

Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?

Por MARI ANGELES BARRERE UNZUETA

San Sebastián

I. PLANTEAMIENTO INICIAL: FEMINISMO Y GARANTISMO COMO IDEOLOGIAS

Expondré en este apartado una serie de puntos de partida que resultan bastante elementales sobre el feminismo, el garantismo y la teoría del derecho feminista.

Entiendo por «feminismo» 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, considero feministas las actitudes y prácticas encuadrables en tal reconocimiento y objetivo¹.

En lo que respecta al «garantismo», entiendo por tal una ideología jurídica que partiendo del reconocimiento de los valores o principios recogidos en las Constituciones modernas tiene como finalidad protegerlos y desarrollarlos. Igualmente, por extensión, considero garantistas las actitudes y prácticas encuadrables en tal reconocimiento y finalidad.

Por lo demás, queda fuera de este planteamiento inicial un pronunciamiento más específico sobre lo que entiendo por «teoría del derecho feminista», avanzando, sin embargo, que considero como «teoría» un tipo de discurso más riguroso, abstracto y general que la «ideología» y que, desde mi óptica, una teoría del derecho feminista implica el feminismo y el garantismo según el modo en el que se acaban de presentar, es decir, como ideologías (social y jurídica, respectivamente).

El punto de partida es, pues, la consideración del feminismo y del garantismo como *ideologías*. Con carácter general, a través de esta caracteri-

1. No hay inconveniente en considerar feministas las actitudes y prácticas individuales, si bien el feminismo como tal (esto es, como «ismo») resulta un fenómeno colectivo en el que precisamente las actitudes y prácticas individuales encuentran sentido.

zación se quiere indicar que el feminismo y el garantismo constituyen *to-mas de postura* frente a algo² y que como tales admiten distintos grados y planteamientos.

Aun siendo caracterizados ambos como ideologías, el feminismo y el garantismo se diferencian por la «realidad» sobre la que toman postura: «social» el feminismo y «jurídica» el garantismo. Pero entiéndase bien, no es que hagan frente a «realidades distintas». La realidad es *una*, sólo que se encuentra distintamente definida en extensión (la definición social es «más extensa» que la jurídica) y en intensidad (la definición jurídica es «más intensa» que la social)³.

Otro punto de partida en relación a ambas ideologías se refiere al momento en el que surgen históricamente. Feminismo y garantismo son ideologías coetáneas pero no simultáneas. Con esto se quiere señalar que aunque el período histórico en el que ven la luz es en ambos casos coincidente con la Ilustración, no surgen a la vez, sino que el feminismo se inscribe en (y por tanto le sucede a) el garantismo, que a su vez inspira la estructura del Estado liberal (aquí sinónimo de Estado de Derecho) y conforma los valores jurídicos modernos.

Esto último merece ser subrayado porque, a pesar de que el *prius* de la Ilustración resulta pacífico en los estudios feministas⁴, el concepto de «razón», y más concretamente de «razón jurídica», que tiene su origen en el movimiento ilustrado, resulta un blanco frecuente del mismo tipo de estudios. Desde mi punto de vista (feminista), el ataque «en abstracto» a los valores enarbolados por la Ilustración es un error, siendo precisamente éste el error en el que caen buena parte de las propuestas englobadas bajo el rótulo de la «Feminist Jurisprudence», que, por tanto —se adelanta ya—, aquí serán objeto de crítica.

Partiendo, pues, de que el feminismo se ampara en la Ilustración y de que ésta representa un momento positivo en la historia del Derecho, no concibo una ideología feminista en contra de los valores aparejados a la Ilustración.

Dos últimas precisiones resultan necesarias respecto al feminismo y al garantismo como ideologías. En cuanto al primero, debe indicarse que para ser feminista no es requisito indispensable ser mujer o, en otras palabras, que el feminismo carece de una relación esencialista con el sexo femenino, de tal manera que por lo mismo que se puede ser feminista y de

2. Sobre este modo de entender la ideología vid. BOBBIO (1979, pp. 265-266).

3. No se aportan aquí mayores detalles sobre lo que se entiende por «más extensa» y «más intensa», dejando el desarrollo de los aspectos filosóficos que presenta esta separación para otra sede. Avanzo, sin embargo, que en el fondo de esta separación late el intento de reformular una contraposición frecuente, pero es poco convincente, entre una realidad *de hecho* (*de facto*) y una realidad *de derecho* (*de iure*).

4. Vid. entre los más recientes AGRA ROMERO (1990, p. 190) y MOLINA PETIT (1990, p. 135).

sexo masculino, se puede también no profesar la ideología feminista y sin embargo ser mujer. Mantener esta tesis contraria a ciertas voces del feminismo no impide observar ni comprender que tanto el grado de conciencia como de práctica feminista sea mayor entre las mujeres que entre los hombres en la medida en que, precisamente, son las mujeres las que han sufrido y sufren la subordinación. Por lo demás, esta misma tesis permite explicar que en ciertas partes del Globo por todos bien conocidas sean las mujeres las que, no sólo no admiten la subordinación, sino que en muchos casos conforman la principal opinión crítica contra las prácticas y los ideales feministas.

