña de casa (señora Fernández Ortega) y sus cuatro hijos (todos menores de edad). Tres de los militares ingresaron al hogar sin consentimiento de la señora Fernández y procedieron a intimidarla. Ella no comprende bien el castellano por lo que no respondió, le ordenaron entonces tenderse en el piso, y luego uno de ellos la violó sexualmente. Antes de perpetrarse la agresión sexual, los niños huyeron a la casa de sus abuelos que viven en la cercanía⁴⁹⁹.

La Corte abordó ambos casos de manera similar, basándose en una argumentación y fundamentación equivalente para determinar la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos fundamentales, tanto de la señora Rosendo Cantú como de la señora Fernández Ortega.

En ambos casos, la Corte analizó, respecto de dos grupos de garantías, si hubo o no violaciones a los derechos que se amparan. Las primeras son las referidas al derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención) y la protección de la honra y la dignidad (artículo 11 de la Convención); las segundas, al derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y al derecho a la protección judicial (artículo 25). Ambos grupos de garantías se consideran en relación al artículo 7 de la Convención Belém do Pará, es decir, se analizan los hechos de violencia sexual como violencia de género y no como un delito común de violación sexual.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, párr. 73 y 74.

⁴⁹⁸ CIDH Caso Fernández Ortega y otros. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n° 215, párr. 70.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, párr. 80 a 83.

b) Violencia de género.

Ambos casos presentan características que permiten establecer la calificación jurídica de estos hechos como violencia de género. Lo primero fue acreditar ante la Corte la ocurrencia de los hechos de violación sexual cometidos por agentes del Estado y lo segundo determinar si estos se subsumen en la figura de la tortura, para lo que debe probarse la concurrencia de tres requisitos: intencionalidad; causa de severo sufrimiento físico y la existencia de un determinado fin o propósito. Si estos hechos y requisitos resultan probados, se configuran las circunstancias contempladas en el artículo 7 a) de la Convención Belém do Pará, en cuanto a las obligaciones de los Estados Partes de velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y los agentes e instituciones se abstengan de cualquier acción o practica de violencia contra la mujer⁵⁰⁰.

Para efectos de la prueba de la violación sexual, en ambos casos, la Corte, no sólo consideró el testimonio de la propia víctima -fundado en un relato coherente y verosímil- como un medio probatorio importante; sino también, elementos de contexto referidos al sujeto víctima: en primer lugar, su condición de indígena, que incluso implica un dificultoso manejo (comprensión y expresión) del idioma castellano; luego, la consecuencia de rechazo de su comunidad que implicaba realizar una denuncia por violación sexual (ello explica porque se denuncia inicialmente una agresión pero no una violación sexual); en tercer lugar, se consideró como un elemento más de plausibilidad de los hechos, la acreditación (en ambos casos) de la presencia de personal militar en la zona los días en que ocurrieron los hechos que motivan las causas; se consideraron, además, las diversas denuncias de violaciones sexuales a mujeres indígenas por parte de militares realizadas desde 1997 (fecha en que se inicia una mayor presencia en la región); se tuvo en consideración también, la existencia de hechos probados que son concordantes con el relato y que dan verosimilitud a la denuncia, como son el síndrome post traumático y el episodio depresivo posterior que estuvieron presentes en ambas víctimas, procesos psicológicos siquiátricos concordantes con una agresión de la magnitud de una violación sexual, y por último, que el Estado

⁵⁰⁰ La Convención Belém do Pará, señala en su Artículo 7: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;...”.

mexicano no aportó evidencia alguna durante todo el procedimiento “que permita contradecir la existencia de la violación sexual”.⁵⁰¹

Para efectos de la prueba de los requisitos de la figura de tortura, lo primero que debe considerarse, es la intencionalidad. Del relato de los propios hechos y la no refutación de éstos por parte del Estado, queda “acreditado que el maltrato fue deliberadamente infligido en contra de la víctima”, al probarse que fue golpeada, botada al suelo, y que, amenazada con un arma, fue penetrada sexualmente (el relato es similar para dos los casos)⁵⁰². Lo segundo es el sufrimiento físico y mental severo. Respecto de este punto, no solo se consideraron los certificados médicos que constan en los procesos y que dan cuenta de lesiones físicas sino que se analizaron los aspectos subjetivos que una agresión sexual tiene para la víctima, es decir, su significación como vivencia traumática prácticamente insuperable, que deja secuelas para toda la vida, no tanto físicas, como sobre todo psicológicas e incluso sociales. En los casos analizados, este aspecto tiene un peso particular, ya que el acto de violación fue público, se realizó ante la presencia de los otros militares⁵⁰³. Lo tercero, la finalidad. Siguiendo los criterios del Comité de Eliminación de Discriminación Contra la Mujer⁵⁰⁴, la Corte consideró que la violencia contra la mujer constituye discriminación y que la violación sexual, en particular, siempre persigue, al igual que la tortura, intimidar, humillar, degradar, castigar a la persona que la sufre⁵⁰⁵.

Consecuente con el planteamiento de la Corte, la violación sexual -respecto de la cual se prueba que se configuran los requisitos que permiten subsumir los hechos en la figura de la tortura- configura una situación de violencia contra la mujer, ya que el artículo 2 de la Convención Belém do Pará señala expresamente que se “entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: ...[que] sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura..”.

Lo particularmente interesante en estos casos, más allá de la calificación jurídica y medios de prueba admitidos de los hechos de violación sexual cometidos contra la señora Rosendo Cantú y señora Fernández Ortega (que ya constituyen un avance en la recepción de la subjetividad de género), es que por la vía de considerar estos actos como constitutivos de tortura conforme a las

⁵⁰¹ *Ibid.*, párr. 89 a 106. Caso Fernández Ortega..., *op. cit.*, párr. 113 a 115.

⁵⁰² CIDH Caso Rosendo Cantú..., *op. cit.*, párr. 111. Caso Fernández Ortega..., *op. cit.*, párr. 121.

⁵⁰³ CIDH Caso Rosendo Cantú..., *op. cit.*, párr. 112 a 116. CIDH Caso Fernández Ortega..., *op. cit.*, párr. 122 a 126.

⁵⁰⁴ Ver CIDH Caso González y otras..., *op. cit.*, párr. 395.

⁵⁰⁵ CIDH Caso Rosendo Cantú..., *op. cit.*, párr. 117 a 120. CIDH Caso Fernández Ortega..., *op. cit.*, párr. 127 a 130.

normas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, se está ampliando la protección a sexualidad de las mujeres y particularmente con un componente interseccional, ya que en este caso se consideraron para la fundamentación realidades propias del género, como el sufrimiento físico y mental que la agresión sexual causa en las mujeres y que la agresión sexual siempre tiene la finalidad de dominar, intimidar y humillar(al igual que la tortura)⁵⁰⁶, pero también particularidades culturales propias de las víctimas por pertenecer a una etnia específica.

En materia probatoria las consideraciones recogidas y planteadas por la Corte en materia de género y culturales permitieron utilizar evidencias probatorias incompletas. En efecto, la Corte fundamentó que lo deficitario de las pruebas se debe a que no se tomaron adecuadamente las denuncias ya sea porque no había traductores y/o porque los agentes de la policía no tienen la calificación técnica para recibir este tipo de denuncias y tomar las respectivas declaraciones; la Corte procedió a dar valor a las pocas evidencias consignadas, fundándose en el conocimiento de que las denuncias de violación sexual, especialmente de mujeres indígenas pobres, no son abordadas correctamente por los funcionarios policiales, ya que operan prejuicios de género, raza y clase y no se las toma con la seriedad debida, quedando muchas veces pericias inconclusas o declaraciones incompletas. La Corte, sin embargo, consideró y analizó este material de un modo sistemático y coherente, pudiendo acreditar hechos y circunstancias que de otra manera hubiera sido muy difícil probar. Respecto de la condición de mujeres indígenas de las víctimas, es importante destacar que la Corte IDH recalcó que el hecho de no denunciar de modo oportuno y completo resulta plausible dentro de las dificultades que las mujeres indígenas tienen frente al sistema jurisdiccional, ya que no hablan adecuadamente el castellano y no hay intérpretes provistos por el Estado en las diversas instancias para efectos de consignar correctamente la denuncia y guiarlas en los trámites respectivos⁵⁰⁷. Además, la denuncia de agresión sexual es compleja, ya que por razones culturales, las mujeres que sufren este tipo de violencia experimentan eventualmente el rechazo de su comunidad, basado en concepciones culturales raciales propias. Este análisis llevó a la Corte a determinar específicamente que la falta de intérprete para presentar la denuncia y para recibir la información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia, implicó un trato que pasó por alto una situación de vulnerabilidad por razones

⁵⁰⁶ *Ibid.*, párr. 117 a 128.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, párr. 100 a 108.

idiomáticas y de etnicidad, lo que implicó un menoscabo para ambas víctimas en su derecho de acceso a la justicia⁵⁰⁸.

2.1.4. Caso Artavia Murillos y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica.

a) Antecedentes.

Este grupo se compone de una sola sentencia referida a la posible responsabilidad internacional del Estado en la vulneración de derechos fundamentales, producto de la dictación una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, de marzo del año 2000, que declara inconstitucional la Técnica de Fertilización *in vitro* por atentar contra los derechos del que está por nacer. Esta sentencia obligó al cese de la práctica de esta técnica de fertilización asistida en Costa Rica. El debate en este caso tiene relación con los derechos sexuales y reproductivos de las persona en relación a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la técnica de Fertilización *in vitro*, en cuanto pueda afectar la protección que el derecho asegura al que está por nacer⁵⁰⁹.

En el año 1995, el gobierno de Costa Rica a través de un Decreto Ejecutivo emitido por el Ministerio de Salud (N° 2029-S) autorizó la utilización de la técnica de reproducción asistida de Fertilización *in vitro* (en adelante FIV). En marzo del año 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia declarando inconstitucional el señalado decreto, ya que regulaba “el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, regulación de rango administrativo que es incompatible con el derecho de la Constitución y el derecho internacional en materia de protección al derecho a la vida y a la protección de los derechos del que está por nacer, derecho que es absoluto, ya que según se señala expresamente en la sentencia de la Sala Constitucional: “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones,

⁵⁰⁸ CIDH Caso Rosendo Cantú..., *op. cit.*, párr. 184 a 185. CIDH Caso Fernández Ortega..., *op. cit.*, párr. 200 a 201.

⁵⁰⁹ En este caso, el debate de fondo aborda materias equivalentes que en el caso denominado “píldora del día después” vista por el Tribunal Constitucional chileno, en cuanto también allí lo que está en debate son los derechos reproductivos de las personas, vinculados en el caso chileno a la contracepción oral de emergencia y a cómo esta afecta la protección que el derecho le debe al que está por nacer.

que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo”⁵¹⁰. Con posterioridad al fallo, un grupo de nueve matrimonios iniciaron diversas acciones legales y de constitucionalidad en los tribunales de Costa Rica en contra de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, para lograr revertir el fallo y poder acceder a la FIV en Costa Rica. En paralelo a las acciones judiciales, todos estos matrimonios iniciaron procesos de FIV en países vecinos a Costa Rica, los que en ocasiones fueron exitosos, logrando tener hijos o hijas, y en ocasiones infructuosos. En uno de los casos, incluso hubo un embarazo natural y alumbramiento posterior. Más allá de los resultados, todas estas familias debieron afrontar un gran gasto financiero, ya que hubieron de cubrir con recursos propios los gastos de traslado, la intervención médica y la permanencia en el país vecino. En este caso, los derechos vulnerados que analizó la Corte fueron el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal, todo ello en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y el principio de no discriminación⁵¹¹. La Corte señaló específicamente al respecto: “La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.”⁵¹²

b) Derechos sexuales y reproductivos.

En materia de derechos reproductivos, la Corte consideró que el derecho a la vida privada que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos está vinculado con el derecho de autonomía reproductiva de las personas y con el derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva, derechos que están considerados por diversos instrumentos internacionales, como la CEDAW, que establece expresamente que las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”⁵¹³; instrumentos

⁵¹⁰ CIDH Caso Artavia Murillos y otros (“Fecundación in vitro”). Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n° 257, párr. 76.

⁵¹¹ *Ibid.*, párr. 68 a 76; 78 a 125 y 136.

⁵¹² *Ibid.*, párr. 144.

⁵¹³ Artículo 16 literal e) CEDAW.

internacionales⁵¹⁴ que complementan la CEDAW determinan el alcance de los derechos sexuales y reproductivos, estableciendo al respecto que estos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. La Corte en este análisis establece un modelo que implica el reconocimiento, sobre la base de una interpretación analítica y concordante de los diversos instrumentos internacionales, de los derechos sexuales y reproductivos.

Basándose en esta normativa internacional la Corte plantea, luego, que los derechos sexuales y reproductivos son vulnerados cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos (autonomía reproductiva), la Corte señala que también comprende “el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”⁵¹⁵.

En el análisis y fundamento del fallo, luego de plantear la conceptualización de los derechos sexuales reproductivos y su alcance en este caso, la Corte procede a analizar la calidad jurídica del embrión, lo que se efectúa bajo diversos métodos de interpretación: histórica, sistemática y evolutiva. Específicamente, se analiza el sentido del artículo 4.1 de la Convención Americana, que señala que el derecho a la vida “estará protegido..., en general, a partir del momento de la concepción.”. Los diversos métodos de interpretación han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana; a su vez, la Corte concluyó que la “concepción” para efectos de la Convención tiene lugar en el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. En este mismo marco la Corte IDH sostuvo que el embrión no puede ser entendido como una persona para efecto de la Convención, descartando así la tesis de la personalidad del concebido no nacido.

⁵¹⁴ El Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

⁵¹⁵ CIDH Caso Artavia Murillos y otros..., op. cit., párr. 146

A su vez en el mismo considerando, y de modo complementario a lo ya señalado, indico que la protección que se le debe es gradual e incremental según su desarrollo.⁵¹⁶

Para determinar en relación y concordancia a los derechos reproductivos, ya definidos, y a la obligación de proteger al que está por nacer (con las precisiones del alcance de la protección), se analiza la proporcionalidad de la medida de prohibición, en relación a: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso. Esta severidad, a su vez, es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad, iii) el género, y iv) la situación socioeconómica. Finalmente, se evaluará: v) la controversia sobre la alegada pérdida embrionaria⁵¹⁷.

c) Discriminación de género.

Para efectos del análisis que se efectúa del presente caso, nos detendremos específicamente en lo relacionado con el género. Lo primero que analiza la Corte a este respecto es el concepto de discriminación indirecta, reconocido en diversos instrumentos internacionales, entre los que se señala la CEDAW. La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado respecto de personas o grupos está vinculado al de discriminación indirecta, por el grave perjuicio o impacto especialmente negativo que puede significar respecto de personas o grupos de personas.

En su análisis la Corte plantea, que la prohibición del FIV afecta y produce impactos desproporcionados en hombres y mujeres; sin embargo, si se considera la construcción cultural que respecto de la mujer se ha configurado socialmente, en cuanto a su condición de madre y creadora de la familia, la infecundidad recae de un modo distinto en hombres y mujeres, cargando a esta última con culpa por el hecho que no ocurre. Luego agrega, diversos estudios han determinado que estas circunstancias pueden crear un exacerbado sufrimiento personal de la mujer, la ocurrencia de estigmatización de su persona e incluso situaciones de violencia doméstica. Asimismo, el fundamento de la Sala Constitucional de dar prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados, se determinó sobre la base de una construcción valórica que otorga mayor valor al óvulo fecundado que a la salud reproductiva y mental de las mujeres afectadas. Además, si bien el FIV permite a hombres y mujeres lograr una paternidad/maternidad

⁵¹⁶ *Ibid.*, párr. 264.

⁵¹⁷ *Ibid.*, párr. 276.

biológica, esta técnica de fertilización asistida tiene un impacto diferenciado en las mujeres, ya que implica una intervención directamente en sus cuerpos, estableciendo por esa vía una relación más estrecha, y permite su uso sin necesidad de una pareja. Así, la Corte IDH determinó que una decisión jurisprudencial que no estaba expresamente referida a mujeres, causa respecto de ellas discriminación indirecta, debido al impacto desproporcionado que implica en los sujetos su aplicación, impacto que afecta de un modo distinto y con mayor entidad a las mujeres por las razones analizadas⁵¹⁸.

En este caso, es posible ver cómo la Corte, para determinar la discriminación indirecta por razones de género analiza la configuración cultural que determina el rol social de las mujeres como madres y cuidadoras de la familia y la reproducción y, derivado de ello, la responsabilidad y culpabilidad e incluso sanción social que le cabe a las mujeres por situaciones de infertilidad; lo que no tiene contrapartida en el sujeto masculino, más allá de su afectación por no poder tener un hijo/a biológico/a.

En este caso, se determinó que el Estado es responsable en la vulneración de derechos que implicó la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema que prohibió la práctica del FIV, determinando en lo fundamental, que el Estado de Costa Rica debe tomar las medidas para regular e implementar el FIV en dicho país.

3. Una mirada comparativa del sujeto mujeres en la jurisprudencia revisada.

A modo de conclusión de este capítulo, se realizará un breve análisis comparativo de las diferencias del enfoque del Tribunal Constitucional chileno y de la Corte IDH en lo referente a la concepción y construcción del sujeto mujeres, para ver como uno y otra releva una determinación de identidad del sujeto femenino y como considera esta para efectos de determinar situaciones de discriminación de las mujeres y en ese contexto como la perspectiva de género determina los derechos y el impacto de estos en su aplicabilidad.

El Tribunal Constitucional chileno limita su enfoque a una concepción tradicional en cuanto a la identidad del sujeto mujeres. Así, en la fundamentación de los diversos fallos, se considera identitariamente al sujeto mujeres básicamente a partir de su rol social de cuidado (tareas del

⁵¹⁸ *Ibid.*, párr. 294 a 296.

cuidado) desarrollado en la esfera privada/doméstica. Así, en el razonamiento que hace el Tribunal Constitucional, aparecen conceptualizaciones, que según se argumenta, definen o constituyen rasgos propios del sujeto mujeres, como la de madre cuidadora-responsable de un modo preferente del cuidado de los/las hijos/as (sentencias Rol 2250, Rol 2357 y Rol 2306); de “mujer desvalida” que se constituye como tal a partir de su rol en la familia de cuidadora de su padres y que por lo mismo no se casa y no cuenta con un trabajo remunerado propio (sentencias Rol 2440) y por último, al interior de la pareja/familia, de “carga” social del marido trabajador (sentencias Rol 2320).

Por otra parte, y complementariamente a estas construcciones identitarias del sujeto mujer, en los casos de las sentencias en que se debate la inconstitucionalidad de la norma que establece las tablas de factores (según sexo y edad) que se aplican sobre el precio base de los planes de salud, el Tribunal Constitucional, aborda al sujeto mujer en su debate y fundamentación como un sujeto neutro, que no se configura sobre la base de la diferencia sexual. Esto impide al Tribunal abordar y considerar en su análisis sobre discriminación de la mujer las conceptualizaciones sociales y/o los estereotipos de género que están presentes en la norma y que constituyen la base de la discriminación en la aplicación en las tablas de factores. Así, no se considera en el análisis que las características procreativas de las mujeres (embarazo y parto) son castigadas, ya que la aplicación de los factores que determinan las tablas implica que los planes de salud tienen un costo mayor para las mujeres en edad biológica reproductiva. De esta manera, la carga de los costos (de salud y económicos) implicados en la reproducción deben ser asumido solo por las mujeres, atendiendo su característica biológica de su capacidad de embarazarse, y no por los hombres y las mujeres, en tanto participes del proceso productivo, ni por la sociedad, considerando el rol que le debe cabe a esta en el resguardo de la reproducción humana. Con ello, se consolida un modelo que configura a la mujer como única responsable de la reproducción humana; visión que es concordante y complementaria con las construcciones de estereotipos culturales y sociales que se receptionan y expresan en las otras sentencias.

En materia de derechos, no se consideró las ni la construcción de género, ni las subjetividades propias de las mujeres para configurar un modelo que permitiera abordar y analizar los derechos involucrados en los diversos casos. Específicamente, todas estas sentencias (salvo la referida al derecho preferente de la madre al cuidado personal de los hijos Rol 2306), tienen en común que están vinculadas a la seguridad social y derecho al trabajo y a los derechos derivados de los

mismos, no abordándose en ninguna de ellas los requerimientos de igualdad y amparo de los derechos de modo de considerar un régimen de seguridad social permeado por el género.

Por último y en la misma lógica, en la sentencia denominada de la píldora del día después -cuyo análisis sobre el reproche de constitucionalidad de la norma solo considera al *nasciturus*, sin abordar (salvo en un voto disidente) al sujeto mujer y la eventual violación de los derechos fundamentales de esta- la argumentación esgrimida se sustenta en una concepción de mujer primariamente procreadora y madre y por lo mismo responsable primordial de la reproducción humana y del *nasciturus*; siendo abstraída de su condición de sujeto y convertida en portadora del *nasciturus*; configurando como un todo lineal y consecutivo el hecho biológico del embarazo con la construcción social de madre. En esta misma línea es posible observar que en esta sentencia al no considerar a las mujeres como sujeto, al Tribunal no le es posible realizar ninguna ponderación, limitándose a efectuar un análisis abstracto que constituye el derecho a la vida del concebido como un derecho no posible de derrotar. Esta concepción es posible contrastarla con el caso de la Corte IDH Artavia Murillo en la cual esta realiza un examen de proporcionalidad entre los derechos de las mujeres y el interés de proteger la vida prenatal.

La Corte IDH, en cambio, considera en el análisis y argumentación de sus sentencias una concepción subjetiva del sujeto mujeres más amplia, que da espacio a realidades específicas de estas, que permiten establecer la ocurrencia de hechos o situaciones de discriminación contra la mujer, que no serían determinables si se efectuara un análisis sólo desde la conceptualización del sujeto construido a espaldas de la diferencia sexual. En materia de derechos de la mujer ha desarrollado un modelo propio y diferente de las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros -particularmente del distante del estado chileno y su jurisdicción constitucional- que implica abandonar la concepción de la neutralidad del derecho en la aplicación de las normas, aceptando, como se señalara páginas arriba, afectaciones de derechos que pueden ser diferenciadas por las subjetivaciones propias del sujeto mujeres y/o tener impacto diferenciado según consideraciones de género.

En efecto, la Corte IDH considera las características de la subjetividad de las mujeres para analizar y determinar la ocurrencia de discriminación de género. Así, en el caso del Penal Castro Castro y con respecto a la situación en que hombres y mujeres fueron obligados a desnudarse cuando los/las llevaron al hospital luego del asalto a los pabellones, la Corte considera que fue

especialmente grave respecto de las mujeres, debido a que ellas, además de “recibir un trato violatorio de su dignidad personal, fueron víctimas de violencia sexual”⁵¹⁹, ya que las mujeres desnudas estaban rodeadas por miembros masculinos de las fuerzas de seguridad del Estado, que permanentemente las observaban. Vemos aquí como se da entidad de acto de violencia sexual al hecho de que mujeres presas (en una situación de vulnerabilidad y humillación) estén desnudas y puedan ser observadas por sus custodios hombres. A su vez, en el caso Artavia Murillos y otros (“Fecundación in vitro”) y respecto de la determinación de la ocurrencia de un impacto desproporcionado como fundamento de la configuración de discriminación indirecta respecto de los sujetos que los afecta, la Corte IDH señala que este puede afectar tanto a hombres como a mujeres, sin embargo, establece que debe considerarse la construcción cultural femenina en cuanto a la condición de madre y creadora de la familia, para determinar como la infecundidad recae de manera diferente en derecho nombres y mujeres “recargando a esta última con culpa por el hecho que no ocurre”, lo que la puede llevar a un sufrimiento exacerbado, que incluso implique una estigmatización de su persona y una eventual situación de violencia doméstica. En estas sentencias, la Corte IDH da cuenta de una realidad propia de las mujeres (que la determina como sujeto), consistente en ser consideradas sujetos sexualmente apropiables, respecto de los cuales se ejerce violencia por razones de género, o sujetos reconocidos y valorados por su capacidad reproductiva de madre⁵²⁰; condiciones que implican discriminación sobre la base del estereotipo construido respecto de la mujer.

En la misma línea, en el caso del campo algodonero, la Corte IDH constató y consideró que en Ciudad Juárez existía un patrón sistemático de violencia contra las mujeres, lo que significa que los homicidios ocurridos bajo ese patrón pueden ser catalogados de crímenes seriales y de violencia sexual influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer, lo que es fundamental para catalogar los hechos de violencia de género, ya que, tal como recuerda la propia Corte IDH, no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una situación de violencia de género. A su vez, la determinación de violencia contra la mujer por razones de género permite a la Corte establecer que los homicidios cometidos en Ciudad Juárez son femicidios (expresión utilizada por la propia Corte IDH⁵²¹), esto es, homicidios contra mujeres que tienen un patrón común y que son expresión de una concepción de

⁵¹⁹ CIDH Caso del Penal Miguel Castro... *op. cit.*, párr. 306.

⁵²⁰ CIDH Caso Artavia Murillos y otros..., *op. cit.*, párr. 295 a 296.

⁵²¹ CIDH Caso González y otras..., *op. cit.*, párr. 143.

inferioridad y subordinación de las mujeres. Por otra parte, la determinación de existencia de violencia de género, implica la obligación por parte de los Estados de establecer medidas que supongan la dictación de una política general de prevención de la violencia de género.