La segunda precisión se refiere al garantismo. En contra de lo que pueda parecer, esta ideología no tiene como única finalidad proteger y conservar los valores o principios que configuran los derechos y libertades defendidos por (y en el momento de) la Ilustración. Por el contrario, el garantismo aquí invocado se basa en la utopía de unos valores nunca realizables que, si bien encuentra fundamento en la Ilustración, se piensa más como reacción viva, como un desarrollo y una actualización constante de unos derechos y libertades en una crisis constante de materialización.

II. CONCRECIÓN DE MODELOS

Ya se ha mencionado cómo el feminismo y el garantismo admiten grados y planteamientos diversos. En este sentido, hablar de ambas ideologías en abstracto conlleva un nivel de generalidad argumentativa poco operativo. Dedicaré, por tanto, este epígrafe a la concreción de dos modelos o, más estrictamente, a la elección de un modelo feminista y un modelo garantista que permitan ulteriores construcciones y razonamientos. Empezaré por el modelo feminista.

La pluralidad del feminismo es un hecho tanto desde una perspectiva sincrónica como diacrónica. Exceptuando, quizá, los primeros momentos de la lucha sufraguista, la pluralidad de planteamientos y prácticas feministas recorre la historia de esta ideología. Las particularidades de esta pluralidad y el rumbo específico que toma el feminismo en los distintos marcos geográficos han sido ya puestos de relieve en numerosos estudios, y puesto que además aquí no se hará referencia a ningún país específico, me permito pasarlos por alto. En consecuencia, tampoco me haré eco de los aspectos más duros y dolorosos para sus protagonistas, víctimas de no haber sabido conjugar el pluralismo con la pluralidad. Por el contrario, ahora se trata de ofrecer un modelo muy general, construido, obviamente, sobre la base del pasado y el presente del feminismo, pero sin una vinculación específica a una tendencia y a un país determinados.

Algunas características de este modelo del feminismo ya han sido avanzadas. Así, por ejemplo: 1) su configuración como praxis (en la medida en que no considero feminista a quien es consciente de la subordinación pero

no lo manifiesta); 2) su antiesencialismo (en la medida en que, sin que el ser mujer resulte accidental, no considero necesario para ser feminista ser de sexo femenino)⁵, y 3) su origen ilustrado (en la medida en que nace amparado en los valores de la Ilustración). A éstas añadiré ahora otra que, a mi juicio, resulta esencial para modelar la ideología feminista y conjuntarla con la garantista. Se trata de su *antiautoritarismo*. Por «antiautoritarismo» entiendo, muy genéricamente, el *background* que ha inspirado conceptos como los de «patriarcado» y «gender» (por complejos que resulten), sobre los que ha girado y gira la reflexión feminista de los últimos veinte años.

En consecuencia, aunque no considero prudente hablar (al menos aquí) de esencias ni de liberaciones, sí hay algo en el feminismo que considero esencial –y potencialmente liberador– como es precisamente ese antiautoritarismo, bien tenga enfrente el *sexo* dominante, el *género* dominante o cualquier otra forma de objetivización del poder que conlleve la subordinación de la mujer. La lucha contra el poder, contra lo que se impone, contra lo que domina resulta, pues, desde mi punto de vista, si no lo «propio» del feminismo (en lo que no entro directamente), una característica esencial de la ideología feminista.

Por lo que respecta al modelo garantista, la concreción de éste encuentra acomodo en la obra del iusfilósofo italiano LUIGI FERRAJOLI. El principal ámbito del garantismo de FERRAJOLI es el Derecho penal, pero, como él mismo de encarga de apuntar, muchas de las cuestiones teóricas y filosóficas que se plantean pueden extenderse a otros sectores del Derecho público igualmente afectados por «una crisi strutturale delle garanzie dello stato di diritto»⁶.

Junto al reconocimiento del Estado de Derecho como representación de los valores de la civilización jurídica moderna (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)⁷, el garantismo se presenta como una respuesta, como una postura activa ante la crisis que envuelve a aquél. Y este último detalle es el que interesa resaltar en la forma de entender aquí el garantismo. Este se presenta como una respuesta a la crisis cuya palabra clave es precisamente «autoritarismo».

5. Haciendo uso de una conocida distinción se podría decir que resulta una *conditio per qua*, pero no una *conditio sine qua non*. Con esto no intento negar la legitimidad o, incluso, la necesidad de un feminismo esencialista, sino que me limito a negar la oportunidad de elevar ese tipo de discurso feminista a ideología inspiradora de la teoría jurídica.

6. FERRAJOLI (1989), p. XXII.

7. FERRAJOLI (1989), p. XVIII.

Refiriéndose concretamente al campo penal, FERRAJOLI menciona ciertos modelos de Derecho penal autoritarios (de tipo sustancialista e inquisitorial) que habrían empezado a tomar cuerpo a partir de la segunda mitad del siglo XIX⁸; pero está claro que el detonante de la memoria y reconstrucción histórica en clave «autoritaria» de FERRAJOLI resulta mucho más cercano⁹.