Respecto de la violación sexual cometida contra las víctimas en los casos analizados, hay dos situaciones particulares que interesa relevar. Por una parte, el hecho de que la Corte IDH haya considerado los aspectos subjetivos que implican en la víctima una agresión sexual para valorar la prueba del caso sometido a su conocimiento. La conceptualización de un acto de violación sexual como vivencia traumática prácticamente insuperable, que deja secuelas para toda la vida -más que físicas, psicológicas e incluso sociales- y la constatación de esas secuelas en los casos de Rosendo Cantú y Fernández Ortega fue lo que permitió probar la ocurrencia de la violación cometida, cuestión que no había sido posible acreditar mediante los certificados de los facultativos que las atendieron luego de ocurridos los hechos, ya que estos eran técnicamente deficientes. La segunda situación particular en relación a la violación sexual, es que la Corte IDH no limita la violación contra la mujer al tipo tradicional que determinan los códigos penales, sino que aborda formas de agresión sexual, que considerando el contexto (mujeres presas, vulneradas y humilladas), la magnitud y la intencionalidad, se entienden como violación sexual a pesar de no haber habido penetración. Es el caso del Penal de Castro Castro, en el que se establece que “...la “supuesta” inspección vaginal dactilar...” a la que fue sometida una reclusa en la atención en el hospital luego del asalto a los pabellones⁵²² fue una violación, violación que por sus efectos es calificable de tortura.

Por último, en la fundamentación respecto de las reparaciones, la Corte IDH plantea que considerando la situación de discriminación estructural en materia de género, no basta con la reparación integral, por lo que la reparación debe tener una “vocación transformadora”, de modo que su efecto no sea solo restitutivo sino también correctivo. En otras palabras, no basta con el reconocimiento de los hechos, con el pago de las indemnizaciones correspondientes y las acciones de reconocimiento de memoria, sino que, en tanto se está ante fenómenos de discriminación estructural, se debe tomar las medidas correspondientes que permitan cambiar las condiciones sociales de las mujeres, de modo de avanzar en la eliminación de las barreras que garanticen la igualdad sustantiva en el ejercicio y goce de sus derechos fundamentales.

⁵²² CIDH Caso del Penal Miguel Castro... *op. cit.*, párr. 312.

CAPÍTULO SEIS

SUJETO, CIUDADANÍA Y (NO) DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL DE GÉNERO.

En los capítulos anteriores, se ha estudiado desde diversas perspectivas la configuración y alcance del orden social sexual constituido en la Modernidad y refrendado por el constitucionalismo respecto del sujeto mujeres. Este proceso se analizó particularmente desde la configuración del sujeto *optimo iure* y la ausencia de la subjetivización femenina en el mismo, a pesar de los cambios ocurridos en materia de ciudadanía y reconocimiento de capacidad jurídica de las mujeres, y desde la construcción y determinación de la ciudadanía de las mujeres y sus limitaciones en esta materia. Este análisis permitió evidenciar que el sujeto mujeres tiene asignado un lugar y un rol social que es expresión de la jerarquía social y subordinación de las mismas y que, consecuentemente, la construcción de la subjetivización femenina está determinada a partir de esta realidad. A su vez, fue posible determinar que esta subjetivización no ha sido recepcionada en el sujeto *optimo iure*, sino que es considerada como una alteridad a este. Ello implica que la mujer no logra constituirse jurídicamente como sujeto pleno, lo que limita su ciudadanía y ejercicio de los derechos fundamentales, configurándose una realidad de discriminación estructural.

Este cuadro pone en evidencia que la institucionalidad jurídica- particularmente en materia de igualdad y no discriminación- no da respuesta a los requerimientos de las mujeres para avanzar hacia su constitución de sujeto pleno, ya que se sostiene sobre la negación y/o no consideración de la realidad material de las mujeres. A modo de resumen, señalaremos aquí las más preponderantes: Primero, las nociones abstractas sobre las cuales se articula la institucionalidad, en especial la de sujeto, no dan cuenta de la diversidad, particularmente la sexual. Segundo, plantear que la noción abstracta de sujeto es universal y neutra y constituir el orden institucional a partir de este presupuesto, implica un diseño que no considera a las mujeres. Tercero, basar la construcción jurídica sobre el supuesto de la igualdad de los sujetos, sin considerar la existencia de diferentes estatus, jerarquías y subordinación al interior de la sociedad en función de la pertenencia sexual, significa la inutilidad de gran parte del orden normativo referido a la igualdad, la no discriminación y los derechos/garantías.

Esta realidad obliga a plantear búsquedas y propuestas que, recogiendo la realidad material de las mujeres, considerando su condición de sujeto colectivo e histórico, aporten a la configuración de una institucionalidad crítica al orden social sexual que permita avanzar en la igualdad sustancial entre mujeres y hombres. Este proceso no es posible sin considerar que la configuración del sistema sexo género y sus implicancias expresan un conflicto social, una desigualdad sistémica, de la cual hay que dar cuenta y que debe ser recogida por el Derecho, y lo que es más importante, que las propuestas y herramientas planteadas deben elaborarse sobre esta consideración. Se trata de poner sobre el escenario jurídico la existencia de un sujeto real que tiene expresión material en el orden social, que está sometido a relaciones jerárquicas, a desigualdades y conflictividades sociales reales y permanentes⁵²³.

En el desarrollo de este capítulo, se avanzará en una propuesta que considere y aborde la realidad de subordinación y discriminación de las mujeres para poder desde allí superar los conceptos formalistas y dar cuenta de los fenómenos estructurales de asimetría de poder a nivel social que impiden la igualdad entre los diversos sujetos hombres y mujeres. Se trata de reivindicar la diferencia sexual en interacción con la igualdad, planteando la posibilidad de un ordenamiento jurídico compatible con la realidad material de hombres y mujeres; es decir, dar cuenta de la diversidad del sujeto y lograr que esta diversidad se exprese en el modelo de igualdad, en el sistema de derechos fundamentales y de sus garantías, de modo que los “comprenda” a todos y a todas, con sus particularidades y diferencias, sin que estas sean fuente de discriminación. Hay que avanzar en la validación de la diversidad, las diferencias materiales e históricas de los sujetos deben constituir el fundamento para la elaboración de la institucionalidad.

Un punto de partida para lo anterior es avanzar en una noción de discriminación que recepcione la dimensión estructural de la misma y que dé cuenta del conflicto social de género. En términos generales, ello significa plantear y examinar los requerimientos necesarios para estructurar una institucionalidad que cuente con herramientas conceptuales (técnicas jurídicas) que permitan, a partir de la realidad de la diversidad de los sujetos, dar cuenta de la discriminación estructural y modificar o neutralizar las estructuras de poder y jerarquía. El rescate de este conflicto social desde la invisibilidad implica, a su vez, plantearse una reconfiguración del sistema sexo género y avanzar en la construcción del sujeto femenino, lo que implica necesariamente un

⁵²³ DE CABO MARTÍN. “El sujeto y sus derechos”... *op. cit.*, pp. 122-123.

cuestionamiento al modelo social y a los privilegios masculinos que se encuentran legitimados por el Derecho (particularmente por la institucionalidad normativa y las prácticas jurídicas).

Seguidamente, se estudia la importancia de desarrollar un sistema de derechos y garantías sexuadas, establecidas considerando la subjetividad del sujeto mujeres, para así dotar de contenidos a los derechos ya existentes y configurar nuevos derechos. En este análisis, la sexualidad y capacidad procreativa de las mujeres tiene especial importancia. Así mismo, el sistema de garantías debe dar cuenta de esta especificidad para reconfigurar y constituir las garantías de los derechos que permitan avanzar hacia una ciudadanía plena del sujeto mujeres.

A continuación, se revisa la necesidad de contar con una propuesta que permita específicamente superar los déficits de participación de las mujeres en lo político. Para ello, se aborda el planteamiento de la paridad elaborado por la teoría feminista.

En un siguiente punto, se aborda una propuesta respecto de la esfera doméstica privada y su necesaria reconfiguración, de modo de vincularla a la esfera política desde una doble perspectiva. Por una parte, en el sentido de que la realidad de la esfera privada sea considerada por la esfera pública y permee lo político y, por otra, que esta penetre lo familiar/doméstico de modo que su carácter de esfera privada no sea una limitante para el ejercicio y garantía de los derechos de los sujetos, particularmente de las mujeres. En este análisis cobra especial importancia el trabajo de cuidado, cuya responsabilidad y ejecución deberá ser ampliado más allá de las mujeres y deberá ser valorizado como trabajo que crea valor y que es fundamental para reproducción y constitución de los sujetos.

Finalmente, se analiza, la necesidad del establecimiento de políticas públicas que permitan el cuestionamiento y transformación del sistema sexo género. En este punto, se abordarán algunos de los mecanismos ya propuestos y diseñados por el derecho, particularmente el *mainstreaming*, considerando su capacidad transformadora.

Antes de abordar los puntos planteados, se dará una mirada a la configuración y propuestas del constitucionalismo del Estado social, para estudiar en este modelo herramientas y planteamientos técnicos jurídicos que permitan dar cuenta de realidades de discriminación y subjetivización deficitaria derivadas de estructuras sociales. En el modelo del constitucionalismo del Estado social, interesa analizar particularmente su planteamiento respecto de la incorporación a la institucionalidad constitucional y estatal del conflicto social (en su caso el conflicto capital-

trabajo) y la manera en que el orden normativo y el Estado dieron respuesta a esta problemática social. Ello implicó la superación del modelo del constitucionalismo liberal, estructurado sobre un paradigma que negaba la conflictividad social y que, por lo mismo, no asumía un rol respecto del conflicto social y el impacto que ello tenía en los sujetos y en el sistema de derechos fundamentales.

1.- Hacia un nuevo modelo de no discriminación

Histórica y ancestralmente los modelos patriarcales se han definido a partir del control sexual, del control reproductivo de las mujeres y/o de la apropiación del trabajo de las mujeres, es en la Modernidad que este control se produce específicamente para poder garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo, reproducción biológica que se asegura con el control de la sexualidad y capacidad procreativa de las mujeres y reproducción social que se logra con el control y apropiación del trabajo gratuito de las mujeres en la economía del cuidado.

El sistema sexo género estructurado a través del orden social sexual, determina lugares y roles sociales y relaciones de jerarquía y dominación entre los sujetos hombres y sujetos mujeres, constituyendo un conflicto social fundado en el sexo de los sujetos. Este conflicto será la expresión de las relaciones de poder entre los sujetos en materia sexual al interior de la sociedad.

Como hemos visto en los capítulos anteriores, el sistema sexo género se consagra y fija a través de un orden social sexual de la Modernidad que se institucionaliza por el derecho, cimentándose y expresándose en el orden del constitucionalismo, regulado por el derecho constitucional y en el ordenamiento jurídico privado de un modo complementario a este. Los cambios producidos por las transformaciones sociales, particularmente por el reconocimiento de ciudadanía y capacidad jurídica de las mujeres, han implicado que el modelo, construido en los albores de la Modernidad, haya sido tensionado, cuestionado, parcialmente interferido, pero no que se haya modificado en sus bases fundamentales, por lo que continúa configurado de espaldas a la diversidad sexual e ignorando y por lo mismo negando la conflictividad social en materia de género. Esto ha implicado respecto del Derecho y su institucionalidad, que no se han configurado plenamente herramientas jurídicas pertinentes que permita a los sujetos dar cuenta y afrontar las realidades de subordinación y discriminación derivadas de la estructuración social. A su vez, la negación de la

conflictividad social en materia de género significa la legitimación de los privilegios masculinos, los cuales están expresados (de modo manifiesto o encubierto) por las normas y prácticas jurídicas.

Por ello, desde la teoría del género, en el planteamiento *ius* feminista, se postula que es necesario un nuevo modelo jurídico institucional de igualdad y no discriminación de género que incorpore al ordenamiento jurídico la conflictividad en materia de género, de modo que este contemple herramientas específicas que permitan al Estado y a los sujetos (ciudadanos/as) enfrentar y superar la realidad de discriminación estructural (subdiscriminación) que no permite la igualdad material de los sujeto hombres y sujeto mujeres y que limita la plena ciudadanía de las mujeres. Este modelo debe necesariamente considerar una redefinición de la vinculación entre lo público y lo privado-doméstico. El sistema de derechos fundamentales y la garantía de éstos, debe ser extendido a la esfera privada doméstica, en lo referente a eliminar las brechas que fundan la discriminación. Se trata de revertir la exclusión de las mujeres de lo público y de los hombres de la responsabilidad del cuidado y la reproducción de la especie, se debe superar la heterodesignación respecto de cada esfera, trasladando el debate político (ciudadano) a las funciones del cuidado y las relaciones de subordinación de la esfera privada doméstica. La idea de igualdad política es también igualdad sexual en el ámbito privado, la politización de lo privado es una de las formas de redefinir la ciudadanía⁵²⁴. Como señala Bodelón: “Dar cuenta del conflicto [derivado del orden sexual] significa que la discriminación debe abordarse como parte de un orden social que subordina a las mujeres y que no da cuenta de la diferencia de estatus que hay al interior de las sociedades, por lo mismo no son personas afectadas de violencia o desigualdad (individual) si no que es víctima de una desigualdad social que afecta a un conjunto de integrantes de la sociedad de un modo similar por lo que las mujeres que luchan contra la violencia de género sistémica (expresada en uno o muchos sujetos) lucha por la libertad y derechos (de ella y del colectivo), es una lucha política por la ciudadanía.”⁵²⁵.

Esto obliga a pensar, debatir y diseñar, por una parte, los elementos estructurantes (valores y principios) de este nuevo modelo que se requiere y, por otra, nuevas herramientas jurídicas para este modelo, diseñadas considerando los elementos estructurales de dominación y discriminación. Además, es necesaria la reestructuración de herramientas ya existentes, de modo que permitan,

⁵²⁴ RUBIO, “Ciudadanía y sociedad civil...”, *op. cit.*, pp. 36-48.

⁵²⁵ BODELÓN, Encarna. La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la tradición jurídica del feminismo. En: LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana, coordinadoras. *Género, violencia y derecho*, Ediciones del puerto, Buenos Aires/Argentina, 2009, p. 231.

junto a las nuevas que se determinen, dar cuenta y avanzar hacia la superación del conflicto social de género.

En este sentido es interesante analizar otros modelos que en su momento fueron configurados para dar cuenta de realidades de conflictividad social y buscar en sus planteamientos y creaciones jurídicas posibles caminos o diseños que puedan ser recogidos para aportar al debate y diseño de la búsqueda de nuevas institucionalidades del Derecho desde la perspectiva *ius* feminista. No se trata de recepcionar mecánicamente o de modo directo sus planteamientos, ya que obedecen a realidades diversas, cuyas problemáticas son correspondientemente también diversas, sino de considerar específicamente sus construcciones para superar las limitaciones del derecho liberal (hegemónico) en cuanto a: primero, dar cuenta de la existencia de conflictos sociales que la institucionalidad jurídica debe afrontar y, segundo, contar con los mecanismos pertinentes para avanzar hacia la superación de las condicionantes estructurales de la sociedad que implican limitaciones a la plena configuración de determinados colectivos de sujetos. Al respecto, se abordará y analizará el modelo del constitucionalismo del Estado social.

2.- Constitucionalismo del Estado social.

El modelo del constitucionalismo del Estado social se estructura sobre el concepto de que la sociedad está en conflicto permanente y de que el Derecho y su institucionalidad deben dar cuenta de ello. Esto significa que el Derecho debe abordar la realidad social desde un punto de vista material y considerar, así mismo, a los sujetos en términos materiales e históricos, superando, aunque sea parcialmente, el modelo de abstracción del constitucionalismo liberal. La propuesta institucional-normativa debe fundarse de igual forma sobre la base de la realidad material de los sujetos (diversidad) y particularmente dar cuenta de los conflictos, jerarquías, relaciones de poder y formas de subordinación que existen entre diversos grupos (sociales) en la sociedad y desarrollar una institucionalidad jurídica para abordar y dar respuesta a esta conflictividad respecto de la no igualdad y discriminación que ella implica.

El proceso de regulación y configuración desde el orden normativo de institucionalización del Estado social permitió superar el modelo decimonónico del constitucionalismo liberal, en cuanto a la negación o no consideración dentro del orden constitucional de la existencia de conflictos de carácter social/político. El modelo inicial del constitucionalismo que decantó en el denominado

constitucionalismo liberal -el cual expresa, en un proceso de amalgama, los planteamientos teóricos del racionalismo y el resultado del proceso de positivización del propio constitucionalismo, tanto teórico como histórico (factico)- siguió el proceso de abstracción propio del racionalismo en lo referente al sujeto, construyendo la subjetividad individual sin considerar al sujeto real y su posición (o más bien sus posiciones) en la estructura social, disolviendo así la realidad social del sujeto (o más bien de los sujetos) en el orden jurídico, lo que implica ocultar (disolver) las desigualdades y diferencias entre los sujetos. Por ello, el constitucionalismo liberal, más allá del planteamiento teórico, es un sistema sin contradicciones y un todo coherente entre sí⁵²⁶. Barcellona lo plantea de la siguiente manera: “En las democracias liberales se sanciona, en la práctica, la primacía del mercado como mercado económico y mercado político, y se excluye que esta primacía sea puesta en tela de juicio. La posibilidad de decidir/innovar sobre el tipo de conflicto permitido y de introducir intereses no negociables (como la naturaleza, la diferencia sexual, etc.), que permitirían establecer por consiguiente una “jerarquía” de valores, queda fuera de este esquema. En la democracia liberaldemocrática está implícita la renuncia a reconocer las contradicciones incompatibles; así como las discontinuidades que impongan la ruptura de la pura equivalencia de intereses...”⁵²⁷.

La regulación del orden institucional que implicó la recepción de los presupuestos y principios del Estado social significó que la institucionalidad jurídica, tanto la normativa constitucional como subconstitucional, debió “integrar” en su seno el conflicto social que determina la configuración y desarrollo del propio Estado social, a saber: el conflicto capital y trabajo. La forma histórica que adquiere esta integración es la conciliación, el pacto entre los elementos del conflicto que constituían (y constituyen) la base de la configuración histórica del Estado social. En efecto, el desarrollo de un nuevo modelo institucional que tuviera por fundamento organizativo la igualdad - y particularmente la noción de igualdad sustancial- como modo de estructurar una realidad social que permitiera mayor justicia en materia de igualdad y de titularidad de los derechos, se expresó en el modelo del Estado social, el cual se configuró jurídicamente a través de un nuevo modelo de constitucionalismo, que complementando o ampliando el constitucionalismo liberal, configura el constitucionalismo del Estado social⁵²⁸, el cual implica nuevos principios jurídicos como el de la

⁵²⁶ DE CABO MARTÍN, *Teoría Constitucional...*, op. cit., p. 43.

⁵²⁷ BARCELLONA, *Postmodernidad...*, op. cit., p. 129.

⁵²⁸ Actualmente, en el texto constitucional se definen como Estado social: Alemania, Austria, España y Suiza. En América Latina: México, Bolivia y Ecuador.

solidaridad (en materia de derecho público)⁵²⁹, nuevas nociones como la igualdad formal y la igualdad material o sustancial⁵³⁰, la reconceptualización de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida (asegurar la subsistencia humana), como el derecho de propiedad (rol social de la propiedad)⁵³¹ y la configuración de nuevos derechos fundamentales, como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a la huelga.

La “integración” del conflicto capital-trabajo que implicó el modelo del constitucionalismo del Estado social significó, además, dar cuenta de las diversas posiciones de los sujetos en el orden social respecto de los elementos estructurantes del mismo, lo que a su vez significa necesariamente recepcionar, respecto de la noción de sujeto, nuevas subjetividades que expresan al sujeto no propietario/trabajador⁵³²; como así mismo las diversas relaciones y posiciones de poder de los sujetos en relación al capital y al trabajo. Es por ello que autores como de Cabo Martín pueden afirmar que el constitucionalismo del Estado social es el constitucionalismo de la diferencia⁵³³.

⁵²⁹ La Constitución italiana en su artículo 2° señala expresamente:

“Artículo 2

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.”

⁵³⁰ La constitución italiana de 1947 consagra la igualdad sustancial en los siguientes términos:

“Artículo 3

Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales.

Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.”

A su vez, la constitución española de 1978 consagra la igualdad sustancial del siguiente modo: “Artículo 9

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

⁵³¹ La Constitución chilena de 1925, establecía al respecto lo siguiente:

“Artículo. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

14.o La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización.

El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.”

⁵³² Sin embargo, es necesario precisar que aunque hubo avances sustanciales esta recepción fue parcial. Ello por dos motivos: uno, que recogió fundamentalmente al sujeto obrero/asalariado, continuando los demás excluidos; dos, la subjetivización respecto del sujeto obrero/asalariado no fue del todo plena, ya que este también tienen variedad de expresiones que no logran ser recepcionadas en toda su riqueza y, por último, como se ha señalado, este modelo sólo enfrenta (da cuenta) el conflicto pero no lo elimina.

⁵³³ DE CABO MARTÍN, *Teoría Constitucional...*, op. cit., p. 45.

Es conveniente precisar que el reconocimiento en el Derecho del conflicto social no implica una pretensión de resolución del mismo. Lo que aquí se produce es un proceso de integración, es decir dar cuenta de esta realidad (no negarla), reconfigurando y constituyendo instituciones y herramientas jurídicas que permitan a la institucionalidad arbitrar, intermediar y “equiparar” a los sujetos dentro de la estructura social. El modelo del constitucionalismo del Estado social se expresó en la reestructuración del Estado fundamentalmente respecto de las potestades y obligaciones de hacer, en el sistema de los derechos fundamentales (principios y derechos) y sus garantías y en el desarrollo de nuevos ordenes normativos como el derecho del trabajo y de la seguridad social. En la estructuración del Derecho originado en el modelo del Estado social, aparece como central un cambio del rol del Estado en lo referente a las garantías de los derechos fundamentales: fundado en el principio de la solidaridad, se determina que el Estado, como garante no sólo de los derechos liberales a través de las libertades negativas, tiene asignado un conjunto de mandatos que implican acciones legislativas, administrativas y de elaboración e implementación de políticas públicas, orientadas a remover todo aquello que limite u obstaculice la igualdad sustancial entre los sujetos⁵³⁴.

En la configuración del Estado social y del constitucionalismo del Estado social, particularmente en lo referente a nuevos derechos fundamentales (derechos económicos y sociales), a la re conceptualización de derechos fundamentales ya constituidos (como el derecho de propiedad y el rol social de la propiedad) y al desarrollo de nuevos órdenes normativos (como el derecho al trabajo) tuvo una importancia central el cambio que implicó la vinculación de la esfera pública, la esfera de los derechos, a la esfera privada de la economía y del mercado. El proceso de interiorización del conflicto social derivado de la relación capital-trabajo en el derecho, no sólo implicó un cambio respecto del ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales con impacto en la esfera pública (esfera de los derechos) sino que significó redefinir un ámbito de relación entre la esfera pública y privada, básicamente, en cuanto a que estos nuevos derechos fundamentales tenían un correlato normativo de garantías que regulaba actividades propias de la esfera privada de la economía. El trabajo asalariado será regulado por una normativa especial nueva, que no está en el marco de la legislación privada propia de la economía (derecho civil y derecho comercial) ni responde a sus principios, y que se configura a partir de principios nuevos,

⁵³⁴ La Constitución italiana vigente hasta el día de hoy, recepciona el principio de la solidaridad, mandato y la obligación de hacer por parte del Estado en sus artículos segundo y tercero (ver notas *supra* 529 y 530).

propios. Esta normativa tampoco es de derecho público, en la medida que regula relaciones del ámbito privado (trabajo), sin embargo se desarrolla sobre la base de la concepción de garantizar los derechos fundamentales vinculados al trabajo, como el propio derecho al trabajo, el derecho a la sindicalización, el derecho a huelga y el derecho a la seguridad social. Esta nueva concepción se determinará como normativa de orden público.

Los procesos sociales relacionados con el conflicto capital trabajo tuvieron su correlato en la extensión de la ciudadanía a los no propietarios, a partir del reconocimiento del voto de un modo universal a los varones mayores de edad, independientemente de su capacidad económica (eliminación del voto censitario). Si bien al finalizar el siglo XIX, la mayoría de las democracias censitarias ya habían desaparecido, la ciudadanía de los hombres no propietarios era todavía bastante formal, ya que la transformación de la concepción del sujeto y su ciudadanía no había sido modificada en lo sustancial⁵³⁵. Esto último cambia con el desarrollo del constitucionalismo del Estado social, ya que este nuevo modelo implicó una transformación fundamental respecto del constitucionalismo liberal: la incorporación de la conflictividad social al orden constitucional, que, como ya se vio, implicó respecto de la noción de sujeto la recepción de nuevas subjetividades. En otras palabras, el reconocimiento del conflicto social significó necesariamente abordar la realidad de los sujetos que son parte de este, su materialidad y rol social, lo que retroalimenta la noción de sujeto de derecho y el sistema de derechos fundamentales, dando cuenta ya no sólo de un sujeto abstracto universal.

Este proceso significó cambios en el orden social que implicaron abrir espacios más reales a estos nuevos ciudadanos y que en determinados procesos sociales jurídicos implicaron incluso la recepción en la institucionalidad y el Derecho de la realidad de los sujetos materiales/históricos. Ferrajoli expresa este cambio en la estructura social/jurídico señalando: "...los derechos fundamentales tradicionalmente reservados entre ciudadanos y Estado, entraron en las relaciones y a los lugares de trabajo..., en tanto que las relaciones y lugares privados a la sujeción al derecho y a la garantía de los derechos. A la tradicional dimensión vertical de los derechos fundamentales como derechos del individuo respecto del Estado, se ha añadido así su dimensión horizontal: como

⁵³⁵ El reconocimiento de la ciudadanía a los asalariados (obreros hombres), sin embargo, sí tuvo cierto impacto en lo que respecta a su subjetividad masculina, ya que esta estaba incorporada desde un inicio en la conceptualización del sujeto *optimo iure*; ello va a ser una diferencia cuando años más tarde se extienda también formalmente la ciudadanía a las mujeres, estas no impactaron en la noción de sujeto sino que se constituyeron como alteridad.

derechos respecto de otros particulares dentro de las formaciones sociales. El lugar de trabajo ha dejado de ser un simple lugar privado y se ha convertido en un lugar público...”⁵³⁶.

En su estructuración y configuración teórica-doctrinaria y normativa sobre la base de la conflictividad social, el modelo del Estado social produjo (y produce, a pesar de la crisis del Estado social) una transformación tal en el Derecho en general y en el derecho constitucional en particular que implicó la socialización del sistema de derechos fundamentales, la adquisición de una nueva función promocional y la ampliación de sus competencias. Este proceso ha sido a tal punto profundo, que se ha afirmado que el derecho del Estado social no tiene potencialmente límites, lo que se expresa en la juridización de la sociedad del Estado social⁵³⁷. Desde ese punto de vista, es un modelo interesante en la búsqueda de un orden que permita enfrentar y dar respuestas a realidades de conflictividad social y discriminación a las cuales el Derecho y su actual institucionalidad no dan cabida y, en consecuencia, afrontar la subordinación y discriminación de diversos grupos sociales. Siguiendo la misma lógica, este modelo considera también al sujeto material-histórico, lo que implica abordar la subjetividad material de los sujetos diversos y su configuración social desde el derecho, es decir, la realidad de los sujetos y cómo, a partir de ella, se determina su relación con el derecho, particularmente con los derechos fundamentales. Lo anterior implica el planteamiento de nuevos derechos, la reconfiguración de los existentes y la modificación del sistema de garantía. El modelo, contiene además, una propuesta que significa replantear la vinculación de la esfera pública de los derechos con la esfera privada del mercado, de modo que la concepción de la primera permeé a la segunda en lo relacionado con las materias de la conflictividad social, configurando una dimensión pública respecto de realidades y relaciones jurídicas típicamente privadas⁵³⁸. Por último, es posible destacar que este modelo contempla un mandato para el Estado, fundado en el principio de la solidaridad, que determina un conjunto de obligaciones de hacer, en materias legislativas, administrativas y de diseño e implementación de políticas públicas, que se expresan como derecho objetivo, que tienen por finalidad remover aquello que causa discriminación atentando contra la igualdad sustancial.

⁵³⁶ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, op. cit., p. 234.

⁵³⁷ DE CABO MARTÍN, *Teoría Constitucional...*, op. cit., pp. 48-52.

⁵³⁸ Es el caso del contrato de trabajo que se origina en una normativa de derecho privado y que pasa a ser regulado desde una concepción de derecho público -normas de orden público- sin perder su carácter de relación del ámbito privado.

El interés que este modelo posee en el contexto de la presente tesis radica en el hecho de que se sustenta en un reconocimiento por parte de la institucionalidad jurídica de una realidad histórico material (la social, en este caso) a la que no puede dar la espalda, estableciendo un correlato entre el Derecho, el orden social material y la conflictividad social, que es precisamente lo que el *ius* feminismo plantea como fundamental en la relación entre Derecho y la conflictividad en materia de diferencia sexual para poder enfrentar la discriminación estructural (subdiscriminación) respecto del sujeto mujeres.

Sin embargo, el modelo del Estado social en materia jurídica no es aplicable sin más, o de un modo mecánico, al conflicto social que se origina en el orden de género. Por una parte, el Estado social se configura a partir del conflicto capital-trabajo que tiene características y problemáticas específicas no extrapolables, sin un análisis crítico, a otros conflictos sociales y, por otra parte, y de especial importancia para efectos del género, el modelo del Estado social no dio cuenta de las relaciones de desigualdad y subordinación resultantes del orden sexual, incluso más, este reproduce y refuerza un orden de género al mantener al sujeto mujeres en el ámbito privado doméstico y al concebir los roles sociales (función social) de aquellas como los propios de esta esfera. Ello se manifiesta incluso en los diversos modelos de intervención social respecto de las problemáticas que en esta materia afectan a las mujeres (pobreza, empleo, alimentos de hijos/as menores) que refuerzan el rol de proveedor económico del sujeto masculino frente al sujeto mujeres (ejemplo, la fijación de un salario mínimo familiar para el obrero⁵³⁹) o bien el Estado es quien asume el rol de proveedor económico⁵⁴⁰ frente a las mujeres⁵⁴¹. Además, parte importante del modelo del constitucionalismo social se encuentra hoy en crisis -al igual, sólo que por razones diversas, que el modelo representativo del Estado liberal- lo que lo transforma en la actualidad en un modelo más formal y declarativo que real en su capacidad de transformación del sujeto y su ciudadanía.

⁵³⁹ Al respecto se debe recoger lo planteado en el capítulo anterior en relación al salario familiar que era determinado por el salario del obrero masculino, definiendo el salario que debía ganar un asalariado para cubrir las necesidades de su familia, incluyendo a la cónyuge, que en ese modelo no realiza trabajo remunerado y se encarga de las tareas del cuidado. El debate nacional del último decenio referido al salario ético, tiene mucha reminiscencia al debate europeo hasta la década del 70 del siglo XX.

⁵⁴⁰ Ejemplo de ello es la legislación que existe en varios países, donde se paga sustitivamente las pensiones alimenticias a la mujer y el sistema de subsidios a la pobreza entregados a las mujeres en tanto cumplen con su rol de cuidadoras de los demás integrantes de la familia.

⁵⁴¹ Al respecto, ver capítulo quinto "El estado de bienestar sexuado".

3.- Considerando la discriminación estructural.

Señalar que es necesario que la conceptualización de la discriminación y las herramientas para enfrentarla recepcionen la discriminación estructural de género para avanzar en la igualdad sustancial de hombres y mujeres, significa plantearse que el Derecho debe internalizar el conflicto de género derivado del orden social sexual.

Este conflicto se articula, por una parte, a partir de la subordinación de las mujeres, en cuanto se han creado mecanismos institucionales y normativos de control sobre estas, tanto para el control de su sexualidad y capacidad procreativa como para la apropiación de su trabajo del cuidado. Por ello, a partir de la realidad de subordinación se requiere configurar los elementos estructurantes de un nuevo modelo de (no) discriminación, y a partir de allí, se deben determinar, como se verá más adelante, nuevos y renovados derechos fundamentales, particularmente en materia de derechos de libertad referidos al sujeto mujeres y a los derechos sexuales y reproductivos. Consiguientemente, se deberá crear también un sistema de garantías que se estructure a partir de estas nuevas nociones de derechos y desde un modelo que aborde la discriminación estructural.

La contrapartida de la subordinación de las mujeres dentro del conflicto de género derivado del orden social-sexual, son los privilegios masculinos. Como vimos anteriormente, un modelo de discriminación estructural no presupone como requisito que exista un responsable activo de la discriminación en contra de un sujeto o colectivo de sujetos, sino que basta con que un grupo se beneficie con la discriminación de otro grupo⁵⁴². En el caso específico que nos ocupa, la reconfiguración del sistema sexo género para avanzar en la superación de la discriminación estructural de las mujeres, significa que se deben afectar los privilegios de género masculinos, que se encuentran legitimados e incluso reconocidos por el orden normativo y por las prácticas jurídicas.

3.1. Subordiscriminación.

Junto a la idea del conflicto de género, el modelo propuesto se estructura sobre la noción de subordiscriminación, planteada por Barrère, esto es, el elemento articulante de la propuesta es la realidad de subordinación intergrupal respecto de las mujeres (sujeto mujeres) y la consiguiente

⁵⁴² BARRÈRE, "Igualdad y «discriminación positiva»...", *op. cit.*, pp. 17-18.

discriminación que en relación a la titularidad, ejercicio, goce y garantía de sus derechos (ciudadanía) se produce, debido a la existencia de un ordenamiento social que se funda en el sexo de las personas (heterodesignación). La noción de subordiscriminación no se funda en la búsqueda de herramientas orientadas hacia el logro o alcance de la igualdad que permitan superar las situaciones de discriminación, como es la línea predominante en la propuesta del derecho hegemónico referida a esta problemática. Sin negar el valor de ello, este concepto opera a la inversa, abordando la desigualdad desde una concepción que permita dar cuenta del fenómeno de la discriminación estructural y de los elementos determinantes que constituyen la base de la subordinación y de la discriminación⁵⁴³. Lo anterior permite la configuración de criterios jurídicos que fundamenten el diseño o rediseño de herramientas jurídicas (constitucionales, legales y administrativas –políticas públicas-) para enfrentar la discriminación e, incluso, superar la condición estructurante que configura las realidades de discriminación.

Asimismo, la noción de subordiscriminación se configura como un cartabón que permite determinar las situaciones estructurales y sistemáticas de discriminación que están presentes en el Derecho (tanto en el existente como en el elaboración) y en la cultura jurídica, y que no permiten la igualdad en derechos a las mujeres.

Las realidades o situaciones de discriminación estructural que afectan a las mujeres se determinan a través de estudios y análisis que constatan empíricamente las situaciones de subordinación y exclusión sistémica que existen o que se expresan respecto del sujeto mujer. Los trabajos de investigación y estudio de la realidad social y particularmente de análisis específico respecto de las mujeres en relación con el ejercicio de la ciudadanía y de los derechos permiten obtener información respecto de realidades y situaciones de discriminación estructural. Especial importancia tiene considerar la existencia de los estereotipos construidos y naturalizados respecto de la mujer, que la determinan y limitan como sujeto y la colocan en un lugar y rol social específico; por ello, es fundamental estudiar y analizar las prácticas y comportamientos sociales y culturales basados en conceptos de inferioridad o subordinación de estas para determinar la configuración de construcciones estructurales de discriminación. En la misma línea, se deben analizar las barreras de diversa índole, pero especialmente las sociales, culturales y económicas que operan como limitantes de la manifestación plena del sujeto mujeres, particularmente en

⁵⁴³ BARRÈRE, “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio...”, *op. cit.*, pp. 55-57.

materia de titularidad, ejercicio y goce de los derechos. Estos estudios no sólo se realizan desde la disciplina jurídica y con su metodología, sino también desde otras disciplinas científicas, especialmente aquellas referidas a estudios sociales. Cabe destacar como las más fundamentales, la sociología, la antropología, la psicología, la filosofía política, las ciencias políticas y la historia.

El abordaje conceptual y normativo del conflicto social de género, desde el concepto de la discriminación estructural, no significa la ampliación de la ciudadanía – lo que de hecho que ya ocurrió con la obtención del derecho a sufragio y de la capacidad jurídica de la mujer casada-, sino que busca configurar un sistema de herramientas jurídicas que, en el marco de un mandato social-jurídico (siguiendo el modelo del derecho social), signifique la creación o modificación de la institucionalidad normativa, de modo de transformar o eliminar aquello que constituye base de discriminación de género y que permita la constitución de nuevas ciudadanías que recepcionen y valoricen la subjetivización femenina. Por lo mismo, hay que considerar que por ser un fenómeno estructural, la discriminación (como ruptura de la igualdad) se produce sistémicamente, por lo que se expresa en diversos ámbitos (económicos, políticos, culturales, etc.) de la realidad social que muchas veces se manifiestan de un modo entrecruzado. Siguiendo esta lógica, las medidas y políticas que se implementen para transformar o eliminar los factores de discriminación tampoco pueden ser unidireccionales, sino necesariamente sistémicos.

El modelo que recepcione la concepción estructural de la discriminación no se puede configurar desde la lógica de derechos subjetivos-sujeto individual de derecho (ello implicaría limitarse al modelo liberal de la igualdad), ya que conforme a la realidad social de discriminación estructural del sujeto mujeres, no es posible plantear que el quebrantamiento de la igualdad respecto de estas sea un fenómeno que ocurra entre individuos. Para ello, sería necesario que los sujetos participantes en una y otra vereda de la situación de quebrantamiento de la igualdad posean un mismo estatus, que formen parte de un mismo grupo (en este caso estaríamos frente a una discriminación intragrupal), lo que, como ya hemos visto, no es el caso de las mujeres en el contexto general de la sociedad, en la medida que estas constituyen un grupo específico, que ocupa un lugar determinado en el orden social sexual, que tiene asignado un rol social igualmente determinado y respecto del cual se establece una relación de dominación. En este contexto, el quebrantamiento del derecho de igualdad constituye necesariamente una discriminación intergrupala.

En este sentido, es importante revisar el planteamiento de la CEDAW⁵⁴⁴ en su propuesta jurídica fundada en la no discriminación contra la mujer y las medidas que al respecto plantea. Este texto, que representa un hito en el derecho internacional referido a discriminación por razones de sexo, ya que no se estructura a partir de la igualdad, sino que aborda la temática de los derechos humanos de las mujeres desde la (no) discriminación, tiene por objetivo impulsar la elaboración de criterios y herramientas jurídicas para enfrentar y avanzar en la eliminación de la discriminación contra la mujer y, por esa vía, lograr el cumplimiento del principio y derecho de igualdad. Lo primero que cabe destacar es la redacción del artículo primero de la Convención, que contiene una definición propia de la discriminación contra la mujer, que determinará todo el demás contenido y las medidas propuestas en el mismo instrumento internacional. Este señala expresamente:

“Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión "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, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”⁵⁴⁵.

Una primera cosa interesante del citado artículo en el contexto de lo planteado sobre la subdiscriminación es que su noción de discriminación supera las nociones tradicionales al sostener que ésta denotará la distinción, exclusión o restricción basada en razones de sexo, que tengan por objeto o resultado el menoscabo de los derechos de la mujer, estableciendo con ello una gama amplia de acciones “discriminatoras”: distinción, exclusión o restricción, y consignando que la acción discriminatoria no solo es resultado de una acción dirigida hacia esa finalidad (“que tengan por objeto”), sino también de aquellas que sin proponérselo explícitamente la provoquen (“que tengan por efecto o resultado”). Esta definición, además, abarca todas las esferas de la vida social, planteando con ello que la discriminación posee un carácter transversal. Por último, en el

⁵⁴⁴ Ratificada por Chile en 1989. Sin embargo, el protocolo facultativo de la CEDAW, tratado internacional que establece los mecanismos de denuncia e investigación de la CEDAW y que entró en vigencia en diciembre de 2000, aún no ha sido ratificado por Chile.

⁵⁴⁵ *RECOPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES*. Volumen I (Primera parte). Instrumentos de carácter universal, Naciones Unidas 2002, p.175.

preámbulo se señala que se deben “...adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación [contra la mujer] en todas sus formas y manifestaciones”⁵⁴⁶, es decir, avanza en distinguir entre la situación de discriminación y el modo que esta se expresa^{547/548}.

Para precisar el alcance y sentido del concepto de discriminación que plantea la Convención, debe considerarse lo que señala en su artículo 4, que establece expresamente:

“Artículo 4.

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.
2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.”⁵⁴⁹

Cabe destacar de este artículo que establece medidas especiales de carácter temporal - denominadas acciones positivas-, que tienen por objetivo “acelerar” y lograr de modo más sistemático la igualdad de hombres y mujeres, señalando expresamente que estas no se considerarán discriminación, asimismo, establece el mismo criterio respecto de la normativa referida a protección de maternidad. La precisión que contiene la norma recién señalada es de

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p.174.

⁵⁴⁷ BARRÈRE, Legislación y *jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁵⁴⁸ Es importante destacar el avance conceptual que significó el establecimiento en una norma del derecho internacional de una noción de discriminación contra la mujer, ya que permitió clarificar, determinar y ampliar el horizonte conceptual respecto de lo que son los intereses y necesidades de las mujeres para avanzar hacia la no discriminación e igualdad. En ello han jugado un rol muy importante los informes con recomendaciones a los Estados miembros que debe emitir el Comité CEDAW respecto del avance en la implementación de la Convención en los diversos países. Un ejemplo de ello es en informe 2016 al Estado de Chile, cuando entre sus recomendaciones señala que es necesario hacer un esfuerzo en materia de política para avanzar respecto de hombres y mujeres en un modelo para compatibilizar la vida laboral y la vida familiar, compatibilización que debe considerar en términos igualitarios a hombres y mujeres, e incluso sensibilizando para que ambos consideren la importancia y necesidad de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y las tareas domésticas. Observación n° 17, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/onudh/informes-ddhh/291-ddhh-cl/1675-cedaw-chile-2012.html>.

⁵⁴⁹ RECOPIACIÓN DE INSTRUMENTOS..., *op. cit.*, p. 176.

interés, considerada desde el diseño de herramientas para enfrentar la discriminación en contra de la mujer, ya que abre las puertas al diseño de políticas públicas que contemplen acciones positivas, cuotas o acciones de transversalización como herramientas para contribuir a la igualdad del sexo menos representado o respecto del cual existe un déficit, sin que ello se considere discriminación. Sin embargo, desde la perspectiva que se ha abordado de la discriminación estructural, estas medidas en tanto sólo están planteadas como medidas temporales y no plantean el cambio de las estructuras que promueven o reproducen esas desigualdades parece más apropiado avanzar hacia mecanismos más estructurales y permanentes como es el modelo de la paridad, el cual será analizado páginas más adelante al abordar la participación política de las mujeres.

Este instrumento internacional, como hemos señalado, no avanzó en dirección a concebir la discriminación contra la mujer como un fenómeno producido por causas estructurales originadas en conceptos de inferioridad y subordinación, ni tampoco en comprenderla como manifestación de relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres⁵⁵⁰. En la misma línea, la Convención no abordó una realidad de discriminación estructural paradigmática que viven las mujeres –y que claramente es expresión de la subordinación y de las relaciones de poder entre hombres y mujeres- como es la violencia de género. En resumen, podemos destacar su aporte fundamental en la introducción de una noción de discriminación que supera la noción liberal que se limitaba a entenderla como una vulneración de derechos a los sujetos en términos individuales, pero debemos acotar que esta dista mucho de constituir una propuesta que permita dar cuenta y enfrentar la discriminación contra la mujer que se funda en causas estructurales de subdiscriminación.

En el marco del análisis de herramientas que permiten abordar la discriminación en su dimensión estructural, se debe considerar los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta del derecho antidiscriminatorio. La primera se refiere a los tratamientos que sin razonabilidad desfavorecen a un determinado grupo y la segunda, a normas de carácter neutral, cuya aplicación

⁵⁵⁰ En este sentido, es importante señalar lo que establece la Convención Belem do Pará, tanto en su preámbulo como en su texto cuando plantea que la violencia contra la mujer es una violación a los derechos humanos de estas y que es una “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”; para señalar, luego, en el artículo sexto, el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, el cual incluye: [e]l derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Como se observa, este instrumento internacional estructura su normativa recepcionando la concepción de discriminación estructural respecto de las mujeres en materia de violencia de género.

tiene por efecto desfavorecer a un grupo determinado. Estos conceptos son destacables, ya que como se vio con anterioridad, consideran la discriminación desde lo intergrupar, contemplando diversos colectivos sociales, especialmente aquellos no integrados o históricamente discriminados; a su vez, desecha el fundamento de que se requiere responsables de la discriminación, ya que apela a una dinámica relacional al interior de la sociedad entre diversos colectivos que provoca discriminación. La discriminación indirecta, por su parte, permite abordar situaciones que son producto de la aplicación normativa o de realidades de grupos específicos que no permiten o limitan la igualdad, causando discriminación. Además, su regulación establece por definición conceptual la inversión de la prueba, que implica que no es la discriminación sino el alegato de no discriminación el que debe ser probado⁵⁵¹. Considerando los presupuestos del modelo liberal de igualdad y no discriminación, el planteamiento de la discriminación como un fenómeno que afecta a grupos o colectivos sociales es un avance importante que permite abordar situaciones de discriminación que no sería posible abordar conforme el modelo hegemónico. Sin embargo, estas nociones de discriminación no abandonan del todo determinados elementos estructurantes del modelo liberal, por lo que se mantienen dentro de sus supuestos. Un ejemplo de ello es la noción de igualdad de trato, en tanto para sus efectos se requiere de un referente comparativo (*tertium comparationis*) que se erige como modelo y de una conducta o hecho al que se le imputa el injusto. Por lo mismo, este modelo no permite afrontar la discriminación estructural de género⁵⁵², ya que no considera la discriminación desde la perspectiva de las relaciones de dominación y jerarquía ni respecto del lugar social (ya sea real o simbólico) que los grupos sociales ocupan o que le son asignados socialmente y, por lo mismo, no permite enfrentar el sexismo de las estructuras sociales. Para constatar la ocurrencia de desigualdad estructural, se utilizan - de modo equivalente a la discriminación indirecta- metodologías de las ciencias sociales (particularmente de la sociología y antropología), pero en este caso no se analizan comportamientos individualizados o concretos en busca de las desigualdades sino que los elementos estructurantes del orden social sexual que implican configurar realidades sistémicas de discriminación. A modo de ejemplo, es posible señalar que las nociones del derecho antidiscriminatorio no permiten abordar fenómenos

⁵⁵¹ En el caso chileno la ley nº 20.609 “Establece medidas contra la discriminación”, en la regulación de la acción de no discriminación arbitraria no contempla la inversión de la prueba, por lo que el acto discriminatorio debe probado.

⁵⁵² La discriminación directa y discriminación indirecta en referencia a la discriminación de género, es abordada por María de los Ángeles Barrère en: Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres.

como la violencia de género o la ausencia del reconocimiento y regulación de los derechos sexuales y reproductivos que limita la libertad sexual y autonomía de las mujeres.

3.2. Los privilegios masculinos.

Al analizar la conceptualización de discriminación estructural, se planteó que uno de los elementos que la determina y la diferencia de la conceptualización liberal es que en el caso de la subdiscriminación no se requiere de una conducta o acto atribuible a un sujeto determinado para que exista discriminación, puesto que esta última es el resultado de una estructuración social y de las relaciones de poder que en esta se constituyen a nivel de los diferentes grupos que la conforman. Los actos de discriminación no son imputables en su origen a los sujetos o a las instituciones, no se requiere de conciencia o intencionalidad de discriminar. Y así como en esta dinámica intergrupala existen colectivos que sufren discriminación, otros grupos se benefician de esta opresión. En una realidad de estructuración social binaria, como se ha definido el orden social fundado en el género, si el colectivo subordinado son las mujeres, el colectivo social que se beneficia es el de los hombres.

La configuración de privilegios, al igual que la subordinación -en tanto es su contrapartida-, es producto de la estructuración social que beneficia al colectivo no subordinado. Estos privilegios están instalados en el entramado social, lo que implica que se expresan en los diversos órdenes normativos que existen al interior de la sociedad y, por lo mismo, también en el orden normativo jurídico y en su práctica y cultura. Los privilegios masculinos constituyen una realidad social que establece roles y conductas respecto de los hombres que permiten su beneficio y el ejercicio de dichos privilegios, transformándolos en un grupo social con un estatus determinado, según el cual pueden tener determinadas conductas y actuaciones que no están permitidas o establecidas respecto del otro. Estos privilegios de lo masculino son o han sido establecidos de un modo expreso en el propio ordenamiento jurídico o de un modo tácito, a través de la cultura y prácticas jurídicas. Ejemplos del primer caso son, en materia penal, los diferentes requisitos para la configuración del delito del adulterio entre hombres y mujeres, así como la diferencia en la gravedad de la sanción; en materia civil, la configuración de las potestades respecto del jefe de familia y el reconocimiento de plena capacidad para los varones por el sólo hecho de cumplir la mayoría de edad; en materia laboral, que todos los permisos vinculados al cuidado estén

reglamentados para “beneficio” de la trabajadora madre, y en materia política, la condición de ciudadano de la que gozaron los hombres (y no las mujeres) desde la configuración del constitucionalismo. Si bien parte de esta normativa que consagraba privilegios ha sido modificada, e incluso en algunos casos derogada, producto de los procesos de ampliación de ciudadanía y eliminación de las limitaciones de la capacidad jurídica de la mujer, mucha continúa aún vigente y, además, una parte importante de la que fue modificada, sigue aplicándose según su versión original por la vía de los usos y prácticas jurídicas, sosteniéndose y estructurándose dichos privilegios de un modo tácito. Un ejemplo de lo señalado es la modificación introducida al Código Penal chileno a su artículo 10 número 11⁵⁵³ que agregó una nueva eximente de responsabilidad fundado en el estado de necesidad, la doctrina discute el carácter de este señalando que es un estado de necesidad exculpante, esto es, que existe antijuridicidad pero se estima que hay un atenuante de actuar, el mismo razonamiento plantea el tribunal oral en lo penal⁵⁵⁴ en la sentencia absolutoria dictada en el caso seguido en contra de Karina Sepúlveda por parricidio fundada en la eximente de responsabilidad que establece el artículo 10 n°11 del Código Penal, cuando calificó su actuar de “una acción típica antijurídica más no culpable...”, en el fundamento de esta argumentación se está desconociendo la actuación del agresor de violencia intrafamiliar es la que da origen al peligro que lleva a la víctima de violencia a actuar de modo de precaver la ocurrencia de un mal mayor, dando así muerte al agresor, para evitar su propio muerte y/o la de sus hijos.