Frente al autoritarismo, garantías. Este es en definitiva el mensaje de FERRAJOLI, sólo que el mensaje va acompañado de la correspondiente propuesta conceptual. Por de pronto, el concepto mismo de «garantías». FERRAJOLI concibe a éstas como «vincoli normativi idonei ad assicurare effettività ai diritti soggettivi e più in generale ai principi assiologici sanciti dalle leggi», así como «mecanismi istituzionali volti ad assicurare la massima corrispondenza tra normatività ed effettività nella tutela o nella soddisfazione dei diritti»¹⁰. De la formulación del concepto se ve claro, pues, que lo mismo es utilizable para el campo del Derecho penal que —por poner un ejemplo— para el civil, el laboral y, más generalmente, el constitucional.

En el caso del Derecho penal, en el que lo que se trata de tutelar son las libertades de los ciudadanos contra la indeterminación de las prohibiciones y la arbitrariedad de las condenas, las garantías consistirán en la estricta legalidad de los delitos y en la verdad formal de su comprobación procesal; pero como reconoce el mismo autor, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela cambian también las técnicas normativas que les han de servir de garantías, de tal manera que «se ai diritti di libertà (o "diritti di" o "da") corrispondono *garanzie negative* consistenti in limiti o *divieti* di fare, ai *diritti sociali* (o "diritti a") corrispondono *garanzie positive* consistenti in *obblighi* di prestazioni individuali o sociali»¹¹. No importa, pues, el tipo específico de técnica a emplear en la elaboración de las garantías; lo más importante es esto último, es decir, su elaboración.

Por lo demás, la importancia que adquiere la elaboración de las garantías así entendidas en el ámbito específico de los derechos sociales es algo sobre lo que FERRAJOLI se había detenido en otro trabajo anterior¹² en el que el autor italiano somete a un proceso particular al *Welfare State*. La acusación es muy concreta y —se puede añadir— resulta conocida: el *Welfare State* carece de «una struttura istituzionale garantistica analoga a quella del vecchio Stato liberale di diritto e specificamente idonea a garantire i nuovi diritti so-

8. FERRAJOLI (1989), P. XVIII.

9. En este sentido, como pone de relieve GUASTINI (1980), *slogans* garantistas comienzan a circular en Italia como reacción a los procesos de transformación autoritaria del sistema político, especialmente en la legislatura 1976-79, pero también en la precedente (p. 63).

10. FERRAJOLI (1989), p. XXIII.

11. FERRAJOLI (1989), p. XVIII.

12. FERRAJOLI (1980).

ciali corrispondenti alle nuove funzioni e prestazioni dello Stato. Non dà vita insomma a un garantismo giuridico-sociale in aggiunta al garantismo giuridico-liberale dei tradizionali diritti individuali di libertà»¹³.

También resulta conocido el tipo de derechos sociales a los que alude FERRAJOLI (el trabajo, la vivienda, la educación, la asistencia sanitaria, etc.) y conocidas son las razones (económicas y de estrategias políticas regresivas y antisociales) aducidas por el autor para explicar los recortes presupuestarios que afectan directamente a la creciente reducción de las prestaciones sociales y asistenciales vinculadas a este tipo de derechos. Sin embargo, no por conocidas estas cuestiones han hecho fructificar una estrategia teórico-garantista como la que plantea FERRAJOLI y que, dicho sea de paso, abriría nuevos cauces a la política feminista.

III. SU INTEGRACION: UN EJEMPLO

A tenor de la caracterización efectuada hasta el momento, feminismo y garantismo son dos ideologías entre las que, comparativamente, se aprecian ciertas semejanzas y ciertas divergencias. Ahora bien, lo que es interesante resaltar es que ni las divergencias las hacen incompatibles ni las semejanzas las hacen superfluas. Es más, no sólo se puede ser simultáneamente feminista y garantista, sino que, a mi juicio, el feminismo necesita instrumentalmente al garantismo y el garantismo no resulta tal sin el feminismo. Para ilustrar esta complementariedad acudiré a un ejemplo.

Gran Bretaña ha sido uno de los países occidentales con mayor experiencia en lo que respecta a la puesta en marcha de ese modelo de Estado llamado del bienestar o *Welfare State*. En la historia del *Welfare State* en dicho país se distinguen varias etapas y varias ideologías operantes en las mismas¹⁴. Una de estas resulta precisamente el feminismo. Pero para mayor exactitud, cada una de las etapas del *Welfare* no es testigo solamente de *un* feminismo, sino de *varias* posturas feministas que además se pronuncian de distinta manera (incluso en abierta pugna o contienda entre ellas) respecto a la política del Estado asistencial¹⁵.