Si para integrar al concepto de discriminación la dimensión estructural de la misma en materia de género, se requiere dar cuenta del conflicto social sexual, necesariamente deberán abordarse los privilegios masculinos, ya que no es posible enfrentar la discriminación desde una perspectiva estructural, sin enfrentar también la contrapartida de esta discriminación. Esto implica que la institucionalidad que se desarrolle, desde la concepción misma de discriminación, junto a la creación de nuevos o reformulados principios jurídicos, la revisión y creación de nuevos planteamientos referidos al sistema de garantías y derechos y el diseño de nuevas herramientas para avanzar hacia la superación de la discriminación, requiere considerar una estrategia respecto del sistema de privilegios. No es posible plantearse que ello se logre con “decretar” su eliminación, ya que este es parte estructurante del sistema de subdiscriminación. Además, debe tenerse presente que las reformas y cambios que se han efectuado, sólo han eliminado su expresión

⁵⁵³ Ver un análisis de la norma en nota *supra* 225.

⁵⁵⁴ Tribunal Oral en Lo Penal de Puente Alto, RUC: 1101060685-5 RIT: 166-2012.

normativa, pero el entramado de privilegios sigue siendo estructurante de la institucionalidad jurídica que se manifiesta en las prácticas y usos del modelo normativo.

El diseño de nuevas propuestas y herramientas para dar cuenta de la discriminación estructural y avanzar hacia la igualdad sustancial deberá permitir avanzar también de manera importante en la eliminación del sistema de privilegios, por la misma razón que ya se ha señalado, que estos son la contrapartida de la discriminación de las mujeres. Hay dos elementos que son centrales para avanzar efectivamente en la superación de los privilegios masculinos. Por una parte se requiere plantear una (re) formulación de los principios informantes del sistema de derechos y particularmente del principio de igualdad desde una perspectiva de género, esto es construir un modelo para la interpretación o aplicación de los principios del derecho en materia de derechos fundamentales desde una perspectiva *ius* feminista considerando la finalidad o sentido último de estos principios y particularmente el de igualdad para asegurar y garantizar el ejercicio de los derechos de un modo no discriminatorio entre hombres y mujeres,⁵⁵⁵ considerando fundamentalmente poner en cuestionamiento los privilegios masculinos que se mantienen sobre la base del déficit de representación y ciudadanía de las mujeres y sobre la ausencia de los hombres en la responsabilidad del cuidado.

El segundo eje para avanzar en la superación de los privilegios masculinos es la construcción de un sistema de derechos y garantías sexuadas, que implique no sólo la redefinición de los derechos fundamentales, sino también la creación de nuevos derechos sobre la base de la subjetivización femenina; junto a ello, será necesario también el diseño e implementación de mecanismos y herramientas específicas de garantía y protección de los derechos por parte de las mujeres, estructurados sobre la diferencia de género y realidad material de las mujeres. La implementación de un sistema de garantías sexuadas en los términos planteados implica tensionar el estatus masculino y limitar sus prerrogativas.

Sin planteamientos de cambio y propuestas respecto de los principios jurídicos y del sistema de derechos y garantías no es posible abordar los privilegios masculinos, ya que este esfuerzo quedará limitado, porque se expresará sólo como actos o medidas que implican discriminación hacia los hombres en beneficio de las mujeres.

⁵⁵⁵ VALENZUELA OYANEDER, Cecilia y VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis. "La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres" *Revista Ius et Praxis*, Año 21, Nº 1, 2015, pp. 279-280.

4.- Garantías sexuadas.

Se entiende por sistema de garantías sexuadas a aquel sistema de garantías idóneas para dar cuenta, enfrentar y avanzar hacia la superación de realidades derivadas de la subdiscriminación respecto del sujeto mujeres. Estas deben diseñarse y elaborarse recepcionando las conceptualizaciones que conforman la discriminación estructural y las definiciones que articulan el conflicto social sexual, que se han elaborado a partir de los planteamientos del *ius* feminismo y de otras escuelas críticas.

El diseño específico se realiza a partir de la determinación de criterios para un modelo de garantías de género o garantías sexuadas, que permita abordar específicamente realidades de subordinación y discriminación estructural respecto del sujeto mujeres. Esto es, un conjunto de criterios jurídicos que, estructurados sobre la base del conflicto social de género, permitan avanzar a las mujeres en su real constitución de sujeto autónomo, soberano de su persona.

4.1. Estructurando las garantías.

Al analizar la creación de un modelo garantías sexuadas o de género, resulta necesario definir cuáles son los elementos que deben determinar su configuración de modo que puedan constituirse en una herramienta efectiva para abordar la discriminación estructural en materia de diferencia sexual. Estos son: la conflictividad social de género como determinante del sistema de garantías de género, la diversidad de los sujetos a partir de la diferencia sexual y cómo debe ser considerada por el sistema de garantías y la construcción de las garantías en un modelo de derecho objetivo, es decir como mandato de hacer. A continuación se analizará cada una de ellos.

4.1.1. Conflictividad social de género.

Lo primero es fundamentar esta propuesta en el planteamiento de que la sociedad está en conflicto permanente y que dicho conflicto (en este caso el de género) debe ser abordado por la institucionalidad e incluso expresado en los instrumentos constitucionales y de garantía⁵⁵⁶, por lo que el sistema de garantía debe dar cuenta de las diferencias de poder, de las relaciones de

⁵⁵⁶ DE CABO MARTÍN, Carlos. "Propuestas para un constitucionalismo crítico", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 10. Núm. 19, enero-junio/2013, pp, 392-398.

jerarquía y subordinación sistémica producto de la diversidad sexual. Este sistema debe estructurarse como garantía de protección que resguarde a las mujeres de la discriminación y subordinación que resultan de las diferencias de poder social sexual y ‘permitir además, superar los privilegios masculinos que se manifiestan de un modo expreso o de un modo encubierto como manifestación del orden social. A modo de ilustración, podemos ver lo que Ferrajoli plantea específicamente respecto de un sistema de garantías que implique avanzar en igualdad y democracia para las mujeres, al respecto señala: “...como [las materialidades] que producen en concreto las múltiples discriminaciones de las mujeres en la vida social, sobre las que se prescriben deben ser “removidas” mediante la introducción de las garantías adecuadas. Todo proceso de democratización de los distintos ámbitos de la vida civil ha ocurrido pues, históricamente, a través de la imposición de límites y vínculos legales a las potestades privadas y del establecimiento de garantías primarias y tutelas jurisdiccionales de los derechos fundamentales expuestos a sus violaciones...imposición de límites subjetivos a los derechos civiles en dos de estos ámbitos: la familia y la casa, el trabajo y la fábrica⁵⁵⁷”.

4.1.2. Diversidad sexual.

Se debe considerar la realidad material de los sujetos resultante de la diversidad sexual, es decir, dar cuenta de que los sujetos materiales son sujetos sexuados y, en tanto hombres o mujeres, el sistema les asigna un determinado lugar social y roles sociales específicos en función de su género. Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico no puede abordar a los sujetos como uno solo, sino que debe diferenciar entre hombres y mujeres, que si bien son iguales en tanto la dignidad humana, se han construido y se configuran con subjetividades propias. En el caso de las mujeres, se debe hablar más bien de las subjetividades ausentes, por lo que las garantías deben posibilitar la expresión de las mujeres como sujeto pleno.

Hay autores como Barcellona y Ferrajoli, que sin plantearse específicamente desde la diversidad sexual, sostienen que en el proceso de reconocimiento y constitución del individuo desde el derecho, es fundamental reconocer las diferencias de los sujetos, reconocer al sujeto material. Barcellona plantea específicamente que “[l]a abstracción del derecho...no [es] compatible con el

⁵⁵⁷ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, op. cit., pp. 228-232. (ver también del mismo autor: “Igualdad y diferencia” op. cit.; “El principio de igualdad y la diferencia de género” op. cit.).

reconocimiento de las diferencias personales y la constitución de relaciones personales entre individuos concretos....no permite hacer valer las diferencias ni posibilita integración comunicativa alguna.” Luego agrega que en el sistema de intercambio del capitalismo (Modernidad), las diferencias se han diluido y los individuos han entrado en una relación libre y autónoma donde intercambian esta libertad, sin embargo, los resultados sólo pueden ser tales cuando se hace abstracción de las condiciones materiales de los sujetos en el momento del intercambio; el diseño de un modelo de derecho sobre la base de abstracción del sujeto dista en tal medida del sujeto material, que se produce una especie de “vaciamiento” del sujeto, lo cual puede llegar a atentar contra las bases mismas de la identidad individual. Así, resulta necesario reconfigurar el modelo del orden social de modo que sea un espacio donde se defiendan y valoren las particularidades individuales y, a partir de ellas, se pueda reconstituir el entramado relacional de la vida social⁵⁵⁸. A su vez, Ferrajoli, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, señala que es necesario abordar la diferencia de los sujetos en el marco del derecho de igualdad; la igualdad normativa (principio y derecho de igualdad) se establece porque en los hechos las personas son diferentes y desiguales, diferentes en el sentido de diversidad de identidades personales y desiguales en el sentido de diversidad en las condiciones de vida materiales y sociales, diversidad que debe ser tutelada y desigualdades que deben ser superadas⁵⁵⁹. La identidad de las personas está dada por sus diferencias y éstas deben ser amparadas por el derecho en dos sentidos: por una parte, como componente identitario de los sujetos y, por otra, evitando que tales diferencias impliquen factores de desigualdad entre los sujetos. Como dice Mestre “hay que adaptar el derecho a las mujeres y no las mujeres al derecho.”⁵⁶⁰.

El planteamiento de la diversidad del sujeto sobre la base de la diversidad sexual no implica solo dar cuenta de las subjetividades particulares de los hombres y de las mujeres, sino que implica un análisis aún más complejo en atención a la múltiple diversidad de los sujetos. Con esta perspectiva como punto de partida, no es posible fundar la noción o nociones de sujeto sobre la sola identidad de sujeto hombre y sujeto mujer; por lo mismo, cuando se plantea que hay que dar cuenta de la diversidad sexual, de la diversidad del sujeto material, se está planteando que hay que modificar los modelos jurídicos respecto del sujeto, de modo que efectivamente puedan integrar la

⁵⁵⁸ BARCELONA, *Postmodernidad...*, *op. cit.*, pp. 123-126.

⁵⁵⁹ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 748-752. Este mismo autor desarrolla la misma idea en “La igualdad y sus garantías” *op. cit.*, pp. 312-317.

⁵⁶⁰ MESTRE, *La Caixa de...* *op. cit.*, p. 130.

heterogeneidad que en ese concepto se contiene en el mundo real. Como dice Chantal Mouffe, no se exige que se mejore la situación de un grupo empíricamente definible e identificable como mujeres sino una alteración de las “múltiples formas en que la categoría mujer se construye como subordinación”⁵⁶¹. Con ello no se está planteando que no exista un sistema que determine al sujeto mujeres, tanto en su subjetividad como en su rol social, lo que se propone es que las mujeres están marcadas por diferencias históricas, culturales, de hábitat, etc. y, en consecuencia, habrá diferencias por orientación sexual, etnia, clase, religión, condición de migrante, por nombrar solo algunas⁵⁶².

4.1.3. Garantías de naturaleza objetiva.

El diseño de un sistema de garantías debe contemplar “elementos garantistas de naturaleza objetiva”⁵⁶³, establecidos por y para la sociedad que es quien los exige y a quien se le garantizan. Dichos elementos garantistas deben establecerse respecto de los sujetos desde una perspectiva de sujetos colectivos, superando así el planteamiento individual de derechos y garantías subjetivas, que no permite abordar a los sujetos como colectivos conformados a partir de las relaciones de poder (dominio y subordinación) que se dan al interior de la sociedad. El sistema de garantías, no se estructura desde una concepción de derechos individuales demandables por el sujeto para satisfacer su interés propio, sino que se plantea desde el sujeto colectivo considerando lo necesario para la transformación de las condiciones materiales que determinan la discriminación, lo que prescribe los requerimientos y al mismo tiempo define los ámbitos y tipos de acción⁵⁶⁴.

Se debe configurar como un mandato de garantía objetivo, que determina una orden de ejercicio y garantía fundamentalmente al Estado, que no solo significa un deber en materia pública sino una obligación de hacer que se expresa en todas las esferas⁵⁶⁵. Respecto del sistema sexo género

⁵⁶¹ MOUFFE, *El retorno de lo político...*, op. cit., p. 126.

⁵⁶² BARRÈRE, “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming...*”, op. cit., p.251.

Esta problemática es abordada con profundidad en dos trabajos de esta autora desde la perspectiva de la noción de interseccionalidad, que es un aporte al derecho antidiscriminatorio que plantea la necesidad de abordar las diversas expresiones de sistemas de subordinación que se puedan dar respecto de los sujetos, considerando la diversidad de estos incluso dentro de un mismo sistema de dominación. Estos son: BARRERE UNZUETA, MARÍA ANGELES y MORONDO TARAMUNDI, DOLORES. “Subordiscriminación y discriminación interseccional elementos para una teoría del derecho anti discriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, pp. 15-42; y el trabajo recién citado.

⁵⁶³ DE CABO MARTÍN. “El sujeto y sus derechos”... op. cit., p. 134.

⁵⁶⁴ BARCELONA, *Postmodernidad y...*, op. cit., pp. 105-109.

⁵⁶⁵ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del Derecho...*, op. cit., pp. 731-733.

entrega al Estado un mandato de hacer que permite la actuación garantista tanto en la esfera pública como en la privada. En este planteamiento, el mandato incluye también a la sociedad, que debe aportar respecto de la ejecución y cumplimiento de las garantías de diversas formas, lo que implica una tensión entre los derechos de los sujetos como individuos (derechos subjetivos) y el deber social del mandato del derecho objetivo en el cumplimiento y garantía de los derechos en el marco del constitucionalismo de la conflictividad social (concepto acuñado por De Cabo Martín referido a los modelos normativos constitucionales que receptionan las realidades de conflictividad⁵⁶⁶).

4.2. Los derechos de las mujeres son también derechos humanos.

Tal como se receptionó en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, la teoría crítica y particularmente el *ius feminismo* han planteado que los derechos fundamentales de las mujeres también son derechos humanos⁵⁶⁷. La Declaración se articula justamente desde la posición del sujeto jurídico y sujeto de derechos, señalando expresamente que el sujeto mujeres constituye también al sujeto y, por lo mismo, los derechos humanos también se refieren a ellas, con su subjetividad y en su condición de sujeto material y no del sujeto abstracto universal neutro. En consecuencia, también es posible configurar derechos humanos sobre la base del sujeto mujer, lo que pueden suponer la determinación de nuevos derechos o la reconfiguración de derechos existentes si se los concibe en relación a un sujeto material que exprese la diferencia sexual de los seres humanos.

En materia de nuevos derechos fundamentales fundados en la diversidad de sexo, que implica el reconocimiento de derechos referidos al sujeto mujeres, el *ius feminismo* se plantea específicamente en torno a dos ámbitos: derechos sexuales y reproductivos y violencia de género.

⁵⁶⁶ DE CABO MARTÍN, “Propuestas para un constitucionalismo...”, *op. cit.*

⁵⁶⁷ Asamblea General, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio, Declaración y Programa de Acción de Viena.

4.2.1. Derechos sexuales y reproductivos.

En el marco de los derechos sexuales y reproductivos, se sostiene el derecho de las mujeres sobre el propio cuerpo en el sentido de la afirmación de un espacio de autodeterminación de su persona, lo que implica su libertad sexual y su libertad reproductiva. La estructuración de estos derechos desde la autodeterminación de los sujetos es central respecto del reconocimiento de los derechos y subjetividad de las mujeres, ya que, por una parte, la capacidad procreativa es un rasgo propio y específico de estas y, por otra, a partir de esta característica biológica, se ha construido un conjunto de estereotipos y roles femeninos que configuran de un modo importante la realidad de subordinación de las mujeres.

Estos derechos deben ser reconocidos de modo específico como un derecho del derecho internacional de los derechos humanos, así como consignados constitucionalmente a nivel nacional. Deben ser planteados como un derecho a la autodeterminación en materia sexual y reproductiva, particularmente en esta última, en cuanto al reconocimiento de la libertad y autonomía de las mujeres para decidir respecto de la reproducción, gestación y parto. Al respecto, la teoría feminista plantea que a las mujeres se les debe reconocer la autodeterminación respecto de su propio cuerpo, ya que el sujeto mujeres no pueden ser concebido como un medio para conseguir fines ajenos, cosificando los cuerpos de las mujeres, negando su condición de sujetos autónomos y su capacidad para gobernarse o construir sus propios proyecto de vida. Este derecho se funda en una libertad positiva, que consiste en la libertad de las mujeres de engendrar y de gestar, y en una libertad negativa, en el sentido de que no puede ser obligada a la reproducción, gestación y parto contra su voluntad⁵⁶⁸. En lo que se refiere a la autodeterminación en materia sexual, el orden institucional debe reestructurarse de modo que se funde en y respete la libertad sexual de las personas y propugne el ejercicio pleno y no coercitivo de la sexualidad. Este tema tiene, por ejemplo, mucha importancia en lo referente a los delitos sexuales en materia penal, los cuales deben determinarse a partir de la protección a la libertad y autodeterminación sexual de los sujetos y no desde una concepción fundada en estereotipos y/o proteccionismo de las mujeres, o

⁵⁶⁸ El tema del derecho al aborto como derecho fundamental es abordado en trabajos jurídicos en los siguientes textos consultados para el desarrollo de esta tesis: PITCH, Tamar. Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid-España, Editorial Trotta 2003; García Pascual, Cristina. Autonomía de las mujeres y derechos reproductivos. En *Jueces para la democracia* n° 71 julio 2011, pp.76-90 y García Pascual, Cristina. Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto. En: *DERECHOS Y LIBERTADES* Número 16, Época II, enero 2007 p.181-209; Bodelón, Encarna. Feminismos y derechos y Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías la ley el más débil*, y también, *Principia iuris teoría del Derecho y de la democracia 2. Teoría de la Democracia*, pp. 228-232.

lo que aun más complejo, como protección de un orden familiar. Así mismo, el planteamiento respecto de la autodeterminación en materia sexual tiene mucha importancia respecto de una de las temáticas, actualmente en debate referida a las protecciones (jurídicas institucionales) necesarias ante el acoso sexual que se da en el espacio público (no privado familiar) como es el laboral, escolar-universitario y callejero, esta noción es la que debe estructurar el debate y las soluciones técnico jurídicas respecto de las defensas que finalmente se establezcan.

Dentro de estos derechos, se consideran también los derechos prestacionales referidos a asegurar el acceso a la salud reproductiva, servicios y procedimientos de salud, que permiten (es un derecho que opera como garantía) los derechos de libertad sexual y reproductiva⁵⁶⁹. Los derechos prestacionales referidos a la salud reproductiva no sólo dicen relación con procedimientos como la anticoncepción, parto o aborto, sino también con procedimientos tecnológicos en materia de fecundidad, como reproducción asistida y reproducción subrogada. Asimismo, estos derechos comprenden el acceso a información y conocimiento que permita a las personas tomar sus propias decisiones en materia de sexualidad y reproducción.

Por último, es necesario señalar que el reconocimiento expreso de estos derechos significa necesariamente que se debe elaborar un orden normativo de rango subconstitucional –tanto legislativo como administrativo- que los aborde en las diferentes áreas del derecho que requieren su regulación. Al respecto se deben regular y garantizar normativamente las prestaciones sociales requeridas para permitir la materialización de estos derechos⁵⁷⁰; junto con ello y de modo principal, se debe legislar para resguardar la autonomía de las mujeres en materia sexual y reproductiva y asegurar la permisión de la objeción de conciencia u otros mecanismos de tutela biopolítica. Lo anterior es fundamental, ya que si el reconocimiento de estos derechos y la

⁵⁶⁹ Los derechos prestacionales están recogidos por el derecho internacional de los derechos humanos. La CEDAW establece expresamente en su artículo 16 literal e) que el derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”; en el caso de la Corte IDH *Artavia Murillos y otros* (que se analizó en el capítulo cuarto) determina que el derecho a la vida privada y a convertirse en padre y madre y padres genéticos inclusive, se relaciona con “el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. CIDH *Caso Artavia Murillos y otros...*, *op.cit.*, párr. 146.

⁵⁷⁰ En Chile, ciertas prestaciones sociales en materia de derechos sexuales y reproductivos se encuentran establecidas en la ley 20.418 (sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad), que específicamente regula derecho a la información en materia de fecundidad entregada por los servicios de salud y establece programa de educación sexual para el sistema escolar; se norma el derecho de libre elección a método de anticoncepción en el sistema de salud; resguarda la confidencialidad en las decisiones de las personas en materia de fecundidad y establece que los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia pondrán a disposición de la población los métodos anticonceptivos que cuenten con la debida autorización.

creación de mecanismos para su materialización no van acompañados de una normativización y garantía de la libertad y autonomía de las mujeres en esta materia, sólo generan un modelo aparente de derechos y libertad en materia sexual y reproductiva. Uno de los problemas importantes a considerar al respecto es que deben crearse regulaciones en el ámbito de los planes estatales sobre fertilidad o sobre salud sexual, porque si no se consideran estos resguardos es posible que se transforme a las mujeres en instrumentos para políticas demográficas, por un lado, y por otro abre las puertas a controles por parte del personal de salud. De hecho, la violencia, obstétrica es precisamente un mecanismo informal de control en materia sexual y reproductiva.

4.2.2. Derecho a una vida libre de violencia.

El *ius* feminismo plantea como derecho fundamental el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. La configuración de un derecho específico para las mujeres en esta materia se realiza considerando la realidad de violencia que sufren las mujeres en las diversas esferas de la sociedad por el sólo hecho de ser mujeres y que es manifestación y consecuencia de la desigualdad sistémica en que viven, todo lo cual atenta contra sus derechos fundamentales al limitar la titularidad, goce, ejercicio y garantías de éstos⁵⁷¹. La violencia contra la mujer comprende cualquier acción o conducta que se cometa contra ella, fundada en la concepción de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, en las diversas esferas de la sociedad⁵⁷². Considerando esta realidad, no es posible avanzar en la verdadera y absoluta autonomía del sujeto mujeres y en su configuración plena como sujeto de derechos, si el derecho sigue sin dar cuenta de la ocurrencia de la violencia de género, de las razones que la determinan y de su implicancia para las mujeres. Como ya se señaló, el sistema interamericano cuenta con un instrumento específico en materia de violencia de género: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. En esta normativa internacional, se reconoce

⁵⁷¹ PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *El tratamiento de la violencia de género en la organización de Naciones Unidas*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago 2011. En: <http://www.cdih.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/1.pdf>

⁵⁷² Convención Belem do Para artículo 1 y artículo 6 literal b. Existen diversos planteamientos para determinar qué se entiende por violencia de género; aquí se estimó conveniente utilizar la contenida en la Convención Belem do Para, considerando que es un instrumento jurídico aplicable a la realidad nacional, en tanto esta Convención se encuentra vigente y ratificada por el Estado chileno.

expresamente el “...derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” como un derecho de las mujeres, agregando que la vida libre de violencia implica: “El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”, lo que significa asegurar la plena titularidad, goce, ejercicio y garantías de sus derechos humanos y de sus libertades. Finalmente, consigna que una vida libre de violencia significa también: “El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. En esta Convención, es posible observar la recepción de la tesis feminista que plantea que la violencia de género excede la esfera privada, cuando señala expresamente que el derecho a una vida libre de violencia se refiere tanto al ámbito público como al privado. Dicha violencia se expresa en figuras tales como el femicidio⁵⁷³, el acoso sexual y el acoso callejero. En América Latina, se han dictado legislaciones, que siguiendo la Convención Belem do Pará, reconocen la violencia de género tanto en espacios privados como en el espacio público. Es el caso en Argentina de la “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrolle sus relaciones interpersonales” de abril de 2004 (Ley 26.485), que establece en su definición de violencia contra las mujeres, que esta comprende “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal” (artículo 4º); y en Perú, primero con su Ley n° 27.942 del año 2003, dictada para la prevención y sanción del hostigamiento sexual, que tiene por fin tipificar la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista, y luego, con su Ley n° 30,314 del año 2015, para Prevenir y Sancionar el Acoso Sexual en Espacios Públicos, la cual tipifica los actos de naturaleza o connotación sexual realizada por una o más personas, y rechazados por quienes lo sufren en atención a que afectan su dignidad y sus derechos fundamentales, “creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos”⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Al respecto, ver sentencia Corte IDH Caso campo algodoner capitulo cuarto de esta tesis.