Concretamente, la segunda de las etapas del *Welfare* en Gran Bretaña coincide con el final de la segunda guerra mundial y se extiende también a la posguerra (1942-48), imprimiendo al feminismo un sello de moderación. Así, sin desaparecer del todo las posturas radicales que en el período anterior habían centrado sus reivindicaciones independizando a la mujer de la familia y del matrimonio, estas instituciones vuelven a ejercer de tamiz reivindicativo para el feminismo mayoritario de la época. Esta «invo-

13. FERRAJOLI (1980), p. 42.

14. CLARKE/COCHRANE/SMART (1987).

15. Vid. una reconstrucción más sucinta de la reacción feminista frente al *Welfare* británico en THRELFALL (1990).

lución» (el término es mío) del discurso feminista mayoritario hacia un feminismo de tipo tradicional (tamizado por el *rol* familiar y doméstico para la mujer) radicaliza a su vez otro feminismo que invoca los derechos de la mujer (en concreto los relativos a las prestaciones sociales) como individuo (*individual*) y no como parte o miembro de las instituciones citadas (como viuda, madre o ama de casa).

Los esfuerzos de esta última tendencia feminista se encuentran sin embargo con ciertas dificultades dialécticas al tener que partir de las diferencias que separan a las mujeres de los hombres en el mercado de trabajo. El argumento es conocido¹⁶: la petición de iguales derechos se basa en (la presunción de) que el hombre y la mujer se encuentran en la misma situación en el mercado de trabajo (como individuos). Teniendo en cuenta que son muchas las mujeres (y más en 1943) que, a diferencia de los hombres, desempeñan *roles* familiares y domésticos, ¿cómo van a reivindicar iguales derechos asistenciales («individuales») ante el *Welfare*? En este sentido, mucho más «lógica» (el término es mío) y atendible se presenta la vía escogida por el feminismo moderado, que se contenta con pedir que, por ejemplo, los subsidios familiares le sean pagados a la madre en lugar de al padre.

Afortunadamente, buena parte del feminismo de hoy día ha desentrañado la tendenciosidad del argumento de la desigualdad social como impedimento para la igualdad jurídica y, en la misma línea seguida por esta dirección, se incluyen distinciones y aclaraciones que, aun a riesgo de ser consideradas «banales» —recuerda COMANDUCCI—, «nella foga della discussione, tendiamo a volte a dimenticare»¹⁷. Otra parte, sin embargo, ha escogido una vía diversa basándose en una pretendida especificidad de la personalidad femenina¹⁸.

A mi juicio, esta última vía peca de esencialismo y por tanto no resulta convincente. En este sentido intentaré seguidamente dar argumentos que desarrollen la primera vía. Para ello me serviré, una vez más, del planteamiento sobre el principio de igualdad contenido en la teoría garantista de LUIGI FERRAJOLI, permitiéndome recordar sobre el particular que el objetivo último es precisamente tratar de demostrar que el garantismo le sirve al feminismo —como yo lo entiendo (digamos «no tradicional», en el sentido de rupturista con la defensa de los *roles* tradicionales de la mujer como «profesión» de ésta)— de apoyo argumentativo y que, viceversa, en este servicio instrumental al feminismo el garantismo encuentra una jus-

16. CLARKE/COCHRANE/SMART (1987), p. 105.

17. Por ejemplo, y a título meramente ilustrativo, que «igualdad» no es sinónimo de «identidad» y que, en consecuencia, decir que dos entes (en este caso un hombre y una mujer) son iguales no equivale a afirmar que son idénticos, sino que «aun no siendo idénticos hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos a un lado y asumimos como relevantes las características similares o, en ciertos casos, idénticas»; COMANDUCCI (1988), p. 826.

18. Una postura representativa al respecto es la de GILLIGAN (1982).

tificación¹⁹. Paso, pues, a exponer brevemente el tratamiento del principio de igualdad en la obra de FERRAJOLI.

Con un apartado titulado «Garantismo, uguaglianza e tutela dei diritti fondamentali» este autor introduce lo que denomina «el punto de vista externo» sobre el garantismo²⁰. Por *punto de vista esterno* o –como también lo denomina– «dal basso» entiende el punto de vista de las personas, presidido por el primado axiológico de la «persona como valor» o del «valor de las personas». Sobre este valor basa precisamente el concepto moderno de «tolerancia», que es definida como el «rispetto di tutte le possibili identità personali e di tutti i relativi punti di vista», así como «l'attribuzione a ciascuna persona del medesimo valore; laddove *l'intolleranza* è il disvalore associato a una qualche persona in forza della sua particolare identità»²¹.

El valor primario de la persona y el principio de tolerancia vinculado al mismo forman, según FERRAJOLI, los elementos constitutivos del principio moderno de «igualdad jurídica». Se trata de «un principio complejo, il quale include le *differenze personali* ed esclude le *differenze sociali*». En cuanto inclusión de las diferencias personales, el valor de la igualdad «consiste precisamente nell'uguale valore assegnato a tutte le differenti identità che fanno di *ciascuna persona un individuo diverso dagli altri* e di *ciascun individuo una persone come tutte le altre*»; por el contrario, en el caso de la exclusión de las diferencias sociales «le differenze, anziché connotati delle diverse identità delle persone, si risolvono in *privilegi* o *discriminazioni* sociali che ne deformano l'identità e ne determinano la disuguaglianza, le-dendone in pari tempo l'uguale valore»²².