⁵⁷⁴ Actualmente en Chile se tramita un proyecto de ley que sanciona el acoso callejero. Este proyecto tienen un carácter fundamentalmente punitivo y no aborda la violencia o acoso sexista, se limita a introducir una reforma al Código Penal configurando un nuevo tipo penal “acoso sexual callejero”, en los siguientes términos “Comete acoso sexual el que abusivamente realizare, en lugares públicos o de acceso público, una acción sexual distinta del acceso carnal, que implique un hostigamiento capaz de provocar en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo”.

4.3. Reconfigurando los derechos.

La consideración de los sujetos, y de las mujeres en particular, sobre la base de su diversidad material requiere la reconfiguración de los derechos ya determinados, integrando las subjetividades de los sujetos materiales sobre la base de la diferencia sexual de los seres humanos. Fundamentalmente, se trata de redefinir el contenido y alcance de los derechos fundamentales, tomando en consideración la realidad de las mujeres, particularmente en lo que se refiere a la configuración de relaciones de subordinación y, a consecuencia de ello, de discriminación en la titularidad, goce, ejercicio y garantía sus derechos. Usando la terminología del jurista De Cabo Martín, estos derechos deben ser dotados de historicidad, de materialidad. Así, en el caso de los sujetos que nos ocupan en esta tesis, el trabajo de cuidado y la reproducción, la división sexual del trabajo, la co-responsabilidad, la violencia de género, las barreras a la ciudadanía de las mujeres, la autonomía y libertad de las mujeres, la heterodesignación, la constitución de las mujeres en sujeto de derecho pleno y en igualdad (de condiciones) deberán ser elementos determinantes del contenido de los derechos fundamentales. Todos y cada uno de los derechos del catálogo constitucional y de los derechos humanos del derecho internacional deben ser re-escriturados a la luz de aquellos elementos de la historicidad/materialidad de los sujetos, específicamente del sujeto mujeres, que permitan “superar” la subdiscriminación que impide o limita los derechos fundamentales de éstas y el ejercicio de su ciudadanía. Ello implica, además y de un modo central, el rediseño de los mecanismos de garantía de estos derechos –y en algunos casos, incluso, la creación de nuevos mecanismos-, ya que no basta con el relato formal, sino que es necesario generar un cambio integral que permita la creación de un sistema de derechos fundamentales (incluidas las garantías primarias y secundarias) constituido en su integralidad sobre la base del reconocimiento de la diversidad de los sujetos y configurado para asegurar la titularidad, goce y garantía a todos sin discriminación, y por lo tanto “superando” (dando cuenta) las discriminación estructurales que limitan la plena ciudadanía a todos los sujetos. En esta propuesta, especialmente en materia de garantías, cobra una gran importancia lo que se ha denominado el derecho subconstitucional, ya que el ordenamiento jurídico en su conjunto debe dar cuenta de esta nueva perspectiva y construir un orden jurídico que entregue las herramientas legales para enfrentar los mecanismos de discriminación. Usando como ejemplo un tema paradigmático en materia de discriminación de género, como es la violencia de género, junto con la consagración a nivel constitucional del derecho a un mundo libre de violencia, se deberán abordar otros derechos

fundamentales, incorporando en su conceptualización elementos que permitan de un modo coherente y sistemático garantizar el derecho a un mundo libre de violencia. Especial importancia tiene en esta materia el derecho a la vida y la integridad física y psíquica, el cual debe recepcionar la conceptualización de la protección del derecho a la vida desde una perspectiva grupal de género. Además, debe configurarse una legislación referida a la prevención y erradicación de la violencia de género, que permita la garantía de los derechos establecidos por la normativa constitucional. Ello debe llevar a crear o determinar una institucionalidad normativa que vehicule las medidas para la prevención y la erradicación, garantizando el acceso a la justicia: procedimiento procesal especial, normas sobre judicatura que aborde la vulneración de derechos y creación de un sistema de denuncia judicial y policial. Se debe garantizar también en esta materia el derecho a la salud, que implica prevención y atención, particularmente en materia de salud mental, y, por último, se debe realizar una revisión transversal de los contenidos del sistema educativo, a fin de eliminar aquellos de carácter sexista, que se funden en o reproduzcan estereotipos de las mujeres que impliquen menoscabo, disminución o discriminación.

5.- La política como espacio de formación de la voluntad ciudadana.

En el modelo del constitucionalismo, la esfera de lo político fue consignada al espacio público. Es allí donde se ubican los derechos y sus garantías y se determina el poder político (sistema político), se organizan los poderes constituidos por el pueblo soberano y se estructura el Estado. El espacio de lo político tiene un rol fundamental en los procesos de transformación político social, ya que es allí donde se produce la articulación y negociación del poder político.

Como señala Zúñiga, el debate por la participación política de las mujeres plantea necesariamente una reconfiguración del espacio público, de modo que estas tengan cabida y sean partícipes de él. La real participación de las mujeres en lo político como sujetos plenos no sería solo una expresión más del camino hacia la igualdad efectiva sino un componente fundamental en el logro de la emancipación de las mujeres y para el perfeccionamiento del sistema democrático⁵⁷⁵. Así mismo, la efectiva y plena participación política permite a las mujeres formar parte de los procesos en los que se definen también sus propios derechos.

⁵⁷⁵ ZÚÑIGA, Yanira "Paridad y cuotas. Un análisis de sus estrategias teórico-normativa y de su efectividad practica". En: MESTRE, Ruth y ZÚÑIGA, Yanira (Coords.), *Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina* Editorial tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 81.

En lenguaje de Fraser, lo político es el espacio donde se desarrollan las luchas por la distribución y el reconocimiento, es decir, donde se logran los cambios políticos sociales que permiten una resolución (justa) de las inequidades derivadas de los problemas de distribución (económicos) y de la falta de reconocimiento de los sujetos y su diversidad. Es por ello que ser considerado como –y ser efectivamente- miembro de lo político es fundamental, pues de otra manera se está excluido de la resolución de los conflictos de justicia social.

Y es precisamente eso lo ha ocurrido con las mujeres en la Modernidad. Hasta mediados del siglo XX, la exclusión fue sistémica en cuanto les fue negada la ciudadanía. La posterior integración –a la ciudadanía en general y a la política en particular-, como hemos visto, se constituye de modo deficitario, ya que el reconocimiento de la última no implicó asegurar la participación y materialidad de las mujeres en la esfera pública; más allá de lo formal, las mujeres no tienen una injerencia real en los procesos de formación de la voluntad ciudadana⁵⁷⁶.

En esta materia, al igual que en la de la participación de las mujeres al mercado de trabajo, fue posible determinar la existencia de barreras que limitan su acceso, que pueden ser tipificadas en dos grandes grupos: las referidas a circunstancias que dificultan la participación de las mujeres en la actividad política, como la doble o triple jornada de trabajo de las mujeres producto de la división sexual del trabajo en la esfera privada/doméstica, y las que emanan del sistema político y de partidos, constituidos al margen del sujeto mujeres, lo que implica que su estructura no tiene la especificidad necesaria para constituirse en un espacio también para las mujeres (subjetividad).

Como se ve, en el plano de la participación política de las mujeres, también se observa la manifestación de un orden estructural que configura una realidad de subdiscriminación, por lo que las herramientas que se diseñen o planteen para superar o abordar el déficit de ciudadanía en materia política de las mujeres no pueden constituirse desde la igualdad sino desde la consideración de la discriminación estructural. Es desde esa perspectiva que se deben plantear los modelos para superar las barreras a la participación política de las mujeres.

En ese sentido, nos parece interesante la propuesta de Fraser de constituir una norma de la paridad participativa, que no sólo considera una mirada unidireccional en el sentido de qué es lo justo (lo igualitario podríamos decir), sino una propuesta multidireccional que permite abordar otras dos dimensiones: primero, entre y respecto de quiénes debe plantearse el debate de lo justo

⁵⁷⁶ FRASER, Nancy. *Escalas de Justicia*. Herder Editorial, Barcelona, 2008, pp. 43 -50.

-y ello nos lleva a los excluidos de la política y por lo mismo a las mujeres- y, segundo, cómo se resuelve lo injusto respecto de los sujetos excluidos⁵⁷⁷.

Para este debate sobre la exclusión de lo político de determinados sujetos y la manera en que se aborda se verá el planteamiento de la teoría feminista de la paridad, que en este caso se aplicará al sistema político⁵⁷⁸.

Esta propuesta -estructurada fundamentalmente en el proceso de debate sobre leyes de paridad respecto de hombres y mujeres en el sistema electoral francés en el año 2000- se estructura sobre dos elementos: Por una parte, se plantea la valorización del sujeto mujer como argumento de la paridad y la necesaria redistribución del poder (político) que derrumbe las barreras genéricas que provocan la exclusión de las mujeres y, por otra, que la representación ya no se funda en un genérico de pueblo (asexuado y neutral), sino en la humanidad, la cual es sexuada en la medida que se configura de la sumatoria de los hombres y las mujeres. Esto último implicó transformar el principio de representación como consecuencia lógica de la composición sexuada de la humanidad, lo que significa que la garantía debe estructurarse conforme lo que la humanidad expresa (contiene): hombres y mujeres. Así, la paridad significa replanteamiento mucho más profundo que una sola reconfiguración conceptual del poder, en la medida que constituye una “reconfiguración fundada en la re significación de pueblo” por humanidad.

La propuesta de paridad fundada en el planteamiento de que el principio de representación se funda en la humanidad -que a su vez se expresa como una noción sexuada de hombres y mujeres, que implica poner el énfasis en la idea representación de los sujetos más que en el ensanchamiento de la igualdad- es una propuesta que perfecciona la democracia, ya que hace más eficiente el principio de representación en relación a que contenga a más y a diversos sujetos.

La paridad se perfila así como una estrategia de transformación “para intervenir el contexto socio-institucional en que se enraíza la discriminación, a través de la reestructuración del pacto en un nuevo pacto sexual”⁵⁷⁹; por ello es una propuesta que tiene carácter de principio permanente.

El planteamiento respecto de la paridad ha sido tan trascendente que ha extendido más allá de la representación política, considerando su importancia lo analizaremos brevemente en este acápite

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p.64.

⁵⁷⁸ En este punto recogemos el trabajo de la profesora Yanira Zúñiga que aborda el análisis entre paridad (el caso francés) y cuotas. ZÚÑIGA, “Paridad y cuotas. Un análisis de sus estrategias teórico-normativa...”, *op. cit.*

⁵⁷⁹ ZÚÑIGA, “Paridad y cuotas...”, *op.cit.*, pp.91-92.

a pesar de que como decimos excede lo político como espacio de formación de la voluntad ciudadana. Específicamente, en la actualidad la estrategia de la paridad se extiende también a otras esferas fundamentalmente, todas aquellas que dan cuenta de espacios fundamentales en que se exprese la realidad de hombres y mujeres. Así en la esfera de la economía particularmente en el ámbito de la representación del gobierno corporativo en la empresa se ha planteado modelos fundados en la paridad, lo que implica establecer normativamente que los directorios de las empresas deben tener el mismo porcentaje de hombres y mujeres. Este planteamiento no sólo se limita al gobierno de las empresas en la esfera productiva, sino que también es susceptible de plantear en otras áreas como la referida a la producción de conocimiento, como por ejemplo las universidades, las que tanto en sus órganos de administración y dirección así como en el cuerpo docente deben dar cuenta de la representación paritaria, en tanto son expresión de una sociedad en la que en materia sexual la mitad son hombres y la otra mitad mujeres. Si bien estas propuestas recién se están conformando de un modo sistemático, debieran ser parte de una propuesta más estructural que implicará que en las diversas instancias de gobierno y representación de las diversas esferas de la sociedad se encuentre estructurado, regulado y asegurado como principio la representación paritaria como modo de expresar la composición sexuada de la humanidad.

6.- Replanteando la esfera privada.

La teoría feminista sostiene de un modo importante que las causas que explican la constitución del sistema sexo género son, por una parte, la apropiación del trabajo que las mujeres realizan en virtud de la economía del cuidado y, por otra, el control reproductivo de las mujeres⁵⁸⁰. Si bien ambas causales han sido base explicativa de diversos modelos de patriarcado que han podido determinarse por los estudios antropológicos e históricos, es en el origen del patriarcado moderno que ambas confluyen de un modo sincrético a conformar el modelo social sexual que lo constituye. En efecto, en el periodo de constitución del capitalismo, se produce en el seno de la familia un cambio fundamental al separarse la actividad económica productiva y la actividad económica reproductiva, y generarse a partir de ello una división sexual del trabajo, según la cual

⁵⁸⁰ Al respecto podemos citar autoras como Silvia Federicci y Maria Mires; en cambio hay quienes como Katerine Mackinnon plantean que la base del sistema sexo género no es sólo el control procreativo, sino el control sexual de las mujeres; por otra parte autoras como Monique Wittig y Judith Butler sostienen que las causas se fundan más bien en la heteronormatividad.

las primeras serán asumidas por los hombres y las segundas les corresponderán a las mujeres. Las actividades productivas se monetarizan, salen del espacio familiar, surge el trabajo asalariado/productivo y se configura la “fuerza de trabajo”, la cual también se monetariza, tranzándose como una mercancía más en el mercado. El trabajo de la economía del cuidado, en cambio, se mantiene al interior de la familia conservando los rasgos del trabajo familiar precapitalista. Este trabajo es el que asegura la reproducción humana, que constituirá posteriormente la “fuerza de trabajo” que permitirá asegurar, a su vez, la producción del capital. El modelo capitalista requiere como condición fundamental para su mantención asegurar la reproducción de la “fuerza de trabajo”, para lo cual requiere que exista un control que asegure la reproducción biológica y la reproducción social, es decir, un doble control sobre las mujeres. Por una parte, deben cautelarse los cuerpos sexuados y con capacidad procreativa de las mujeres, lo que se expresará en mecanismos de control social de la sexualidad y reproducción femenina, y, por otra, deberá asegurarse que las mujeres ejecuten las tareas del cuidado para la reproducción, configurando un orden social que opera como mecanismo de asignación de las mujeres al trabajo del cuidado. Estos mecanismos y orden social se articularán en el orden social de la Modernidad teniendo por consecuencia la exclusión de las mujeres de la esfera pública y de la esfera privada productiva, lo que implica su marginación de la ciudadanía y el trabajo asalariado y de la propiedad.⁵⁸¹

La mantención de este orden no sólo es fundamental porque permite el control para asegurar la reproducción biológica y social, sino que además es fundamental, porque la esfera privada/doméstica, en tanto espacio de la afectividad y del cuidado, cumple un rol estructurador y estabilizador de la sociedad, por lo que en ese sentido las mujeres generan las condiciones que posibilitan el orden público (a través de asegurar la subsistencia cotidiana) y son garantes del orden privado y las buenas costumbres. El rol social del trabajo del cuidado y la reproducción sólo es cumplida por las mujeres a partir del ámbito privado-doméstico, si cambiara la asignación del trabajo de cuidado, se pondría en riesgo la mantención del orden social, tanto en la esfera pública

⁵⁸¹ El estudio del proceso histórico de conformación del patriarcado moderno durante el desarrollo del pre capitalismo se encuentra en el trabajo “Calibán y la Bruja” de Silvia Federici. Un análisis de la configuración del patriarcado en la Modernidad demostrando que el contrato social presupone un contrato sexual se encuentra en el trabajo “El Contrato Sexual” de Carol Pateman y un análisis respecto de la apropiación de la sexualidad de las mujeres se encuentra en el texto “Hacia una teoría feminista del Estado” de Katherine MacKinnon.

como en la esfera privada de la economía, ya que se pondría en riesgo el propio orden privado doméstico y, por esa vía, el orden político y económico de la Modernidad⁵⁸².

Es en la esfera privada doméstica donde se determina el modelo de dominación y, en consecuencia, el conflicto de género, por ello, cualquier propuesta referida a la búsqueda de modelos de cambio y transformación en la constitución plena del sujeto mujeres, requiere el abordaje y reestructuración de esta esfera y el establecimiento de nuevos vínculos entre ella y las demás esferas de la sociedad, de modo que lo público y el sistema de derechos y garantías se integre a la esfera privada, politizándola y determinando una institucionalidad de orden público referida a las problemáticas de la esfera doméstica (de modo equivalente a como se configuró una legislación que regula la relación capital trabajo en la esfera privada de la economía). Por otra parte, es necesario también que la materialidad de la esfera privada/doméstica y la subjetividad de los sujetos sea recepcionada y re-determine, a su vez, la esfera pública de la política y de los derechos y garantías.

6.1. Mirando la esfera privada/doméstica desde lo público.

De Cabo Martín habla de constitucionalización de la vida social para referirse al efecto de irradiación de los derechos de la esfera pública en la relación entre los particulares, lo que permite superar la relación Estado/ciudadano y logra la extensión de estos a todos los ámbitos del Derecho, estableciendo pautas interpretativas en el orden privado y nuevas conexiones entre el derecho público y el privado⁵⁸³. La penetración del sistema de los derechos fundamentales en la esfera privada/doméstica, implica que el sistema de garantías y derechos exceda la esfera pública y se haga presente, ya no sólo como libertades negativas de no hacer, sino como un mandato de hacer, respecto del Estado y la sociedad, en el espacio doméstico. Dicho de otro modo, la lógica del sistema de derechos fundamentales debe traspasar la esfera privada/doméstica, enfrentando el orden social de la heterodesignación y configurando al sujeto mujeres como sujeto autónomo (sujeto libre) de la asignación social y tutela masculina y, por lo mismo, pleno e igual (no discriminado por razones de género).

⁵⁸² MESTRE I MESTRE, *La Caixa de...*, op. cit., pp. 88 y 89.

⁵⁸³ DE CABO, "El sujeto y sus...", op. cit., p. 126.

En tanto son también materia de interés del sistema de derechos, las relaciones familiares (afectivas) de la esfera privada deben ser politizadas. A su vez, la institucionalidad pública debe intervenir también en este ámbito, a fin de asegurar la garantía de los derechos de los sujetos en su realidad y en sus relaciones privadas/familiares. No es posible limitar la actuación del Derecho a normas referidas a los bienes y a las obligaciones y derechos de las relaciones familiares, que además se limitan fundamentalmente a la familia legalmente constituida (salvo en materia de filiación, donde la legislación ha avanzado estableciendo normas respecto de los hijos e hijas independiente de la existencia o no de un vínculo matrimonial entre los progenitores/as).

Se abre así un espectro de realidades que el Derecho debe abordar. Por de pronto, la propia identidad del sujeto, es decir, el derecho a su identidad y a la definición de la misma. Así mismo, respecto del sujeto mujeres y particularmente en el ámbito de sus relaciones familiares, reconocimiento y garantías al derecho a la vida privada e intimidad y derecho de libertad y autonomía. Esto último es fundamental, ya que en la actualidad, la falta de autonomía de las mujeres en el ámbito familiar ha sido y es una de las maneras de resguardar los derechos de otros por sobre los de ellas. Dentro de esta misma línea, se deben considerar y conceptualizar los derechos sexuales y reproductivos, no solo con la finalidad de garantizar el acceso a la salud sexual y reproductiva, sino con el objetivo de garantizar y amparar particularmente al sujeto mujeres su libertad, autonomía y autodeterminación en lo que respecta a materias sexuales y reproductivas. Además, se debe configurar derechos y garantías referidas al reconocimiento de relaciones de afectividad y familiares libres de estereotipos y prejuicios, respecto de las cuales, además, existan resguardo y reconocimiento por parte del derecho, particularmente, en relación con otros derechos conexos. Un ejemplo de esto sería que los beneficios de seguridad social puedan ser extendidos o compartidos respecto de personas que integran el núcleo afectivo, sin que necesariamente exista un vínculo regulado por la institucionalidad jurídica.

Por otra parte, y de modo fundamental, hay que abordar el trabajo doméstico considerando mecanismos que permitan su reconocimiento y retribución. Esto podría regularse a través de su reconocimiento como trabajo por parte del sistema de seguridad social estatal, generándose obligaciones prestacionales en materia de salud (incluso es posible determinar enfermedades profesionales derivadas del trabajo doméstico) y en materia de previsión social. Además, en lo concerniente a las tareas y obligaciones del cuidado referidas a los hijos/as (reproducción), se debe regular a partir del principio de la responsabilidad social de la reproducción y del principio de

la corresponsabilidad. El primero supone el reconocimiento de que, más allá de que la capacidad procreativa sea una característica propia de las mujeres, es la sociedad en su conjunto la que debe asumir la responsabilidad y proteger las necesidades propias de la reproducción humana. El segundo implica que la responsabilidad, tareas y obligaciones derivadas de la crianza y cuidado de hijas e hijos deben ser asumidas tanto por las madres como por los padres.

Estos dos principios tienen diversas manifestaciones específicas. Un ámbito importante en este sentido, lo encontramos en materia de permisos de pre y post natal, que siguiendo la lógica sostenida, no deberían estar planteados como una licencia laboral por enfermedad, sino como un permiso pagado por el Estado, como salario por maternidad y paternidad. El permiso post natal, consecuentemente, deberá ser tomado en partes iguales por la madre y el padre (en caso que no exista un padre, por una tercera persona que la madre designe) y los permisos parentales establecidos de tal modo que efectivamente estén concebidos de manera indistinta para los padres o las madres, e incluso con obligatoriedad de ser asumidos alternadamente. Otro ámbito clave es el del cuidado de personas enfermas, incapacitadas y ancianas, cuyo derecho debería estar garantizado y asumido por el Estado como expresión de la responsabilidad social del cuidado. En este sentido, este debe asegurar que las tareas del cuidado salgan de la esfera familiar, en tanto función propia de las mujeres, y se constituyan en una responsabilidad social garantizada por el Estado, que en consecuencia es responsable de constituir y proveer los recursos necesarios para el funcionamiento de una institucionalidad pública (gubernamental, municipal, y/o comunitaria) que asuma las necesidades de cuidado de los sujetos que por razones etarias, de discapacidad o enfermedad lo requieran.

La institucionalidad que se configure en materia de derechos y garantías de la esfera privada no serán normas de derecho privado, ya que se derivan de la institucionalidad del derecho público y estarán constituidas como derecho objetivo que establece un mandato de hacer, tanto del Estado como de la sociedad, para la efectiva garantía del derecho. Esta institucionalidad deberá configurarse como normas de orden público, en la medida que el proceso que constituye su sustrato es la fijación de principios y pautas interpretativas en el orden privado propias del derecho público.

6.1.1. Abordando la familia.

Avanzar en superar la discriminación estructural implica que se debe dar cuenta y enfrentar las relaciones sociales propias de la esfera privada-doméstica, sobre las que se asienta la construcción de la identidad de género⁵⁸⁴. Para ello, las relaciones propias de la esfera privada-doméstica -y particularmente de las relaciones familiares/afectivas- deben ser analizadas en tanto relaciones políticas que expresan o configuran un modelo de jerarquías y de subordinación respecto de las mujeres. Incluso más, desde una concepción democrática, se debe garantizar -lo que implica incluso intervenir- que la familia asegure a todos sus miembros en su seno el igual ejercicio y goce de los derechos fundamentales, para lo que debe haber un marco normativo que asegure y garantice la libertad, autonomía e igualdad efectiva de todos sus integrantes⁵⁸⁵.

Junto con el replanteamiento e intervención de las relaciones de jerarquía que regulan la familia, para avanzar en la configuración plena e igual del sujeto mujeres y el logro de su autonomía, es fundamental abordar el trabajo del cuidado y su asignación a las mujeres. En la lógica de irradiación de los derechos a la esfera privada, esto significaría que las tareas del cuidado (que como se vio en el capítulo cuarto incluye también las afectivas) deben ser politizadas, lo que significa que deben ser consideradas desde la perspectiva de la esfera pública e “intervenidas”, en el sentido de modificar su asignación al sujeto mujeres y concebirlas como una responsabilidad social y co-responsabilidad, ya sea parental o familiar. El planteamiento respecto a la responsabilidad social implica la creación de una institucionalidad/sistema de cuidado que se sustente y fundamente en esta, constituyendo mecanismos e instituciones específicas que provean diversos servicios de cuidado, radicados a diferentes niveles. Por una parte, el Estado, consecuente con su obligación de garantizar el ejercicio de los derechos a la educación y salud, deberá proveer guarderías y centros de atención infantil con jornada extendida, para ser compatible con horarios de trabajo de los padres y las madres trabajadoras que lleven allí a sus hijos e hijas, así como atención de salud para niños/as; la de carácter preventivo deberá estar principalmente vinculada al sistema de cuidado infantil y escolar, para sacarlo del ámbito exclusivamente familiar. Respecto de las personas mayores y enfermas, deberá proveer atención en salud, cuyo abordaje comprenda los aspectos curativos, preventivos y de salud emocional. Por otra parte, también como parte de un modelo de cuidado, se deben contemplar sistemas

⁵⁸⁴ BODELÓN, “Dos metáforas...”, *op. cit.*, pp. 248 y 261.

⁵⁸⁵ MESTRE I MESTRE, *La Caixa...*, *op. cit.*, pp. 83, 84 y 115.

comunitarios (fundamentalmente locales), que implementados en una articulación de red, puedan proveer espacios de cuidado de pertenencia comunitaria para personas mayores o con discapacidad, que articulados con el sistema de salud y social, sean un lugar donde puedan recibir atención por razones de salud y/o para la resolución de problemáticas sociales, como pensiones subsidios y otros. Parte de los requerimientos de personal para el cuidado y apoyo a los centros puede ser abordado con trabajo comunitario y/o servicio civil comunitario de jóvenes (sustituto del servicio militar, por ejemplo). En materia de corresponsabilidad, se debe configurar una legislación y regulación referida a las temáticas que impliquen responsabilidad y/o cuidado por parte de los padres, estableciendo mecanismos que induzcan a ambos padres a asumir las correspondientes tareas, e incluso contemplando mecanismos que incentiven la presencia y responsabilidad masculina en el trabajo del cuidado de los/as hijos/as. En definitiva, se trata de crear sistemas que sustraigan las tareas del cuidado de las mujeres e incluso del ámbito familiar.

6.2. Politizando el trabajo del cuidado. La esfera privada se expresa en lo público.

El sistema de derechos fundamentales, y por lo mismo la esfera pública, debe reconfigurarse recepcionando la concepción normativa de la esfera privada-doméstica que se estructura a partir de las necesidades específicas de las personas, importando como determinantes del orden y objetivos de esta esfera las demandas y necesidades de los sujetos en lo referente a atención y cuidado. En otras palabras, el sistema de derechos fundamentales y sus garantías deben abordar, en lo procedente, los requerimientos de los sujetos en materia de cuidado y reproducción.

Fundamentalmente, lo anterior significa configurar una noción de derechos fundamentales estructurada a partir de la realidad de sujetos materiales que fundan sus relaciones en un modelo de equidad y reciprocidad⁵⁸⁶, lo que en materia del trabajo del cuidado implica, establecer el reconocimiento de este trabajo en el sistema de derechos y garantías, permitiendo su valoración y comprensión como trabajo necesario para la mantención y reproducción humana. Se requiere, también, avanzar hacia la configuración de un principio jurídico en materia de cuidado que determine la responsabilidad social de la reproducción y del cuidado. Este principio, permite a su vez, fundamentar el diseño de una institucionalidad jurídica y de política pública que vehiculice la responsabilidad del Estado y de la comunidad en el trabajo del cuidado. Se trata que la economía

⁵⁸⁶ MESTRE i MESTRE, *La caixa...*, op. cit., p. 101.

del cuidado y sus relaciones se consideren en el derecho objetivo de la esfera pública. Dicha Institucionalidad debe establecer sistemas e instituciones, especialmente en materia de legislación laboral, de servicios de salud y de educación, que establezcan los mecanismos específicos de prestaciones (articuladas) referidas al cuidado de niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad y personas enfermas, estructurado sobre nuevos principios fundados en la corresponsabilidad y responsabilidad social y que excluya la exclusividad de la responsabilidad en las mujeres.

Por otra parte, este principio será el fundamento para, que en los casos en que las tareas específicas del cuidado correspondan a los sujetos, se estructuren o determinen mecanismos para que estas sean asumidas por hombres y mujeres en un modelo de corresponsabilidad.

Como señala Esquembre, se trata de elaborar una nueva propuesta desde el constitucionalismo, en que la configuración del Estado, y particularmente del constitucionalismo del Estado social, se realice “no bajo la lógica productiva del mercado sino sobre la sostenibilidad de la vida”⁵⁸⁷. Lo anterior significa abordar y resolver colectiva y socialmente las necesidades reproductivas y de bienes para sostener la existencia de las personas. Este debiera ser un principio estructurante de la organización política y social.

7.- Políticas públicas.

El cuestionamiento al sistema sexo género y al conflicto social que se configura a partir de este requiere plantearse respecto de las herramientas pertinentes para avanzar hacia la superación de la discriminación estructural y la constitución de sujetos más plenos e iguales. En un plano específico y concreto, ello significa reflexionar sobre la implementación de políticas públicas que permitan el cuestionamiento y transformación del sistema sexo género; particularmente, se trata de analizar la pertinencia de políticas públicas referidas a aquellas materias que son estratégicas respecto de realidades de subdiscriminación de las mujeres. Junto a ello, interesa analizar mecanismos específicos como el *mainstreaming*, ya que este tiene una capacidad transformadora de la realidad social sobre la base de la noción de género respecto del diseño, implementación y

⁵⁸⁷ ESQUEMBRE CERDÁ, Mar. Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una “*reforma constituyente*” de la Constitución Española. Atlánticas. *Revista Internacional de Estudios Feministas* 1, 2016, p. 207. En: <http://dx.doi.org/ariief.2016.1.1.1835>.

evaluación de las políticas públicas. Este no sólo incorpora la orientación de la política pública, sino que también implica hacerse cargo del impacto de la misma y del levantamiento de necesidades específicas de género, como parte del diagnóstico para el diseño e implementación de la política. El diseño de una política pública para abordar y enfrentar una realidad de discriminación estructural se debe articular como una expresión de la obligación de hacer por parte del Estado en materia de igualdad y no discriminación.

Hay temas o áreas respecto de la realidad de subdiscriminación que son estratégicas, por lo que se debe diseñar e implementar políticas integrales que abarquen estas temáticas, a saber: no discriminación e igualdad en materia de diferencia sexual, derechos sexuales y reproductivos, acceso e igualdad de la mujer en materia laboral, política integral del cuidado y género y política de educación.

En materia de no discriminación e igualdad, las propuestas desde lo jurídico han sido, hasta ahora, las denominadas leyes de igualdad. No es posible en este punto detenerse en el análisis de las diversas normas que se han elaborado en este contexto, fundamentalmente en los países europeos; sin embargo, en términos generales, es factible plantear que la mayoría de esta normativa se ha elaborado desde la igualdad y la no discriminación, sin abordar de un modo integral la subdiscriminación de las mujeres, lo que ha implicado un avance dispar en materia de igualdad sustancial. En relación a estas leyes, es importante plantear que su vigencia sustancial y su eficacia dependen de la capacidad de articular propuestas transformadoras en el orden social referidas a enfrentar y superar realidades de discriminación estructural, logrando, así, cambios que signifiquen avanzar en la constitución real de las mujeres como sujetos plenos. A su vez, de un modo complementario, las políticas de no discriminación en materia de género, requieren abordar superar e incluso eliminar los privilegios masculinos que actúan como limitantes de la constitución del sujeto femenino.

La política pública en materias de derechos sexuales y reproductivos se refiere a una temática paradigmática en la superación de la dominación de las mujeres, ya que como se ha señalado, el orden social sexual se ha establecido como modo de control de la sexualidad y capacidad procreativa de las mujeres. Por lo mismo, el diseño que determine y articule la actuación de los poderes públicos -y particularmente del gobierno- es fundamental en esta materia. Esta política debe estructurarse sobre la base de los derechos sexuales y reproductivos configurados

fundamentalmente en el derecho internacional de los derechos humanos, en instrumentos como la CEDAW, la Declaración y Programa de Acción de Viena 1993, el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995. En términos generales, en estas instancias se ha determinado que estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho de todas las personas a vivir su sexualidad de modo libre, autónoma y plena y del derecho de todos los individuos y las parejas a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. La política en materia de derechos sexuales y reproductivos no puede ser abordada sólo en función de garantías y prestaciones en materia de salud, sino que también y de un modo muy fundamental en lo referente a la educación, especialmente en el sentido de asegurar a toda la población acceso a una educación y conocimiento sobre sexualidad, sexo, anticoncepción y reproducción.

En materia de incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, la política pública deben no sólo integrarlas a la esfera productiva, sino que además deben cuestionar la división sexual del trabajo y modificar la adscripción de las mujeres a lo doméstico⁵⁸⁸. Específicamente, se debe considerar en el análisis el trabajo doméstico como trabajo respecto del cual no existe salario y cuyo valor social real está encubierto y es negado. Todo ello viene a responder a un proceso de construcción de la ciudadanía de las mujeres en temas laborales. Se trata de considerar trabajo no sólo aquél que se desarrolla como actividad en el mercado formal del trabajo, sino que también valorar la contribución del trabajo del ámbito privado-doméstico al orden social y a su mantención, así como el realizado en el mercado informal, que está igualmente muy feminizado (dos clásicos ejemplos de esto último son el servicio doméstico y el trabajo de maquila)⁵⁸⁹.

La política integral del cuidado es otra de las materias claves, ya que está directamente vinculada a los modelos de dominación de género en el orden social. Aquí se deben abordar de un modo integral las diversas facetas del cuidado (reproducción y mantención de la fuerza de trabajo), que hoy están socialmente asignadas a la esfera privada y específicamente a las mujeres, y respecto de las cuales es necesario elaborar propuestas cuyo abordaje implique modificar la asignación social y la apropiación de trabajo del cuidado. Estos dos últimos puntos determinan la centralidad del

⁵⁸⁸ BODELÓN, *Género y dominación...*, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁸⁹ MESTRE I MESTRE, *La Caixa...*, *op. cit.*, p. 95.

debate respecto de estas políticas, ya que no basta con que se considere establecer formas de retribución de estas tareas -como el reconocimiento de años para la jubilación o subsidios- o que algunas tareas “salgan del hogar”; ya que aun cuando tales medidas podrían constituir un avance respecto de aligerar el peso que significan para las mujeres, no se produciría un cambio paradigmático, en la medida que continuarían siendo una responsabilidad de las mujeres, gratuita o de bajo costo, en vez de avanzar en su reconceptualización como responsabilidad social que debe ser asumida por hombres, mujeres, la comunidad y el Estado.

En el caso de la política educacional en materia de género, no basta con la educación mixta, sino que debe plantearse un modelo co-educador respecto de hombres y mujeres, esto es que considere la diversidad sexual y aborde (para superar) específicamente las brechas en educación y, particularmente superar la enseñanza de modelos estereotipados de hombres y mujeres. Igualmente importante es erradicar la segregación sexual por materias o áreas de interés en el colegio; esto último es muy importante, porque es una herramienta que permite enfrentar la segregación por sexo en estudios superiores y luego en el ingreso al mercado del trabajo. Dentro de la política educacional, debe diseñarse modelos de formación y conocimiento de sexualidad y derechos sexuales y reproductivos.

7.1. Gender mainstreaming o transversalidad de género.

Resulta interesante analizar al menos brevemente, en el contexto de la reflexión sobre políticas públicas en género, la herramienta desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos con influencia del movimiento de mujeres referida a discriminación y género, conocida como *gender mainstreaming* o transversalidad de género⁵⁹⁰. Tal como se planteara en la Declaración y Plataforma de acción de Beijing (1995), esta permite considerar la perspectiva de género en el diseño, aplicación, seguimiento y evaluación de las políticas, pudiendo así dar cuenta de realidades de discriminaciones estructural.

En la Declaración de Beijing, se plantea de un modo particular “que la principal tarea de los mecanismos institucionales de los países⁵⁹¹ sería apoyar como corriente principal (*mainstreaming*),

⁵⁹⁰ El *mainstreaming* de género se plantea en el ámbito internacional con la Plataforma de acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995.

⁵⁹¹ Con ello se refería a la institucionalidad pública establecida para el adelanto de la mujer que cada país tuviera. En el caso de Chile, el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), actual Ministerio de la Mujer, y la Equidad de Género.

a escala gubernamental una perspectiva de igualdad de género en todas las políticas” y “promover una política activa y visible que eleve a corriente principal (*mainstreaming*) la perspectiva de género en todas las políticas y programas”⁵⁹².

Este mecanismo es particularmente interesante, ya que tal como se ha diseñado, exige desarrollar un conocimiento específico sobre las situaciones que se considerarán en las políticas públicas, en la medida que la realidad que se va a intervenir se abordará en lo referente a los temas o incidencias de género que allí pudieran haber, para luego hacerles seguimiento y evaluar el impacto. Así se visibilizan las necesidades de las mujeres evitando que políticas bien intencionada produzca efectos perversos, reforzando el sistema sexo –género.

De esta manera, su implementación supondrá necesariamente confrontarse con el análisis sobre si el enfoque de género es pertinente a la hora de diseñar o implementar la intervención, y despejar inquietudes tales como: ¿Afectará la propuesta la vida diaria de una o más partes de la población?; ¿Existen desigualdades entre mujeres y hombres en lo que se refiere a derechos, recursos, participación, valores y normas en el ámbito de aplicación? Si se ha contestado afirmativamente al menos a una de estas dos preguntas el enfoque de género es pertinente.

De este modo, esta estrategia está diseñada para permitir que el tema de la igualdad de género salga de su aislamiento o parcialidad y, a su vez, incentivar el involucramiento de más y nuevos actores, tanto en el sector público como en la sociedad civil, en la construcción de una sociedad más equilibrada en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

La transversalidad que implica esta herramienta en las políticas de igualdad la hace de suyo interesante desde la perspectiva que nos ocupa, es decir, el enfrentamiento de la discriminación estructural en materia de género. Sin embargo, si no se construye sobre la base de la subdiscriminación, puede transformarse en una herramienta puramente instrumental carente de eficacia. Como dice Barrère, carece de alcance significativo mientras no se determine que la igualdad de género se ha de incorporar transversalmente a las políticas públicas⁵⁹³.

⁵⁹² Este mandato está contenido específicamente en el párrafo 204 y 205 de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Se debe acotar que el concepto de corriente principal está contenido en la versión en inglés, en la versión en castellano no aparece esta idea.

⁵⁹³ BARRÈRE, “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming*...”, *op. cit.*, pp. 240-244.

Recapitulando

En el *presente* capítulo hemos abordado una propuesta que desde el Derecho permita avanzar hacia la igualdad sustancial entre mujeres y hombres. El punto de partida de nuestro planteamiento es la crítica al orden social sexual que determina un modelo de discriminación estructural para el sujeto mujeres, y en consecuencia, el eje central en este diseño es que el Derecho y su institucionalidad jurídica den cuenta del conflicto social de género, articulando las propuestas de una nueva institucionalidad jurídica, de nuevos y/o renovados derechos y garantías y herramientas y mecanismos jurídicos, contruidos para avanzar en la superación de los déficits de igualdad y discriminación generados por este orden social sexual.

Así, se han planteado y analizado propuestas que reivindiquen la diversidad en materia sexual y permitan, particularmente, la recepción de la subjetividad del sujeto mujeres, así como el cuestionamiento y su marginación del andamiaje jurídico de las apreciaciones basadas en estereotipos y/o ideas fundados en conceptos de inferioridad o subordinación del sujeto mujeres. Para ello, se plantea la superación de los conceptos formalistas, sosteniendo la necesidad de un ordenamiento jurídico compatible con la realidad material de las mujeres y sin que esta sea fuente de discriminación. Esto último se ha abordado desde la necesidad de dar cabida a una nueva perspectiva de discriminación, que es la discriminación estructural.

Luego, se ha sostenido la importancia y necesidad de desarrollar un sistema de derechos y garantías sexuadas, fundado en el planteamiento de que los derechos de las mujeres son también derechos humanos, lo que implica la ampliación de los derechos fundamentales y, conjuntamente, el desarrollo de una función promocional de los mismos, dotando de contenidos de género a los derechos ya existentes y configurando nuevos. En ese contexto, se analizan los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a una vida libre de violencia. En materia específica de derechos y participación política, se recoge el planteamiento de la paridad elaborado por la teoría feminista.

Se plantea además que se debe reestructurar la vinculación de la esfera pública de los derechos con la esfera privada doméstica, desde una doble perspectiva, que la realidad de la esfera privada sea considerada por la esfera pública y permee lo político y que, a su vez, este penetre lo familiar/doméstico en un proceso de irradiación de los derechos desde la esfera pública, lo que implica introducir en las relaciones de la esfera privada y particularmente en el ámbito de las relaciones familiares, reconocimiento y garantías de los derechos de las mujeres, específicamente

en lo referente a asegurar su condición de sujeto libre y autónomo. El trabajo de cuidado, cuya responsabilidad y ejecución deberá ser ampliado más allá de las mujeres, estableciendo nuevos principios jurídicos en materia de cuidado que determine la responsabilidad social de la reproducción y del cuidado y que además lo determine como trabajo que crea valor y que es fundamental para la reproducción y constitución de los sujetos.

Finalmente, planteamos la necesidad de contar con políticas públicas que permitan vehicular y materializar las garantías y derechos que se plantean como propuesta de cambio y de superación de la discriminación estructural.

CAPÍTULO SÉPTIMO

CONCLUSIONES

La ausencia del sujeto mujeres

Hemos planteado en esta tesis que la Modernidad y su orden social se estructuraron sobre la base de un orden sexual que determinaba (y determina) a los sujetos hombres y sujetos mujeres, su subjetividad, su lugar y rol social. Este orden sexual delimitó igualmente la construcción del Derecho y de la institucionalidad jurídica de la Modernidad respecto de hombres y mujeres, produciéndose un proceso que podríamos denominar de retroalimentación, en que este orden jurídico, a su vez, consolida y permite mantener dicho orden sexual.

El modelo de la Modernidad consideró la existencia de un derecho e institucionalidad jurídica de validez general, que por lo mismo, diseña y construye su normativa y su institucionalidad sobre la base de categorías y conceptualizaciones abstractas, elaboradas por sobre la realidad material de los sujetos y del orden social, y que han sido construidas a partir de los elementos o características que el propio orden social (en este caso el orden sexual) determinan como constituyentes, por lo que son expresión de la concepción dominante del modelo. En este contexto, la concepción de sujeto también fue configurada como una abstracción, con pretensión de validez general y dotada de carácter universal y neutra, pero cuyo modelo, en última instancia, es el sujeto *optimo iure* del constitucionalismo liberal, es decir un sujeto subjetivado conforme a dicha noción y no recepciona las subjetividades propias de los sujetos excluidos. Esta realidad deficitaria es particularmente compleja respecto del sujeto mujeres, ya que a diferencia de los grupos de varones inicialmente excluidos, en su caso no existe ni siquiera una recepción parcial de su subjetividad. El sujeto mujeres solo se encuentra recepcionado como un otro, como la alteridad que complementa al sujeto *optimo iure*, en todo aquello que este no la contiene.

La subjetivación deficitaria del sujeto en relación a las mujeres y su determinación como una alteridad determina y explica de modo sustancial el déficit de igualdad que respecto del sujeto mujeres se expresa en el Derecho y en la aplicación de este, ya que las mujeres no tienen expresión propia (plena) en la institucionalidad jurídica, configurada a partir de una noción de sujeto que no las recepciona.

En este contexto, el modelo construido para determinar la ruptura al principio y derecho de igualdad (praxis de la noción jurídica de igualdad) considera a los sujetos respecto de quienes debe determinar la existencia o ruptura de la igualdad como sujetos homologables que ocupan posiciones equivalentes en el entramado social (noción constituyente de la igualdad de trato), comparables, en otras palabras (basado en la denominada isonomía aristotélica), de modo que es posible medirlos con la misma vara. Por ello es que este modelo de igualdad no puede abordar las situaciones de ruptura que se producen u originan debido a relaciones de poder y jerarquía entre los sujetos que se dan en el orden social, toda vez que se niega a ver las relaciones de poder y jerarquía que las sustentan.

El orden social sexual estructura un modelo de subordinación y jerarquías respecto de los sujetos que lo integran basado en el sexo de estos, que determina una realidad diversa para hombres y mujeres, ya que les asigna lugares y roles a unos y a otras. Las mujeres, específicamente, se encuentran asignadas y construidas socialmente en y desde la esfera privada/doméstica, lugar desde donde se configuran y aplican los diversos dispositivos sociales para garantizar la mantención de este orden.

Las causas estructurantes del sistema sexo género, conforme plantea la teoría feminista, son, por una parte, la apropiación del trabajo de las mujeres, el cual realizan de modo gratuito en la economía del cuidado, garantizando con ello la reproducción humana y específicamente la fuerza de trabajo que el capitalismo requiere para asegurar la economía productiva y el mercado, y por otra parte y en estrecha vinculación con lo anterior, el control de la sexualidad y la capacidad procreativa de la mujer.

Esto significa que las situaciones de discriminación que afectan a las mujeres obedecen a estas causas estructurales y cuando se manifiestan de modo particular (individual o a un conjunto de mujeres) no es más que un epifenómeno de la discriminación estructural.

Ciudadanía deficitaria

Así, las mujeres ha quedado circunscritas a la esfera privada/ doméstica, negándoles la ciudadanía la condición de sujeto de derecho y la capacidad jurídica. El proceso de extensión de la ciudadanía a las mujeres, producido durante el siglo XX, implicó el reconocimiento de la ciudadanía política, el

reconocimiento y acceso formal a la condición de sujeto de derecho y la modificación o eliminación del orden normativo que limitaba su capacidad como sujeto pleno. Sin embargo, este proceso no significó modificar las condiciones estructurales del orden sexual en aquello que determina la ciudadanía de los sujetos hombres y de los sujetos mujeres, manteniéndose un conjunto de circunstancias que hacen deficitaria la ciudadanía de las mujeres:

- El Estado y los derechos no permean la esfera privada, que sigue siendo considerada como un espacio de no injerencia del poder público. Así, el sistema de derechos y sus garantías no se extienden a dicha esfera, limitando la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales respecto de aquellos aspectos que son propios del espacio privado doméstico. Un ejemplo de ello es el déficit que existe respecto de los derechos a la vida e integridad física, libertad y autodeterminación en lo referente al ámbito doméstico/familiar.
- La función social propia de la esfera privada que ha sido asignada a las mujeres: el trabajo del cuidado y la mantención de un orden familiar, determina la división sexual del trabajo, que restringe materialmente (e incluso imposibilita) a las mujeres para asumir otras tareas y/o crea barreras de entrada al ámbito del trabajo asalariado; manteniéndose así un modelo que tiene gran impacto en la limitación de la autonomía de las mujeres y en la constitución plena del sujeto.
- La vinculación social de las mujeres al ámbito de la familia (como núcleo de afectividad) la determina de un modo importante respecto de un espacio que mantiene, más allá de las reformas y normativa legal nueva, un orden jerárquico y no igualitario que contribuye a la conformación de mecanismos de subordinación.
- El sistema de derechos fundamentales no ha recepcionado la subjetividad que es propia del sujetos mujeres; así, no se ha modificado desde la subjetividad de las mujeres la definición y contenido de los derechos fundamentales; no se ha producido adecuadamente la configuración y recepción de nuevos derechos fundamentales vinculados a la subjetividad de las mujeres, y como producto de lo mismo, el sistema de garantías estructurado conforme al modelo del constitucionalismo liberal y posteriormente readecuado por el constitucionalismo del Estado social no logra establecer un sistema de garantía que asegure la protección, ejercicio y goce igualitario de los derechos fundamentales por parte de las mujeres.

Nuevo modelo jurídico, recepcionando la discriminación estructural de género.

Ante esta realidad de déficit estructural, las herramientas con que actualmente cuenta el Derecho, incluso las propuestas innovadoras o las diseñadas desde posiciones críticas del derecho, no son pertinentes en materia de igualdad y no discriminación, no dan respuesta a los requerimientos de las mujeres para avanzar hacia su constitución de sujeto pleno, ya que están construidas sin considerar la realidad material de las mujeres, por lo que no permiten dar cuenta ni superar la discriminación estructural en materia sexual.

Desde la teoría del género en el planteamiento *ius* feminista, se postula que es necesario estructurar un modelo jurídico institucional específico de no discriminación e igualdad de género. Esta propuesta debe configurarse, no como un modelo de igualdad sino que a partir de la (no) discriminación de género, que debe ser la base para la elaboración de herramientas específicas (nuevas o reestructuradas) que permitan al Estado y a los sujetos (ciudadanos/as) dar cuenta, encarar y superar la discriminación estructural que enfrentan las mujeres.

Este modelo se basa y define a partir de la noción de discriminación, incorporando la dimensión estructural, esto decir se considera que la discriminación es producto de causas estructurales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación de las mujeres, los que a su vez, son manifestación de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, resultantes del orden social sexual de la Modernidad. A partir de ello, el modelo debe considerar una redefinición de la vinculación entre lo público y lo privado-doméstico; lo que significa que el sistema de derechos fundamentales y su garantía deben extenderse a la esfera privada doméstica, de modo de dar cuenta y eliminar las barreras que vehiculizan la discriminación. Se trata de revertir la exclusión de las mujeres de lo público y de los hombres de la responsabilidad del cuidado y la reproducción de la especie; se debe superar la heterodesignación respecto de cada esfera, trasladando el debate político (ciudadano) a las funciones del cuidado y las relaciones de subordinación de la esfera privada doméstica; el concepto de igualdad política es también igualdad sexual en el ámbito privado, la politización de lo privado es una de las formas de redefinir la ciudadanía.

A partir de los componentes estructurantes señalados, el modelo jurídico-institucional específico de no discriminación e igualdad en materia de género se determina por un conjunto de características y elementos que son los que permiten definirlo, darle eficacia y materialidad.

1. El modelo está estructurado sobre la concepción de discriminación estructural, lo que permite determinar los requerimientos fundamentales necesarios para configurar una institucionalidad que pueda desarrollar herramientas conceptuales (técnicas/jurídicas) que den cuenta de la discriminación estructural que afecta a las mujeres y determinar los requerimientos para modificar o neutralizar las estructuras de poder y jerarquía que le dan existencia a aquella. Con la discriminación estructural como punto de partida, las soluciones no se orientan hacia el diseño de herramientas para el logro de la igualdad, sino más bien hacia la determinación y comprensión de los elementos constituyentes de la subordinación y discriminación (subdiscriminación) de las mujeres, de modo de poder abordarlos y avanzar hacia su superación. Al respecto, hay que considerar que por ser un fenómeno estructural, la discriminación se produce sistémicamente, es decir se expresa en diversos ámbitos (económicos, políticos, culturales, etc.) de la realidad social, y por lo mismo, la implementación de medidas y políticas orientadas a la transformación de los factores de discriminación no pueden ser unidireccionales, sino que igualmente sistémicas. Todo ello permite la configuración de criterios jurídicos que fundamenten el diseño o rediseño de herramientas jurídicas (constitucionales, legales y administrativas – políticas públicas-) para enfrentar la discriminación e incluso superar la condición estructurante que configura las realidades de discriminación.