FERRAJOLI propone llamar al primer tipo de igualdad (a la igualdad como «valor») «igualdad formal» o «política», mientras al segundo (en realidad a la igualdad como «desvalor») «igualdad sustancial» o «social». Le interesa dejar claro al respecto que en ninguno de los dos casos el principio de igualdad es un juicio de hecho sino un juicio de valor, si bien la función que desempeña tal juicio de valor en uno y otro caso resulta precisamente la inversa. Con sus palabras: «Con la prescrizione dell'uguaglianza formale si conviene che gli uomini *devono essere considerati come uguali* proprio a prescindere del *fatto* che essi sono diversi, cioè dalle loro differenze personali di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e simili. Con l'affermazione dell'uguaglianza sostanziale si conviene invece che essi *devono essere il più possibile resi uguali*, e che dunque non

19. Así lo prevé expresamente GUASTINI (1980), para quien el valor o fin último del garantismo (en su opinión, conseguir la mayor libertad de lucha política) «puede ser considerado medio para otros y superiores fines en el ámbito de otras ideologías que incluyan al garantismo como parte integrante» (p. 63).

20. FERRAJOLI (1989), p. 947.

21. FERRAJOLI (1989), p. 948.

22. FERRAJOLI (1989), p. 948 (las tres citas).

si deve precindere dal fatto che essi sono socialmente ed economicamente disuguali». A las diversidades del primer tipo FERRAJOLI las llama «diferencias», mientras que serán «desigualdades» las del segundo. Ambos tipos de diversidad «devono essere riconosciute»; ahora bien, mientras en el primer caso el objetivo del reconocimiento es que sean «rispettate e garantite», en el segundo el objetivo es «esser rimosse o almeno il più possibile compensate»²³.

Huelga decir que la reflexión teórica de FERRAJOLI sobre el principio de igualdad resulta mucho más rica que lo expuesto hasta ahora; sin embargo, baste con esto para llamar la atención sobre la importancia de las distinciones efectuadas con vistas a una argumentación feminista «no tradicional». A lo sumo, cabe incidir en un detalle precisado por FERRAJOLI poco más adelante: que sólo las «diferencias» tienen un reconocimiento en valores o derechos «fundamentales» y que, por consiguiente, sólo a éstas les corresponde una tutela propia de tales derechos²⁴.

Pasando, por tanto, al uso de la teoría ferrajoliana con fines argumentativos en contra de un feminismo tradicional, se puede observar que la aspiración de este último eleva el *rol* familiar de la mujer a *identidad* personal o, lo que es lo mismo, en terminología de FERRAJOLI, convierte una *desigualdad* social entre los sexos en una *diferencia* de identidad entre los mismos. En mi opinión, sin embargo, esta conversión es injustificada; el *rol* familiar y doméstico de la mujer no forma parte de la identidad sexual femenina, que es la que, en definitiva, merece el valor de la igualdad jurídica de las mujeres con los hombres (y de los sexos con las razas, religiones, opiniones políticas, etc.) y una correspondiente tolerancia. Es más, a mi juicio, la actividad que la mujer desempeña en la esfera familiar y doméstica representa precisamente una *desigualdad* social y económica de la mujer respecto al sexo masculino, que como tal, como *desvalor*, merece ser corregida o —en su caso— compensada.

La cuestión no resulta, ni mucho menos, baladí. Por el contrario, el planteamiento de FERRAJOLI que permite desvelar una operación de este tipo ofrece también la posibilidad de interpretar opiniones (sólo aparentemente) «tolerantes» con las mujeres, así como, a la vez, propicia la apertura de nuevas técnicas jurídico-garantistas, éstas, sí, defensoras de la tolerancia.

Para ser más explícita con el primero de los supuestos, me serviré de un argumento empleado por UBERTO SCARPELLI para oponerse a las «acciones positivas» previstas para los casos de discriminación por razón de sexo. Así, en opinión de este iusfilósofo italiano, las acciones positivas ba-

23. FERRAJOLI (1989), p. 949 (todas las citas).

24. FERRAJOLI (1989), p. 953.

sadas en la antítesis hombre-mujer presentarían «el defecto de no tener en cuenta la posible y frecuente presencia en la mujer de una vocación alternativa al trabajo fuera de la familia, esto es, la vocación al matrimonio y a la maternidad»²⁵.

El argumento es conocido y, como se ha señalado, aparentemente al menos, exquisitamente tolerante. Se trata de reconocerle a la mujer la posibilidad de dos vocaciones (eso sí, alternativas): el trabajo fuera o dentro de la familia; luego ¿qué mayor tolerancia que esta posibilidad de optar? Pues bien, a través de este argumento SCARPELLI (quien por lo demás resulta un iusfilósofo de probada altura intelectual) incurre, más que en «una direzione schiettamente liberale e democratica» de la que hace gala²⁶, en un paternalismo propio de la derecha liberal –como ya se ha precisado– sólo aparentemente tolerante.