Así, la discriminación estructural se configura como un cartabón que permite determinar las situaciones estructurales y sistemáticas de discriminación del sistema sexo-género. Especial importancia tiene considerar la existencia de estereotipos construidos y naturalizados respecto de la mujer, que la determinan y limitan como sujeto y la colocan en un lugar y rol social específico, por lo cual es fundamental estudiar y analizar las prácticas y comportamientos socio-culturales basados en conceptos de inferioridad o subordinación para determinar la configuración de construcciones estructurales de discriminación; en la misma línea, se deben analizar las barreras de diversa índole, pero especialmente las sociales, culturales y económicas, que operan como limitantes de la manifestación plena del sujeto mujeres, particularmente en materia de titularidad, ejercicio y goce de los derechos. Este análisis no sólo debe realizarse desde la disciplina jurídica y con su metodología, sino que es de gran importancia incluir otras disciplinas

científicas, particularmente la sociología, la antropología, la psicología, la filosofía política, las ciencias políticas y la historia.

2. El modelo planteado requiere no solo reconocer que la discriminación de las mujeres es de carácter estructural sino que su origen radica en la existencia de un conflicto social de género que la institucionalidad jurídica debe afrontar. Esto quiere decir, incorporar en el Derecho el diseño de una institucionalidad jurídica (nueva y/o reestructurada) que, por una parte, dé cuenta y arbitre respecto de los sujetos en el conflicto originado por el sistema sexo género y, por otra, permita superar los mecanismos de legitimación que otorga el derecho respecto de la subordinación del sujeto mujeres y los mecanismos institucionales y normativos (directos e indirectos) de control sobre estas y de los privilegios masculinos. Para lograr lo anterior, se debe abordar la realidad social de los sujetos desde un punto de vista material y considerar, asimismo, a los sujetos como seres materiales e históricos, superando, aunque sea parcialmente, el modelo de abstracción del constitucionalismo liberal y dando cuenta de los conflictos, jerarquías, relaciones de poder y formas de subordinación que existen entre los diversos grupos (sociales) en la sociedad.

Siguiendo en este punto lo planteado por el constitucionalismo del Estado social respecto a la incorporación en el Derecho de la conflictividad social, se señala la necesidad de que la institucionalidad jurídica, tanto la normativa constitucional como subconstitucional, se plantee la reestructuración del Estado en materia de conflictividad de género, fundamentalmente respecto de las potestades y obligaciones de hacer, en el sistema de los derechos fundamentales (principios y derechos) y sus garantías y en el desarrollo de nuevos ordenes normativos referidos a la no discriminación e igualdad en materias relativas al ámbito del trabajo del cuidado. Esto último significa específicamente: establecimiento de regímenes de corresponsabilidad y/o responsabilidad social en materia de cuidado y reproducción; eliminación de los mecanismos estructurantes de barreras para la vinculación de la esfera privada y pública y modificación de la asignación y rol social del sujeto mujeres al cuidado, de modo de permitir la configuración plena y autónoma de la mujer como sujeto. El rol del Estado en lo relacionado a las garantías de los derechos fundamentales determina que en tanto garante, a este se le asignan un conjunto de mandatos que implican acciones legislativas, administrativas y de elaboración e implementación de políticas públicas, orientadas a remover aquello que constituya o

configure subordinación y/o dominación respecto de la mujer y sea la base de la revisión de concepciones o modelos estereotipados basados en la inferioridad de la mujer.

3. El modelo de no discriminación en materia de género debe contemplar la diversidad sexual de los sujetos y su constitución subjetiva, especialmente la de los sujetos excluidos: las mujeres. Un modelo que se constituye a partir del reconocimiento de la discriminación estructural debe necesariamente dar cuenta de las diversas posiciones de los sujetos en el orden social respecto de los elementos estructurantes del mismo, lo que a su vez significa recepcionar y expresar las subjetividades que configuran a los sujetos de los diversos colectivos sociales. Específicamente, la diversidad y subjetividad deben ser recogidas por la institucionalidad y las herramientas jurídicas que se diseñen e implementen en el marco de un modelo específico que aborde la discriminación de género, ya que sólo si la institucionalidad contiene la diversidad subjetiva de los sujetos podrá configurar herramientas que efectivamente den cuenta de la realidad material de los mismos y de un modo particular de la realidad de discriminación que enfrentan o afecta a los diversos colectivos sociales. En este punto, tiene especial relevancia considerar el planteamiento de la interseccionalidad o análisis cruzado, ya que permite abordar desde la construcción subjetiva realidades de discriminación específicas respecto de determinados colectivos en los que se expresan múltiples discriminaciones, las que finalmente configuran una realidad sistémica específica de discriminación.
4. Este modelo de no discriminación articulado a partir de la dimensión estructural debe contemplar un sistema de garantías basado en un modelo de garantías de naturaleza objetiva, que impliquen un mandato para el Estado, de modo que este actúe para asegurar el cumplimiento y protección de los derechos, libertades y garantías respecto del conjunto de los sujetos que integran el orden social. Este mandato de garantía objetivo debe expresarse respecto de todas las esferas del orden social, es decir, permite y mandata una actuación garantista tanto en la esfera pública como en la privada. El sistema de garantías debe tener además una perspectiva de sujetos colectivos; superando así el planteamiento individual de derechos y garantías subjetivas, que no permite abordara los sujetos como colectivos conformados a partir de las relaciones de poder (dominio y subordinación) que se dan al interior de la sociedad. El sistema de garantías, en este modelo, supera una concepción de derechos individuales que sea demandable por el

sujeto para satisfacer su interés propio; la demanda debe plantearse desde el sujeto colectivo y considerar la necesidad de modificar las condiciones práctico materiales que condicionan la discriminación, lo que determina los requerimientos y al mismo tiempo definen los ámbitos y tipos de acción.

5. Respecto del sistema de derechos fundamentales, este debe recepcionar el planteamiento de que los derechos de las mujeres son también derechos humanos -tal como fuera recogido desde la doctrina *ius* feminista por la Declaración y Programa de Acción de Viena de junio de 1993- lo que significa, por una parte, la configuración de derechos contruidos a partir de la realidad y subjetividad del sujeto mujeres como son: los derechos de libertad y autodeterminación del sujeto y del cuerpo, derechos sexuales y reproductivos y el derecho a un mundo libre de violencia. Por otra parte, implica la reconfiguración de los derechos considerando las subjetividades de los sujetos, particularmente del sujeto mujeres, dado su exclusión de la noción universal. Se trata de dotar al sujeto de historicidad, de materialidad, lo que significa, en el caso de las mujeres, recoger como elementos determinantes del contenido de los derechos fundamentales el trabajo de cuidado y la reproducción, la división sexual del trabajo, la co-responsabilidad, la violencia de género, las barreras a la ciudadanía de las mujeres, la autonomía y libertad de las mujeres, la heterodesignación, la constitución de las mujeres en sujeto de derecho pleno y en igualdad (de condiciones);
6. Este modelo considera la redefinición de la vinculación entre lo público y lo privado-doméstico, de modo que los derechos y sus garantías se extiendan y penetren en la esfera privada/doméstica, politizando así esta última y permitiendo dar cuenta y superar las barreras que vehiculizan la discriminación. Dentro de ello, resulta central el abordar del trabajo del cuidado, como también las relaciones propias de la esfera privada-doméstica y, particularmente, de las relaciones familiares/afectivas, en tanto relaciones políticas que expresan o configuran un modelo de jerarquías y de subordinación respecto de las mujeres. Desde una concepción democrática, se debe garantizar e intervenir desde lo público, para que la familia asegure a todos sus miembros el igual ejercicio y goce en su seno de los derechos. El debate político (ciudadano) se debe dar respecto de las funciones del cuidado y las relaciones de subordinación de la esfera privada doméstica, y particularmente se debe abordar y eliminar o cambiar los diversos mecanismos culturales,

sociales, políticos y económicos que mantienen o refuerzan la división sexual del trabajo y las jerarquías.

7. La politización del trabajo del cuidado para superar la división sexual del trabajo, no sólo requiere politizar la esfera privada sino que también que esta se exprese en lo público, lo que para el modelo, significa que debe considerar que el sistema de derechos fundamentales recepcione la concepción normativa de la esfera privada-doméstica que se estructura a partir de las necesidades específicas de las personas, particularmente los requerimientos de los sujetos en materia de cuidado y reproducción. Esto permite, por una parte, configurar una noción de derechos fundamentales estructurada no a partir de una concepción abstracta de sujeto sino de la realidad de sujetos materiales que fundan sus relaciones en un modelo de equidad y reciprocidad y, por otra, dar reconocimiento al trabajo del cuidado desde el sistema de derechos y garantías como trabajo necesario para la mantención y reproducción humana. Desde esta perspectiva, es posible configurar un principio en materia de cuidado que establezca la responsabilidad social de la reproducción y del cuidado y que los derechos fundamentales recepcionen en su conceptualización el cuidado como tarea y responsabilidad universalizada.
8. En este diseño, es fundamental que junto con la politización de la esfera privada/doméstica y de los temas que definen al sujeto mujeres, se aborde también la inserción de estas en lo político, en tanto ese es el espacio de la formación de la voluntad ciudadana y es allí donde se produce la articulación y negociación del poder político, por lo su rol en los procesos de transformación político social es fundamental. Para avanzar en materia de participación política, se han diseñado fundamentalmente dos caminos, las leyes de cuotas y la paridad. En el planteamiento de un modelo que se estructure a partir de la discriminación (estructural) para avanzar hacia su superación, es más consistente el modelo de la paridad, ya que se fundamenta, por una parte, en la necesaria distribución del poder (político) como requisito para la superación de las barreras genéricas que provocan la exclusión de las mujeres, y por otra, en que la representación política no da cuenta de un genérico abstracto como es el concepto de pueblo sino que se funda en la noción de humanidad, la cual se sexualiza al concebirse como la sumatoria de los hombres y las mujeres. Ambos componentes de la paridad permiten dar cuenta a cabalidad del sujeto mujeres, de su subjetividad y de su ciudadanía en la esfera pública de la política y,

por lo mismo, abren un camino para materializar su participación en igualdad en los procesos de formación de la voluntad ciudadana y transformarse en sujetos soberanos.

9. Por último, el modelo planteado implica considerar herramientas políticas específicas que sean pertinentes para avanzar hacia la superación de la discriminación estructural y la constitución de sujetos plenos e iguales. Es decir, el establecimiento de políticas públicas que permitan el cuestionamiento y transformación del sistema sexo género. Particularmente habría que analizar la pertinencia de políticas públicas referidas a aquellas materias que son estratégicas respecto de realidades de subdiscriminación de las mujeres. La política pública debe plantearse como expresión de las garantías objetivas que constituye un mandato de hacer para el Estado, el cual no se limita a diseñar intervención respecto de la esfera pública sino particularmente de la esfera doméstica, para avanzar en la politización del trabajo del cuidado y en la supresión de las barreras que limitan el desarrollo pleno del sujeto mujeres y su inserción igualitaria y ciudadana en la esfera productiva (trabajo remunerado) y en la esfera pública, ejerciendo la titularidad de los derechos fundamentales y constituyéndose como sujetos soberanas respecto de sí mismas y del orden social.

Hipótesis

Se ha desarrollado en este capítulo, a modo de conclusión, la idea de cómo la existencia de un orden social sexual establecido como parte de la configuración de la Modernidad y su orden jurídico el constitucionalismo y el orden normativo que lo complementa, determinan respecto del sujeto mujeres en su conjunto, una estructura social que significa su subordinación y discriminación como sujeto, convirtiéndola en una no igual respecto del sujeto *optimo iure* que es el que fundamenta todo el ordenamiento normativo de la Modernidad. Por lo mismo, los instrumentos conceptuales y herramientas técnicas diseñadas por el derecho hegemónico para abordar y garantizar el principio y derecho de igualdad, la no discriminación de los sujetos y la constitución plena y cabal de todos los sujetos, no son plausibles ni consistentes, ya que no son aplicables respecto de los sujetos que no están en igualdad y equivalencia dentro del orden social. Por ello, se debe configurar un modelo diverso específicamente construido para abordar la realidad sistémica de subdiscriminación de las mujeres; que debe fundarse en la realidad

material del sujeto mujeres, estructurándose a partir de la subdiscriminación y recepcionando el conflicto social de género. Además, debe fundar y determinar una institucionalidad jurídica y las herramientas necesarias para dar cuenta y avanzar en la superación de los elementos que estructuran un modelo y realidad de discriminación de la mujer. Así esta propuesta nos permite demostrar la hipótesis planteada en esta tesis cómo el orden sexual del orden social de la Modernidad determinó la construcción de la institucionalidad jurídica sin considerar la realidad material de los sujetos conforme al sexo, estableciendo así un orden estructural que no permite la igualdad real de mujeres y hombres. Y asimismo, que es necesario plantearse críticamente respecto de la conceptualización del sujeto jurídico del constitucionalismo, del modelo de igualdad y ciudadanía fundada en dicha conceptualización y de la configuración de la mujer como sujeto de derecho; y que a partir de dicha crítica se deben diseñar nuevos caminos jurídicos que sustenten propuestas y herramientas para superar la discriminación estructural y para la configuración de un modelo de igualdad para mujeres y hombres fundado en la (no) discriminación estructural de género.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Serbal/UNESCO, Barcelona-España, 1985.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR. "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago*, pp. 167- 182, www.anuariocdh.uchile.cl, (última visita 15 de mayo de 2016).
- AGRA ROMERO, M^ª XOSÉ. "Ciudadanía: El Debate Feminista". En: Quesada F. (ed.): *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*. Madrid, Publicaciones UNED, 2002, pp. 129-160.
- AMORÓS, CELIA. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Madrid, 1985.
- AMORÓS, Celia y DE MIGUEL, Ana. "Introducción". En: AMORÓS, Celia y De MIGUEL, Ana (eds). *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva, Madrid, 2005.
- AMOROS, CELIA y COBO, ROSA. "Feminismo e Ilustración". En: AMORÓS, CELIA y MIGUEL, ANA (eds). *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*, tomo I, Minerva, Madrid, 2005, pp. 93-144.
- AMORÓS, CELIA y MIGUEL, ANA (eds). *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización*. 3 tomos, Minerva, Madrid, 2005.
- ANDERSON, ELIZABETH, "Feminist, Epistemology and Philosophy of Science" The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Summer, E.N. Zalta (Ed), 2000, en [Http://plato.stanford.edu/archives/sum2004/entries/feminism-epistemology](http://plato.stanford.edu/archives/sum2004/entries/feminism-epistemology), (última visita 15 de septiembre de 2014).
- ARIES PHILIPPE y DUBY, GEORGE (dirección). *Historia de la vida privada. De la Revolución francesa a la Primera Guerra Mundial*, Tomo 4. Taurus, Madrid, 1990.
- ARNAUD-DUC, Nicole. "Las contradicciones del derecho". En: DUBY, GEORGES y PERROT, MICHELLE. *Historia de las mujeres*. Tomo 7. Editorial Taurus, Madrid, 1993, pp. 91-126.
- BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA; *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*. Cátedra, 2005.

- BARCELONA, PIETRO. *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social*. Editorial Trotta. Madrid, España, 1996.
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?". *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp.75-89.
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. IVAP & Cívitas, Madrid, 1997.
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Revista Vasca de Administración Pública*, Mayo-Agosto 60, 2001, pp. 145-163.
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres*. Defensoría 2003.
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "Igualdad y «discriminación positiva» Un esbozo de análisis teórico-conceptual". *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* nº9, 2003, pp. 1-27. www.uv.es/cefd/9/barrere1.pdf, (última visita 20 de octubre de 2015).
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "Feminismo Jurídico". Voces publicadas en la Red, pp. 1-7, www.iustel.com PORTAL DERECHO, (última visita, 20 de marzo de 2015).
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "Ciudadanía europea e igualdad de género". *Revista Vasca de Administración Pública*, Mayo-Agosto 66, 2003, pp. 47-65.
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *Legislación y jurisprudencia antidiscriminatoria por razones de sexo género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa*. En: Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas www.fifcj-ifwlc.net., 2007, (última visita 20 de mayo de 2016)
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación". En: MESTRE I MESTRE R. (coordinadora) *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 45-71.
- BARRÈRE, MARÍA DE LOS ÁNGELES. "La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas". *Revista Vasca de Administración Pública*, Mayo-Diciembre 87-88, 2010, pp. 225-252.

- BARRÈRE UNZUETA, MARÍA ANGELES y MORONDO TARAMUNDI, DOLORES. “Subordiscriminación y discriminación interseccional elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011, pp. 15-42.
- BARTLETT, K. T.; “Feminist Legal Methods”. En: Bartlett, K.T. y Kennedy, R. (eds.), *Feminist Legal Theory*. Westview Press, 1991, pp.370-403.
- BELTRÁN, ELENA Y MAQUIEIRA, VIRGINIA (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid, 2001.
- BENHABIB, S. & CORNELLA, D. *Teoría Feminista y Teoría crítica*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1990.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Publicado en el portal de la Universidad Externado de Colombia. En: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf, (última visita 6 de septiembre de 2016).
- BOBBIO, NOBERTO. *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós, Barcelona-España, 1993.
- BOBBIO, NOBERTO. *Estado, Gobierno y Sociedad, Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica, Décimo cuarta impresión, México, 2010.
- BOBBIO, NOBERTO. *Liberalismo y Democracia*. Fondo de Cultura Económica, décimo tercera impresión, México, 2010.
- BOBBIO, NORBERTO y BOBERO, MICHELANGELO. *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- BOBBIO, NORBERTO; MATTEUCCI, NICOLA Y PASQUINO GIANFRANCO. *Diccionario de Política*. Editorial Siglo XXI, México, 2005.
- BODELÓN, Encarna. La igualdad y el movimiento de mujeres: propuesta y metodología para el estudio de género. *Working Paper* n.148, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona 1998, pp.1-17.
- BODELÓN, ENCARNA. “Dos metáforas para la libertad: igualdad y diferencia”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36 - 2002. España, pp. 237-264.

- BODELÓN, ENCARNA. "Justicia Feminista: Las políticas de derechos y de Igualdad compleja en el ámbito local". En: DE LA FUENTE VÁZQUEZ, MARIA (dir.). *Repensar Les Polítiques De Gènere Des De L'àmbit Local. Ciutats i Persones*. Barcelona, 2002. www.icps.es, pp. 151-172. (última visita 10 de abril de 2016)
- BODELÓN, ENCARNA. "Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico". En: NICOLÁS, GEMMA Y BODELÓN; ENCARNA (Comps.). *Género y Dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*, Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España, 2009, pp. .95-116.
- BODELÓN, ENCARNA. "Leyes de igualdad en Europa y transformaciones de la ciudadanía". En: HEIM, DANIELA Y BODELÓN, ENCARNA. *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*. Volumen I. Grupo Antígona y "Dones i Drets" Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona 2010. En: <http://centreantigona.uab.cat>. pp. 9-26. (última visita 10 de enero de 2017)
- BODELÓN ENCARNA. "La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la tradición jurídica del feminismo". En: LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa y RUBIO, Ana, coordinadoras. *Género, violencia y derecho*. Ediciones del puerto, Buenos Aires/Argentina, 2009, pp. 221-240.
- BODELÓN, ENCARNA. "Las Leyes de Igualdad de Género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?". *Anuario de Filosofía del Derecho* Nº 26, 2010, pp. 85 a 106.
- BODELÓN, ENCARNA. "Derecho y Justicia no androcéntricos", *Cuaderns de Psicologia*, 2010, vol. 12, nº2, pp.183-193.
- BÖHMER, M.F. "Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible". *Doxa*, 13, 1993.
- BUTLER, JUDITH. "Variaciones sobre sexo y género. Beauvoir, Wittig y Foucault". En: Benhabib, Seyla y Cornell, drucilla (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*. Edicions Alfons el Magnanim, Valencia, 1990, pp. 193 – 211.
- CABRUJA UBACH, TERESA. "Testimoni@s/activ@s molest@s" Practicas discursivas y dispositivos sociosexuados en sicología y derecho. En: NICOLÁS, GEMMA Y BODELÓN; ENCARNA (Comps.), *Género y Dominación: Críticas Feministas del Derecho y el Poder*, Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España, 2009, pp. 127-158.

- CAMPOS RUBIO, ARANTZA. "Aportaciones ius feministas a la revisión crítica del derecho y a la experiencia jurídica". *Mujeres y derecho pasado y presente I Congreso Multidisciplinar de la Sección Bizkaia de la Facultad de Derecho*, octubre 2008. pp. 167-226.
- CARBONELL, MIGUEL. "Igualdad y Constitución". *Cuadernos de la igualdad*, núm. 1, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2008,
- CARRASCO, CRISTINA. "La sostenibilidad de la vida humana: ¿Un asunto de mujeres?". *Mientras Tanto*, Nº82, otoño-invierno 2001, Icaria Editorial, Barcelona, pp. 43-70.
- CARRASCO, Cristina. "La economía feminista: ruptura teórica y propuesta política". En: *Con voz propia. La economía feminista como apuesta teórica y política*. La oveja roja, Madrid, 2014, pp. 25-47.
- CASCAJO, JOSÉ LUIS. *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CASSIER, ERNST. *La filosofía de la Ilustración*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México. 1972
- CASSIER, ERNST. *El mito del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económico, Octava reimpresión, México, 1993.
- CHARLES ZARKA, YVES. "La invención del sujeto de derecho". *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* nº 20, 1999, pp. 31-49.
- COBO BEDIA, ROSA. *Fundamento del patriarcado moderno: J.J. Rousseau*. Cátedra, Madrid, 1995.
- COLLADO MATEO, CONCEPCIÓN. *Mujeres, poder y derecho. Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 15-34
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIA PARALA REFORMA DE LAS POLÍTICAS DE LA INFANCIA. Informe "Chile Crece contigo" Santiago, junio 2006, p.65. En: [http://www.crececontigo.gob.cl/wpcontent/uploads/2009/11/Informe_del_Consejo_Asor_Presidencial_de_Infancia-_El_Futuro.pdf](http://www.crececontigo.gob.cl/wpcontent/uploads/2009/11/Informe_del_Consejo_Aesor_Presidencial_de_Infancia-_El_Futuro.pdf), (última visita 15 de marzo de 2017).
- DANSILIO, SERGIO. *La defensa de la objetividad en las epistemologías feminista*. Publicado en el sitio Web galileo.fcien.edu.uy, número 30, año 2013. En: http://galileo.fcien.edu.uy/numero_30.htm, (última visita 23 de noviembre de 2015).
- DAUPHIN, CÉCILE. "Las mujeres solas", En: *Historia de las mujeres*. Tomo 8. DUBY, Georges y PERROT, Michelle. Editorial Taurus, Madrid, 1993, pp. 131-147.

- DE CABO MARTÍN, CARLOS. “El sujeto y sus derechos”. UNED. *Teoría y realidad constitucional* n°7 primer semestre, 2001, pp. 117-135.
- DE CABO MARTÍN, CARLOS. *Teoría Constitucional de la Solidaridad*. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- DE CABO MARTÍN, CARLOS. “El tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado social”. UNED. *Teoría y realidad constitucional* n°19, 2007, pp. 199-213.
- DE CABO MARTÍN, CARLOS. “Propuestas para un constitucionalismo crítico”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 10. Núm. 19, enero-junio/2013. pp. 387-399.
- DE LUCAS, JAVIER. “La igualdad ante la ley”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, y Francisco (eds.). *El Derecho y la Justicia*. Trotta, Madrid, 1996, pp. 493-500.
- DIMIER, ALWIN. “Los derechos humanos desde una perspectiva europea”. En: AA. VV. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Serval/UNESCO, Barcelona-España, 1985, pp.106-125.
- DIPPEL, HORST. *Constitucionalismo Moderno*. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- DOUZINAS, COSTAS. *El fin de los Derechos Humanos*. Editorial Legis, Bogotá, 2008.
- DUBY, GEORGES y PERROT, MICHELLE. *Historia de las mujeres*. Editorial Taurus, Madrid, 1993.
- ESQUEMBRE VALDES, MARÍA DEL MAR. “Género y Ciudadanía, Mujeres y Constitución”. *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 35-51.
- ESQUEMBRE VALDES, MARÍA DEL MAR. Ciudadanía y Género. “Una reconstrucción de la triada de Derechos Fundamentales”. En: MONEREO ATIENZA, CRISTINA Y MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Directores y coordinadores), *Género y Derechos Fundamentales*, Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 135-174.
- ESQUEMBRE VALDES, MARÍA DEL MAR. “Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 23, Cortes Valencianas, España, año 2010, pp. 47-85.
- ESQUEMBRE CERDÁ, MAR. Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una “reforma constituyente” de la Constitución Española. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas* 1, 2016, pp. 184-212. En: <http://dx.doi.org/ariief.2016.1.1.1835>.

- ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal*. Editorial Gabriela Mistral. Segunda edición revisada y actualizada, Santiago de Chile, 1976.
- FACIO, ALDA. "Hacia otra teoría crítica del derecho". En: *Género y Derecho*. Colección contraseña. Estudios de género. Serie Casandra. LOM editores/ La Morada. Santiago de Chile, 2000, pp.201-233.
- FACIO, ALDA y FRIES LORENA. "Feminismo, género y patriarcado". En: *Género y Derecho*, Colección contraseña, Estudios de género, Serie Casandra, LOM editores/ La Morada, Santiago de Chile. 2000, pp.21-60.
- FEDERECI, SILVIA. *Calibán y la Bruja*. Tinta limón ediciones, Buenos Aires, 2011, p. 104.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Democracia y garantismo*. Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Cuarta edición, Madrid, 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI. "Igualdad y diferencia" En: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp.73-96.
- FERRAJOLI, LUIGI. "De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona". En: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 97-124.
- FERRAJOLI, LUIGI. "La igualdad y sus garantías". *AFDUAM* nº 13, Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad. 2010, pp.311-325.
- FERRAJOLI, LUIGI. "El principio de igualdad y la diferencia de género". En: CRUZ PARCEO, JUAN Y VÁZQUEZ, RODOLFO (Coordinadores). *Debates constitucionales sobre Derechos Humanos de las mujeres*. Colección Género Derecho y Justicia, México, 2011, pp. .1-26

- FIGUEROA BELLO, AÍDA “Aproximaciones Teóricas de la Igualdad en la Normativa Constitucional Española”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional* nº 2, enero-junio 2012, pp.123-167.
- FLORES, ONA y NASH, CLAUDIO. *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II. Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo*. Universidad de Chile Facultad de Derecho Centro de Derechos Humanos. Santiago, 2011. En: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/89.pdf>., (última visita 15 de marzo de 2017)
- FRAISSE, GENEVIÈVE. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª edición, Madrid, 2003.
- FRAISSE, GENEVIÈVE. *La controversia de los sexos: identidad, diferencia, igualdad y libertad*. Minerva Ediciones, Madrid, 2002.
- FRAISSE, GENEVIÈVE. *Musa de la razón. La democracia excluyente y la diferencia de los sexos*. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1991.
- FRASER, NANCY. “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica?”. En: BENHABIB, S. & CORNELLA, D. *Teoría Feminista y Teoría Crítica*. Alfons el Magnànim, Valencia, 1990.
- FRASER, NANCY. *Iustitias Interrupta. Reflexiones críticas desde una posición postsocialista*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997.
- FRASER, NANCY. *Escalas de Justicia*. Herder Editorial, Barcelona, 2008.
- FRASER, NANCY. “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. *Revista de Trabajo*. Año 4, número 6, Agosto-Diciembre 2008. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Buenos Aires-Argentina, pp.83-99.
- FRASER, NANCY Y HONNETH, AXEL. 2006. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid, Ediciones Morata.
- GARAFULIC, MARÍA PAZ. *Mujer y derecho. Una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú*. Proyecto Fundación Ford, Chile, 2001.

- GARCÍA, ADELA. *Género y Ciudadanía: Un debate carta de presentación*, Icaria Editorial, Barcelona, 2004, pp. 7 y 8.
- GARCIA AMADO, JUAN ANTONIO. "Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad". *Anuario de Filosofía del Derecho* 1987, España, pp.111 a 131.
- GARCÍA PASCUAL, CRISTINA. "Cuestiones de Vida y Muerte. Los dilemas éticos del aborto". *DERECHOS y LIBERTADES*, Número 16, Época II, enero 2007, pp. 181-209.
- GARCÍA PASCUAL, CRISTINA. "Autonomía de las mujeres y derechos reproductivos". *Jueces para la Democracia*, Número 71, julio 2011, pp. 76-90.
- GARITA VÍLCHEZ, ANA ISABEL. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. (ÚNETE / Naciones Unidas). En: http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf, (última visita 20 de enero 2016).
- GARZÓN VALDÉS, GASTÓN y LAPORTA, FRANCISCO. *El derecho y la justicia*. Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- GAVIOLA, EDDA; JILES, XIMENA; LOPRESTI, LORELLA Y ROJAS, CLAUDIA. *Queremos Votar en las próximas elecciones: Historia del movimiento femenino chileno 1913-1952*. Coedición de "La Morada"/Fempres-Ilet/Isis/Librería Lila y Centro de Estudios de la Mujer, Santiago de Chile, 1986.
- GIL RUIZ, JUANA MARÍA. "Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española". *Revista Vasca de Administración Pública*, enero-abril 92, 2012, pp. 17 – 54.
- HABERMAS, JÜRGEN. "Modernidad un proyecto incompleto". En: CASULLO, NICÓLAS (Compilador). *El debate modernidad postmodernidad*. Punto Sur Editores, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1991, pp. 131-144.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Más allá del Estado nacional*. Fondo de Cultura Económica, tercera reimpresión, México, 2006.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso. Editorial Trotta, 5ª edición, Madrid, 2008.

- HARDING, S. (1987), "Is There a Feminist Method?". En: *Feminism and Methodology*. Bloomington/Indianapolis. Indiana University Press, pp. 1-14.
- HARDING, S. *Ciencia y Feminismo*, Ediciones Morata, Madrid, 1996.
- HEIM, DANIELA Y BODELÓN, ENCARNA. Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas. Volumen I. Grupo Antígona y "Dones i Drets" Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona 2009. En: <http://centreantigona.uab.cat/>, (última visita 10 de enero de 2017)
- HESPANHA, ANTONIO MANUEL. *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- HOSBSBAWN, ERIC. *Historia del Siglo XX*. Crítica Grijalbo Mondari, Buenos Aires, 1998.
- HOSBSBAWN, ERIC. *Rebeldes primitivos. Estudios sobre las formas arcaicas de los movimientos sociales en los siglos XIX y XX*. Critica, Barcelona, 2001.
- HOSBSBAWN, ERIC. *La era del imperio*. Crítica Grijalbo Mondari, Buenos Aires, 1998.
- INE *Caracterización de los trabajadores a jornada parcial en Chile*, Documento de Trabajo Nº 1, Departamento De Estudios Sociales Instituto Nacional De Estadísticas Mayo/ 2011 En: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/estudios_y_documentos/estudios/estadisticas_sociales_trabajadores_jornadaparcial_chile_06062011.pdf
- IZQUIERDO BENITO, M^a JESÚS. "Sistema Sexo- Género". En: *Formación y acreditación en consultoría para la igualdad de mujeres y hombres*, Emakunde, España, 2003, pp. 1-29.
- JIMÉNEZ REDONDO, MANUEL, "Introducción". En: HABERMAS, JÜRGEN. *Más allá del Estado nacional*. Fondo de Cultura Económica, tercera reimpresión, México, 2006, pp. 7-39.
- JÓNASDÓTTIR, ANNA G. *El poder del amor: le importa el sexo a la democracia?* Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1^a edición, Madrid, 1993.
- LABARCA, AMANDA. *Historia de la enseñanza en Chile*. Imprenta Universitaria. Santiago. 1939.
- LAPORTA, FRANCISCO J. "Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema", en BETEGÓN, JERÓNIMO et. al, (coordinadores). *Constitución y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- LAPORTA, FRANCISCO J. "El principio de igualdad: Introducción a su análisis". *Revista de Ciencias Sociales*, nº 67, 1985, pp. 3-31.

- LARRAURI, ELENA. *Género y Derecho Penal*. Conferencia en seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas. San José de Costa Rica, 26 y 27 de septiembre de 2002, pp. 5 a 8. En: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_interinteres/ponencia%20elena%20larrauri.pdf.
- LAURENZO, PATRICIA; MAQUEDA, MARÍA LUISA Y RUBIO, ANA (Coordinadoras). *Género Violencia y Derecho*, Editores del Puerto, Argentina, 2009.
- MACKINNON, CATHERINE. “Feminism, Marxism, Method, and State; Toward Feminist Jurisprudence”. En: K.Bartlett y R.Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory*. Westview Press, 1991, pp.180-200.
- MACKINNON, CATHERINE. *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.
- MAQUIEIRA, VIRGINIA. *Mujeres, globalización y derechos humanos*. Ediciones Cátedra, Madrid, 2006.
- MAQUIEIRA, VIRGINIA. “Género, diferencia y desigualdad”. En: BELTRAN ELENA Y MAQUIEIRA VIRGINIA (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, 2008, pp. 127-184.
- MARKOVIC, MIHAILO. “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”. En: AA.VV. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Serbal/UNESCO, Barcelona-España, 1985, pp.126-146.
- MARSHALL, T.H. *Ciudadanía y clase social*. Alianza, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ HERRERO, MARÍA JOSÉ. *Las mujeres y la segregación laboral en la Unión Europea*. En: http://www.upo.es/congresos/export/sites/congresos/economiafeminista/documentos/area3/Mjose_Martinez.pdf, (última visita 20 de noviembre de 2016).
- MARX, CARLOS. *Carta a Arnold Ruge*, septiembre 1843. En: Archivo Marx-Engels. Traducción al castellano: Virginia Monti, 2008. Revisada en julio de 2014. www.marxists.org/espanol/m-e/cartas/m09-43.htm (última visita 12 de junio de 2014).
- MATHIEU, VITTORIO. “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”. En: AA. VV. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serval/UNESCO, Barcelona-España, 1985, pp. 34-51.

- MEDINA, CECILIA. "Observación General 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mujer e Igualdad". *Anuario de Derechos Humanos*. 2006. www.anuariodh.uchile.cl, pp. 127-132., (última visita 25 de agosto de 2015).
- MESTRE, RUTH. *La caixa de Pandora: Introducció a la teoria feminista del dret*. PUV, Valencia, 2006.
- MESTRE, RUTH (Coordinadora). *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- MESTRE, RUTH. "Teorías contemporáneas sobre identidad femenina y discriminación de género". En: MONOREO ATIENZA, CRISTINA Y MONOREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Directores y Coordinadores), *Género y derechos fundamentales*, Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 3-47.
- MESTRE, RUTH. "La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45, 2011, España, pp. 147-166.
- MESTRE, RUTH y ZÚNIGA, YANIRA (Coords.). *Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina*, Editorial tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MILL, JOHN STUART. *The subjection of women*. London: J.M. Dent & Sons Ltd. New York. E.P. Dutton & Co. Inc 1929.
- MONOREO ATIENZA, CRISTINA Y MONOREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (Directores y Coordinadores), *Género y derechos fundamentales*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- MOUFFE, CHANTAL. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Editorial Paidós, España, 1999.
- NACIONES UNIDAS, *RECOPIACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES*. Volumen I (Primera parte). Instrumentos de carácter universal, Naciones Unidas 2002, En: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation2sp.pdf>, (última vista 21 de enero de 2017).
- NICOLÁS, GEMMA Y BODELÓN, ENCARNA (Comps.). *Género y Dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*. Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España, 2009.

- NICOLÁS, GEMMA “Debates en epistemologías feministas. Del empiricismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista”, En: NICOLÁS, GEMMA Y BODELÓN; ENCARNA (Comps.), *Género y Dominación: Críticas feministas del derecho y el poder*, Desafíos 7, OSPDH/ANTHROPOS, España, 2009, pp.25-62.
- ÑOPO, HUGO. *Nuevo Siglo, Viejas Disparidades: Brecha Salarial por Género y Etnicidad en América Latina*, BID, 2012.
- OLIVA, ASUNCIÓN. “Debates sobre el Género”. En: AMORÓS, CELIA Y DE MIGUEL, ANA (eds). *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Tomo III, Minerva, Madrid, 2005.
- OUTRAN, DORINDA. *La Ilustración*. Editorial Siglo XXI, 1ª edición en español, México, 2009.
- PALACIOS ZULOAGA, PATRICIA. *El tratamiento de la violencia de género en la organización de Naciones Unidas*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, 2011, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/1.pdf>, (última visita 20 de noviembre 2015).
- PATEMAN, CAROLE. *El Contrato Sexual*. Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, España, 1995.
- PATEMAN, CAROLE. *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*. Stanford University Press. 20, 1989.
- PATEMAN, CAROLE. “Críticas feministas a la dicotomía público/privado”. En: CASTELLS, CARMEN (comp.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Paidós, Barcelona, 1996, pp. 2-23.
- PATEMAN, CAROLE. “El Estado de Bienestar Patriarcal”. *Contextos*, Año 2 No 5. Programa de Estudios de Género Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2000.
- PITCH, TAMAR. *Un derecho para dos*. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- PEÑA, CARLOS. “Prólogo”. En: *Género y Derecho*, Colección contraseña. Estudios de género. Serie Casandra, LOM editores/ La Morada, Santiago de Chile, 2000.
- PÉREZ OROZCO, AMAIA. “Del trabajo doméstico al trabajo de cuidados”. En: *Con voz propia. La economía feminista como apuesta teórica y política*. La oveja roja, Madrid, 2014, pp. 49-73.

- PERROT, MICHELE y MARTIN-FUGIER, ANNE. "Los Actores". En: ARIES, PHILIPPE y DUBY, GEORGE (dirección), *Historia de la vida privada. De la Revolución francesa a la Primera Guerra Mundial*, Tomo 4. Taurus, Madrid, 1990.
- POSADA KUBISSA, LUISA. "Cuando la razón práctica no es tan pura. (Aportaciones de la hermenéutica feminista alemana actual: a propósito de Kant)". En C. Amorós (ed.): «Feminismo y ética». *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política* nº 6, CSIC, Instituto de Filosofía, Madrid (noviembre 1992), pp. 17-36.
- PULEO, A. *La ilustración Olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*. Anthropos, Barcelona, 1993.
- RAWLS, JOHN. Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica, octava reimpresión, México, 2011.
- RAWLS, JOHN. "El derecho de gentes". *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* nº 16, 1997, pp. 5-36.
- REVERTER BAÑÓN, SONIA. "El ruido de la teoría feminista". *Cuadernos Kóre* (otoño 2009) Vol. 1, nº1, En: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CK/issue/view/146>, (Última visita 23 de noviembre de 2015), pp. 53-68.
- RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, CORINA. *Economía del Cuidado y Política Económica: Una aproximación a sus interrelaciones*. XXXVIII Reunión de la mesa directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Mar del Plata Argentina, 7 y 8 de septiembre de 2005
- ROUSSEAU, JEAN JACQUES. *El Contrato Social*. Biblioteca EDAF, Madrid, 1982.
- RUBIO CASTRO, ANA MARÍA. "Ciudadanía y sociedad civil: Avanzar en la igualdad desde la política". En: RUBIO CASTRO, ANA MARÍA Y HERRERA FLORES, JOAQUÍN (coords.) *Lo público y lo privado en contexto de la globalización*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer, España, 2006, pp. 23-66.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- RUIZ, ALICIA EC. (Comp). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

- SÁNCHEZ MUÑOZ, CRISTINA. "Feminismo y ciudadanía". En: DÍAZ, ELÍAS Y COLOMER, JOSÉ LUIS (eds). *Estado, justicia, derechos*. Alianza, Madrid, (2002), pp. 347-370.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, CRISTINA. "Género y constitución: un análisis de la ciudadanía social de las mujeres". En: LAPORTA, FRANCISCO et al. (eds.). *Constitución y derechos fundamentales: 25 aniversario de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2005, pp. 586-605.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, CRISTINA. "Renegociando la ciudadanía: las prácticas de iteraciones democráticas". En: *Multiculturalismo y feminismo*. Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), Madrid, 2007, pp. 63-70.
- SÁNCHEZ MANRÍQUEZ, KARIN. "El ingreso de la mujer chilena a la universidad y los cambios en la costumbre por medio de la ley 1872-1877". *Historia N° 39*, Vol. 2, julio-diciembre 2006, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, en: www.scielo.cl., pp. 497-529.
- SANTA CRUZ, ISABEL. "Sobre el concepto de igualdad algunas observaciones", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* nº 6, 1992, pp.145 a 152.
- SCOTT, JOAN W. "El género: una categoría útil para el análisis histórico". En: AMELANG, JAMES S. (coord.), NASH MARY (coord.), *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*. Edicions Alfons el Magnànim, Universidad de Valencia, España, 1990.
- SEVILLA MERINO, JULIA, VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN y GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. "La igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la teoría constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 67, Madrid, 2007, pp. 63-81.
- SMART, C.; "La mujer del discurso jurídico. En: *Derecho penal y criminología*, S.XXI, Madrid, 1994, pp. .167-177.
- SMART, C. *Feminism and the Power of Law*. London, 1989.
- SMART, C. "La teoría feminista y el discurso jurídico". En: *El derecho en el género y el género en el derecho*. BIRGIN, HAYDE (compiladora), Buenos Aires, Biblos, 2000, pp.31-69.
- SOHN, ANNE-MARIE. Los roles sexuales en Francia y en Inglaterra: una transición suave. En: DUBY, GEORGES y PERROT, MICHELLE. *Historia de las mujeres*. Tomo 9. Editorial Taurus, Madrid, 1993, pp.109-137.

- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *Manual de Historia del Derecho Español*. Editorial Tecnos, 4ª reimpresión, Madrid, 1990.
- UNDURRAGA, VERÓNICA. *Aborto y Protección del que está por nacer en la Constitución chilena*, Santiago, 2013.
- VARGAS-MACHUCA ORTEGA, RAMÓN. “Teoría de la justicia y ámbito doméstico”. En: *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* nº 14, 1996, pp. 139 – 151.
- VALCÁRCEL, AMELIA. *Sexo Filosofía sobre mujer y poder*. Anthropos, Barcelona, 1991.
- VALCÁRCEL, AMELIA. *Del miedo a la igualdad*, Barcelona, Editorial Crítica, 1993.
- VALCÁRCEL, AMELIA. *Rebeldes*. Editorial Plaza & Janés, Barcelona, 2000.
- VALCÁRCEL, AMELIA. *Feminismo en el Mundo Global*. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1ª edición, Madrid, 2008.
- VALENZUELA OYANEDER, CECILIA y VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS. “La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres” *Revista Ius et Praxis*, Año 21, Nº 1, 2015, pp. 271 - 314
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO. “Diversidad y ciudadanía: Una aproximación desde el pensamiento feminista”. En: PERIÑAN GÓMEZ, B. (Coord). *Derecho persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 475-541.
- VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN, En: GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO (Director) y GARRÍGUEZ GIMÉNEZ, AMPARO (Coordinadora), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Obra Colectiva, Editado por CISS, Wolters Kluwer, España, S.A.Valencia, 2007.
- VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal” *Revista de Derecho* Vol. XXIII Nº2 diciembre 2010 pp. 149-174.
- VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. “El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado”. *Política criminal* Vol. 7, Nº 14 (diciembre 2012), pp. 276 – 317.
- VILLEGAS DÍAZ, MYRNA y SANDRINI CARREÑO, RENATA. “Estado de necesidad defensivo y mujeres homicidas” en: *Doctrina y jurisprudencia penal* nº 16 año 2014, Universidad de los Andes, pp. 61-84.

- VILLEY, MICHEL. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1976.
- VITALE, HERMANNO, “¿Teoría General del Derecho o Fundación de una República Óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”. En: FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Cuarta edición, Madrid, 2009.
- YOUNG, IRIS MARION. *La justicia y la política de la diferencia*. Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, España, 2000.
- ZÚÑIGA, YANIRA. “Mujeres ciudadanía y participación política”. En: *Derechos Humanos y Mujeres. Teoría y Práctica*. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2013, pp. 181 -209.
- ZÚÑIGA, YANIRA “Paridad y cuotas. Un análisis de sus estrategias teórico-normativa y de su efectividad practica”. En: MESTRE, RUTH y ZÚÑIGA, YANIRA (Coords.). *Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina*, Editorial tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 81 a 109.
- ZÚÑIGA, YANIRA “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 2, 2010. En: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v17n2/art06.pdf>, pp.133-173., (última visita 18 de diciembre de 2016).
- ZÚÑIGA, YANIRA. “La “generización” de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”. *Revista de Derecho*, Volumen XXII nº2, diciembre 2009, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, pp. 39-64.
- ZÚÑIGA, YANIRA. “El derecho como representación-deformación. Un análisis de su construcción adversarial en clave de género y derechos fundamentales”. *Revista de Derecho*, Volumen 19 nº1, julio 2006, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, pp. 35-59.
- ZÚÑIGA, YANIRA Y TURNER, SUSAN. “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones Latinoamericanas”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20 nº 2, 2013.

Normas chilenas

Constitución Política de Chile de 1925. En: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241203>

Constitución Política del Chile de 1980. En: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Código Civil de la República de Chile Versión original. Imprenta Nacional, Santiago de Chile, mayo de 1856. En: books.google.cl/books?id=jIYzAQAAAMAJ&printsec=frontcover&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true. (Última visita 19 de diciembre de 2015).

Código Civil chileno. En: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>.

Código Penal Chileno. En: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0>.

Ley nº 12.522, concede a los imponentes de la Caja de retiro y de previsión social de los Ferrocarriles del Estado y a los jubilados de dicha institución y de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, el derecho a causar montepío en favor de las personas que señala, publicada en el D.O. 4 de octubre de 1957.

Ley nº 18.933, crea la Superintendencia de instituciones de salud previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE, publicada en el D.O. 9 de marzo de 1990.

Ley nº 19.325, establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar, publicada en el D.O. el 27 de agosto de 1994.

Ley nº 19.335, establece régimen de participación en los gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de matrimonio civil, publicada en el D.O. 23 de septiembre de 1994.

Ley nº 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, publicada en el D.O. 12 de julio de 1999.

Ley nº 19.927, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, publicada en el D.O. 14 de enero de 2004.

Ley nº 20.005, tipifica y sanciona el acoso sexual, 18 de marzo de 2005.

Ley nº 20.015, modifica la Ley nº 18.933, sobre instituciones de salud previsional, publicada en el D.O. 17 de mayo de 2005.

Ley nº 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, publicada en el D.O. el 07 de octubre de 2005.

Ley nº 20.418, fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada en el D.O. 28 de enero de 2010.

Ley nº 20.545, modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, publicada en el D.O. 17 de octubre de 2011.

Ley nº 20.609 Establece medidas contra la discriminación, publicado en el D.O. 24 de julio de 2012.

Ley nº 20.680, introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, 21 de junio de 2013.

Ley nº 20.891, perfecciona el permiso postnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos que indica, 22 de enero de 2016.

Mensaje presidencial. Historia de la Ley nº 19.611, p. 6 y 7. file:///C:/Users/claudia/Downloads/HL19611%20.pdf, (última visita 22 de mayo de 2014).

Decreto con Fuerza de Ley nº 150 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el D.O. 25 de marzo de 1982.

Legislación comparada

Italia

Constitución italiana de 1947. En: <http://www.italianoinfamiglia.it/documenti/costituzione-in-spagnolo.pdf>, (última visita 15 de noviembre de 2016).

España

Constitución española de 1978. En: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229, (última visita 28 de noviembre de 2016).

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, (última visita 5 de abril de 2017).

Argentina

Ley 26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrolle sus relaciones interpersonales” de abril de 2004, (última visita 25 de marzo de 2017).

Perú

Ley N° 27942 del año 2003, dictada para la prevención y sanción del hostigamiento sexual, (última visita 4 de abril de 2017).

Ley N° 30314 del año 2015, para Prevenir y Sancionar el Acoso Sexual en Espacios Públicos, (última visita 4 de abril de 2017).

Convenciones, declaraciones e informes internacionales de derechos humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Convención sobre derechos políticos de la mujer de 1952.

Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 1957.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Belem do Pará” de 1996.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, junio 1993, Declaración y Programa de Acción de Viena.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 1994.

Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995.

Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños de 2000.

Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.

Comité CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). 12 de noviembre de 2012. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. [en línea] <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>> [consulta: 13 marzo 2016].

Derecho comunitario europeo

Tratado de Amsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos del 2 de octubre de 1997. Comunidad Europea.

Jurisprudencia Corte Interamericana

CIDH Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n°160.

CIDH Caso Masacres de Río Negro. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n° 250.

CIDH Caso González y otras (“Campo Algodonero”). Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n° 205.

CIDH Caso Rosendo Cantú y otra. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n° 216.

CIDH Caso Fernández Ortega y otros Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n° 215.

CIDH Caso Artavia Murillos y otros (“Fecundación in vitro”). Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n° 257.

Resoluciones

CASO 12.051, MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES, BRASIL, 16 de abril de 2001.

Jurisprudencia tribunal constitucional chileno

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 28 - 85 de 28 de abril de 1985.

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol nº 740-07-INA (denominada “de la píldora del día después”) de 1º de abril de 2008.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 787 - 07 - INA de 18 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional. Sentencias rol 976 – 07 – INA de 26 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1218 – 08 – INA de 7 de julio de 2009.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1287 – 08 – INA de 08 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1273 – 08 – INA de 20 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1348 – 09 – INA de 27 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1710 – 10 – INC de 06 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 1881-10 –INA de 03 de noviembre de 2011.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2250-12-INA de 1º de junio de 2013.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2320-12-INA de 14 de agosto de 2013.

Tribunal Constitucional. Sentencia rol 2357-12-INA de 4 julio de 2013.

Jurisprudencia otros tribunales chilenos

Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle (RIT N° 29-2016).

Tribunal Oral en Lo Penal de Puente Alto (RIT N° 166-2012).

Jurisprudencia tribunal Constitucional español

Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007).