El argumento en cuestión resulta «tolerante» a costa de incurrir en la operación antes señalada de convertir una *desigualdad social* en una *diferencia personal*. Por decirlo brevemente, en el curso de esta operación de aparente tolerancia se tiende a identificar la identidad femenina por su «vocación» opcional al matrimonio y la maternidad. Con ello, además de bloquear el desarrollo de técnicas jurídicas que permitan eliminar desigualdades sociales (por ejemplo, y precisamente, acciones positivas), no se tiene en cuenta que aunque hoy en día no resulte tan frecuente es perfectamente posible (y por eso, con el mismo planteamiento, no reconocerlo resulta una muestra de intolerancia) una vocación masculina al matrimonio y –en este caso– a la paternidad.

Pasando al segundo de los supuestos, la distinción de FERRAJOLI permite conceptualizar la actividad que desempeña la mujer en la esfera familiar y doméstica como una *desigualdad* económico-social respecto al varón que, por tanto, merece ser corregida y/o compensada. En esta línea apunta concretamente la cotización del «caring work» propuesta hoy en día por el feminismo de cara al Estado asistencial y, por ejemplo, en el ámbito de las disciplinas jurídicas, el concepto de discriminación directa e indirecta destinada a ser corregida precisamente mediante la introducción de acciones positivas en el ámbito legislativo y de un control del razonamiento jurídico en el ámbito judicial y doctrinal²⁷.

25. SCARPELLI (1989), p. 621.

26. SCARPELLI (1988), p. 616.

27. Sobre los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como sobre la política de las acciones positivas en el campo del Derecho laboral resultan particularmente interesantes los trabajos de MARIA VITTORIA BALLESTRERO. Así, aun prescindiendo de los aspectos más específicos referidos a la realidad y al Derecho italianos, vid., por ejemplo, BALLESTRERO (1988). Por lo demás, como postura razonablemente crítica a cierta política de acciones positivas en un foro de debate ya más amplio como es el de la Comunidad Europea, vid. también BALLESTRERO (1990).

IV. ¿UNA TEORÍA DEL DERECHO FEMINISTA?

El feminismo no puede contentarse con erigirse como ideología. Quedarse en ello supondría reducir el debate y la argumentación a un mero reconocimiento y adhesión a valores y fines. Por el contrario, una ideología viva, atenta en cada momento a los factores sociales (económicos, jurídicos, culturales, etc.) necesita una constante reflexión, amén de una estrategia. Ni aquélla ni ésta son posibles al margen de una reflexión más profunda y rigurosa que, como es conocido, en el saber académico corre la suerte del desarrollo disciplinar.

El movimiento feminista que surge a finales de los años sesenta toma pronto conciencia de la importancia del paso de la ideología a la teoría e impone a ésta como tarea una «reconceptualización de la realidad» desde la crítica al androcentrismo que hasta entonces habría caracterizado la transmisión oficial del saber. En lo que respecta a las disciplinas jurídicas, la incidencia de este planteamiento «teórico» presenta ciertas peculiaridades que distinguen a aquellas del resto de las disciplinas humanas y sociales a las que, en principio, se encuentran vinculadas. Así, al margen de la aparición de tendencias diversas, cada una de las cuales presenta propuestas concretas²⁸, quizá la peculiaridad más significativa sea la que deriva de la vinculación de lo jurídico a lo político o, en otros términos, del Derecho al Estado. Esto hace que, efectivamente, el discurso teórico-jurídico se relacione indefectiblemente con el modelo de Estado. En un primer momento serán los valores jurídicos de la Ilustración plasmados en el Estado de derecho los que hagan, a su vez, de colchón y motor de la ideología feminista; en un segundo momento será el *Welfare State* en sus distintas fases y, hoy en día, ese «minimal state» inspirado por el neoliberalismo económico que acarrea la «privatización» de los servicios sociales²⁹.

La segunda de las peculiaridades proviene del foco más importante de la teoría iusfeminista hoy en día, conocida como *Feminist Jurisprudence*. Como es sabido, ésta se ubica en el mundo anglosajón, en el que como igualmente es conocido impera una concepción judicial del Derecho. Para apreciar de qué manera afecta esto último a la concepción de una teoría iusfeminista proyectable también en el ámbito del Derecho legislativo o continental, me permito transcribir un pasaje de la obra de NGAIRE NAFFINE (1990) que constituye una de las más recientes aportaciones a la *Feminist Jurisprudence*.

Señala en concreto NAFFINE: «Sexism informs the analytical categories with which law defends its impartiality. The effect is to expose the disjuncture between the rhetoric of law and its sexist practice... While

28. Para un breve repaso de algunas de las tendencias más recientes del feminismo jurídico vid. LACEY (1989).

29. *Back to the Poor Law?* es precisamente el título de la reflexión final del libro de CLARKE/COCHRANE/SMART (1989).

law... professes to be rational, dispassionate, value-neutral, consistent and objective, it is in fact none of these things. The reason is that law defines these terms in a very particular and a masculine way –one which omits and devalues the qualities associated with the experience of women. Indeed the very choice of these ideals as the guiding principles of law... indicates a masculine bias. (...) the problem is that law presents itself in a way which is specifically designed to demonstrate its essential neutrality in relation to the sexes (and their social categories) while in fact the very mode of its self-presentation is deeply gendered. And yet by maintaining the appearance of dispassionate neutrality, law is able quietly to go about its task of assisting in the reproduction of the conditions which subordinate women (as well as other social groups). In other words, the concepts invoked by law to demonstrate its essential justness –concepts such as «impartiality», «objectivity» and «rationality», are gender-biased in their very construction. Nevertheless, they still supply the means by which law maintains the appearance that the social inequality which it oversees is social choice and not oppression»³⁰.

La transcripción ha resultado extensa, pero también es rica en aspectos significativos. Así, antes de entrar en los estrictamente jurídicos merece la pena observar cómo las palabras de NAFFINE ponen al descubierto la incidencia en el feminismo anglosajón (NAFFINE es australiana) de las *gender theories* en las que como centro de la teorización intervienen, además del sexo –precisamente– «otras categorías sociales» y/o «otros grupos sociales». Resulta igualmente significativo el texto en orden a evidenciar la vinculación de la *Feminist Jurisprudence* con el *Critical Legal Studies Movement* y sus reminiscencias marxianas a la hora de presentar al Derecho como instancia que deforma una realidad –precisamente– «in fact» y la construcción –precisamente– «very» de unos conceptos.

Con todo, el aspecto más relevante a la hora de calibrar a la *Feminist Jurisprudence* radica en su adaptabilidad al ámbito del sistema jurídico continental debido, como se ha dicho, a su reflexión sobre un modelo de derecho de tipo judicial. En efecto, a tenor de esta vinculación se explica la visión antropomórfica del Derecho que mantiene esta corriente, según la cual, por ejemplo, «law... professes to be rational...», «law defines these terms...», «law presents itself in a way...» Está claro que cuando NAFFINE dice «law» en realidad está pensando en los jueces; pero esto no impide que esta operación tienda a reducir los distintos niveles discursivos (por ejemplo, entre el Derecho legislativo y los metalenguajes de los distintos operadores jurídicos sobre el mismo) que, sin ser una división que deba tomarse con excesiva radicalidad³¹, resulta un importante principio metate-

30. NAFFINE (1990), pp. 2-3.

31. Entre los trabajos más recientes sobre el particular resulta especialmente sugerente el de GARCIA AMADO (1992).

órico que, entre otras cosas, propicia la elaboración del instrumental destinado al control del razonamiento jurídico.

Pero además hay otro aspecto derivado de esta imagen antropomórfica del Derecho y de la consiguiente indistinción de niveles discursivos que resulta cuestionable. Así, cuando Naffine nos habla del Derecho como de algo que «se presenta» (aunque «de hecho» no lo sea) como «racional», «desapasionado», «neutral», «consistente», «objetivo» —y todavía— de la «imparcialidad», «objetividad» y «racionalidad» de los conceptos jurídicos (aunque no responda ésta a «su verdadera construcción») integra en el concepto de Derecho una serie de valores o principios con apariencia de «objetividad». En otros términos, NAFFINE asume, aunque sea implícitamente, esa postura metaética conocida como «objetivismo de los valores»; de unos valores y/o principios que lo que en todo caso hacen es informar o presidir (prescriptiva o normativamente) la práctica de los operadores jurídicos y, en todo caso —aunque sea en menor grado—, controlar su razonamiento.

Quizá la consecuencia más importante de esta manera de acometer la reflexión teórica-jurídica de la *Feminist Jurisprudence* sea la de quedarse en una especie de denuncia parecida a la ejercida por MARX en sus momentos más virulentos contra los derechos humanos, que no es que me parezca mal, pero resulta pobre. La considero una crítica pobre porque, además de tener unos antecedentes sobre los que ha llovido mucho (pues el propio MARX varía sus tesis), no logra esa «reconceptualización de la realidad», que en definitiva era la tarea propuesta por el feminismo a las disciplinas teóricas.

Criticar al Derecho —por ejemplo— por su falta de neutralidad no tiene mayor sentido cuando el Derecho se concibe irremediabilmente unido a valores (como es el caso de la *Feminist Jurisprudence*). No cabe decir lo mismo (y por tanto no carece de sentido) criticar la neutralidad de los conceptos —en este caso— jurídicos. Es más, al igual que el Derecho legislativo, los conceptos jurídicos —como ya decía GIERKE—³² lo son de una realidad concreta y contingente; esto es, no pueden ser eternos ni inmutables, sino de validez simplemente relativa. Pues bien, precisamente en esta relatividad es donde, a mi juicio, debe incidir con mayor ahínco la iusteo-ría feminista. «Reconceptualizar el Derecho» no quiere decir, por tanto, suplir una serie de valores jurídicos (como la racionalidad, la imparcialidad, la consistencia, etc.) por otros, sino «deconstruir» críticamente una serie de conceptos jurídicos (sexistas)³³ y «reconstruirlos» o, en ciertos casos, construir

32. Y pone de relieve ATIENZA (1989), p. 210.

33. Vid. en esta línea el análisis de HOLTMAAT (1989) a través del cual, dentro del Derecho laboral y de la seguridad social, esta autora «deconstruye» el concepto de «trabajador» (*employee*) «as it has come to be established in Dutch labour law and in many collective agreements in the Netherlands» (p. 481).

*otros*³⁴. La deconstrucción y reconstrucción conceptual es, por lo demás, un trabajo perfectamente encuadrable en esa actividad conocida como «dogmática jurídica» a la que, en este caso, quedaría incorporada la perspectiva y sensibilidad crítica inherentes a la ideología feminista.

V. CONSIDERACIONES FINALES

No quiero dar por concluido este trabajo sin incidir en algunas de las ideas que lo han motivado y que, sin embargo, por el curso de la argumentación, quizá no hayan quedado como tales debidamente formuladas.

Son ya muchas las definiciones del Derecho, muchos los planteamientos sobre lo que supone hacer teoría y, sin embargo, no resultan tales las tendencias jurídicas del feminismo. Ahora bien, aun no siendo muchas, pueden ser más. Y bienvenidas sean. No me parece, por tanto, una actitud metodológicamente fecunda intentar reconducir esta escasa pluralidad para, llegado el caso, poder hablar de *una* teoría del derecho feminista. A decir verdad, ni tan siquiera parece prudente, pues aunque se pueda (y ciertamente se puede) extraer algún punto común, no se ve cuál puede ser la ventaja de querer independizar una «teoría» del derecho feminista de «otra» garantista. Por el contrario, desde mi punto de vista, el feminismo debe canalizarse a través de un planteamiento genéricamente garantista para adquirir un bagaje axiológico-jurídico de probada utilidad histórica, al mismo tiempo que ha de contribuir con su especial potencial ideológico-crítico a la elaboración de técnicas garantistas destinadas específicamente a la lucha contra la subordinación de la mujer. Considero fundamental para poder avanzar en ambas direcciones la aportación iusfilosófica de FERRAJOLI.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AGRA ROMERO, M. J.: *Legitimidad y necesidad del disenso feminista*, en GONZALEZ, J. M., y C. THIEBAUT (eds.): *Convicciones políticas, responsabilidades éticas: V Semana de Etica y Filosofía Política*, Barcelona, Anthropos, 1990, pp. 184-205.
- ATIENZA, M.: *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1989 (3.^a ed.).
- BALLESTRERO, M. V.: «Le azioni positive in Italia e le ragioni di una legge probabile», *Lavoro e Diritto*, 3, 1988, pp. 467-481.

34. Al mencionar la construcción de «otros» conceptos jurídicos pienso, sobre todo, en ciertos delitos relacionados con la violencia sexual o, incluso, en ciertos derechos relacionados con la procreación. Y ello a pesar de que —estoy de acuerdo con BALLESTRERO (1990, p. 130)— es posible que en ambos supuestos haya sido sobrevalorado el papel desempeñado por una diferencia sexual que justifique la etiqueta relativa a los «derechos de las mujeres».

- BALLESTRERO, M. V.: «I "diritti delle donne" (note in margine a un dibattito su diritti umani e Comunità Europea)», *Politica del Diritto*, 1, 1990, pp. 123-135.
- BOBBIO, N.: *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979.
- CLARKE, J.; A. COCHRANE y C. SMART: *Ideologies of Welfare: From Dreams to Disillusion*, London, Hutchinson, 1987.
- COMANDUCCI, P.: «Uguaglianze», *Lavoro* 80, 3, 1988, pp. 825-830.
- FERRAJOLI, L.: «Stato sociale e stato di diritto», *Politica del diritto*, 1, 1982, pp. 41-52.
- FERRAJOLI, L.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989.
- GARCIA AMADO, J. A.: «Sobre los modos de conocer el derecho o de cómo construir el objeto jurídico», texto mecanografiado de próxima aparición en *Droit e Société y Doxa*, 1992.
- GILLIGAN, C.: *In a different voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- GUASTINI, R.: «Che cos'è il garantismo», *Critica del Diritto*, 16/17, 1980, pp. 63-66.
- HOLTMAAT, R.: «The Power of Legal Concepts: The Development of a Feminist Theory of Law», *International Journal of the Sociology of Law*, 17, 1989, pp. 481-502.
- LACEY, N.: «Feminist Legal Theory», *Oxford Journal of Legal Studies*, 9, 1989, pp. 383-394.
- MOLINA PETIT, C.: «El feminismo en la crisis del proyecto ilustrado», *Sistema*, 99, 1990, pp. 135-142.
- NAFFINE, N.: *Law and the Sexes: Explorations in feminist jurisprudence*, Sydney/Wellington/London/Boston, Allen and Unwin, 1990.
- SCARPELLI, U.: «Classi logiche e discriminazione fra i sessi», *Lavoro e Diritto*, 4, 1988, pp. 615-622.
- THRELFALL, M.: «¿Patriarca, palanca, paraguas? Planteamientos feministas en torno al Estado asistencial», en ASTELARRA, J. (ed.): *Participación política de las mujeres*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1990, pp. 215-233.

