

DEL DERECHO SANCIONADOR AL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL

*Noelia IGAREDA GONZÁLEZ**

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2017

Fecha de aprobación: 28 de octubre de 2017

Resumen

El Derecho ha sido criticado por los diferentes pensamientos feministas como un instrumento al servicio de la sociedad patriarcal, que discrimina a las mujeres, las excluye del concepto de ciudadanía y de la titularidad de los derechos humanos, y contribuye a crear (y enfatizar) ciertos estereotipos de género. Sin embargo, el Derecho puede responder a las necesidades y demandas de las mujeres más allá de su función sancionadora, como un instrumento de transformación social. Para ello, es necesario no sólo cambiar las leyes discriminatorias, ampliar la titularidad de los derechos sino también, a veces, crear nuevas categorías jurídicas desde una perspectiva de género.

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB - España). Máster en Políticas de Igualdad de Género. Agentes de Igualdad (UAB). Licenciada en Derecho, especialidad jurídicoeconómica por la Universidad de Deusto (España). Actualmente es investigadora postdoctoral de Filosofía del Derecho (UAB), es codirectora de la Diplomatura de Postgrado “Géneo e Igualdad” y de la Diplomatura de Postgrado “Violencias Machistas” (UAB) e investigadora del Grupo Antígona. Sus principales líneas de investigación son género y derecho, maternidad, bioética y feminismo, jurisprudencia feminista. Ha coordinado y participado como investigadora en proyectos de investigación competitivos de ámbito europeo, estatal, autonómico y local. Correo electrónico de contacto: noelia.igareda@uab.cat.

Palabras clave

Derecho – género – feminismo – *ius puniendi* – jurisprudencia feminista – derecho como herramienta de transformación social

FROM PUNITIVE LAW TO LAW AS AN INSTRUMENT FOR SOCIAL CHANGE

Abstract

Law has been criticized by diverse feminist movements for being a tool of the patriarchal society that discriminates women, excludes them from the concept of citizenship and the entitlement of rights, and contributes to create (and reinforce) certain gender stereotypes. However, Law attends women's needs and demands beyond its punishing function as a tool of social change. In order for that to happen, it is not only necessary to change discriminatory statutes and expand the entitlement of rights but also to create new legal categories from a gender perspective.

Keywords

Law – gender – feminism – *ius puniendi* – feminist jurisprudence – law as a tool of social change

I. Introducción

El presente artículo trata de demostrar que, a pesar de las posibles críticas que el feminismo hace al Derecho como un instrumento más de dominación patriarcal y un elemento de tecnología del género, hay espacio para traducir las demandas feministas a aquél. Para ello, se analiza, en primer lugar, cuáles son los objetivos que el Derecho ha perseguido en las actuaciones en materia de discriminación en el ámbito de representación política, de sanción a la violencia sexual o de educación en caso de matrimonios forzados o mutilación genital femenina. Seguidamente, se muestran algunos ejemplos en los que el feminismo jurídico ha creado nuevas categorías jurídicas para superar estas críticas u obstáculos en la traducción legal de las demandas feministas, como el acoso sexual, las acciones positivas o las demandas de nuevos conceptos de ciudadanía y de nuevos derechos que articulen el Estado Social de Derecho como el derecho a ser cuidado.

II. La presunta neutralidad y objetividad del Derecho

El pensamiento feminista ha cuestionado tradicionalmente la presunta neutralidad y objetividad del Derecho (FACIO, 1992). No sólo ha criticado que excluía a las mujeres del supuesto sujeto universal,¹ sino que era claramente discriminatorio al impedir el acceso a determinadas prestaciones² por las mujeres o al negarles la titularidad de ciertos derechos y libertades fundamentales.³ Además el Estado se presupone neutral y sus oficiales "imparciales" pero, en verdad, quienes acceden a las estructuras del Estado son los grupos dominantes y privilegiados (generalmente, hombres blancos y heterosexuales) que elevan a la categoría de "universal" sus intereses particulares y, por estar dentro del Estado, consideran actuar desde la imparcialidad (MACKINNON, 1989; YOUNG, 1990).

Sin embargo, la crítica feminista no se ha limitado a apuntar este carácter discriminatorio y excluyente del Derecho. Este primer análisis del feminismo liberal que se solucionaba simplemente modificando las leyes discriminatorias o ampliando el sujeto del derecho en cuestión (OKIN, 1989) dio paso a críticas más complejas, como las de las feministas radicales, que ven el Derecho como un instrumento más de dominación

1 Por ejemplo, el derecho al sufragio en tanto supuesto derecho universal de la ciudadanía en los inicios del Estado de Derecho. Si bien el nacimiento del Estado moderno de Derecho se sitúa en Occidente a partir de la Ilustración (siglos XVIII y XIX), el sufragio femenino no empieza a permitirse en algunos países hasta uno o dos siglos después (AMORÓS y DE MIGUEL, 2005).

2 Determinadas prestaciones del Estado de Bienestar, como la prestación por jubilación, están condicionadas a la participación en el mercado de trabajo formal. Aquellas mujeres que han permanecido fuera del mercado de trabajo para dedicarse al rol de cuidadoras que la sociedad exige (como madres y esposas) no generan por sí mismas este derecho, sino que dependen de sus maridos para poder llegar a ser beneficiarias de esta cobertura. El Estado de Bienestar quiere garantizar unos ingresos económicos mínimos a todos los ciudadanos/as, llegada a una edad en la que no se puede esperar que esa persona trabaje, pero las mujeres no aparecen como ciudadanas de pleno derecho en esa cobertura del sistema de protección social (GUILLÉN, 2002).

3 No siempre las mujeres han gozado de plena capacidad de obrar en nuestros ordenamientos jurídicos. En periodos recientes de nuestra historia, las mujeres mayores de edad eran "tuteladas" por sus maridos o padres a la hora de reconocer consecuencias jurídicas a sus actos como, por ejemplo, poder comprar o vender, litigar en tribunales, o viajar al extranjero. Éste fue el caso del derecho español hasta la reforma de Código Civil en 1981 mediante la Ley N° 11/81, de 13 de mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial (ESPUNY, 2008).

patriarcal. Autoras como MACKINNON (1989) ya no creen suficiente el cambio de leyes: consideran que es necesario criticar al Derecho, desconstruirlo y elaborar nuevas categorías jurídicas que den respuesta a las necesidades y demandas de las mujeres como ciudadanas de pleno derecho, en el marco de un Estado de Derecho bajo un nuevo contrato social.

Las feministas postmodernas dan un paso más allá en su análisis del Derecho y creen que es una tecnología del género, que crea y refuerza determinadas concepciones de los géneros, roles y estereotipos en nuestra sociedad. La crítica feminista del Derecho como instrumento de opresión patriarcal va más allá de considerarlo un producto de los hombres (como categoría biológicamente definida) para dominar a las mujeres (como categoría también biológicamente definida). El Derecho participa y constantemente construye el género, lo que es un fenómeno masculino en la sociedad desde esta cosmovisión androcéntrica (SMART, 1995).

Además, son pesimistas sobre la posibilidad de utilizar un sujeto “mujeres” del Derecho, porque siempre terminarán siendo esencialistas, fijadores de identidades estáticas y excluyentes de la diversidad de mujeres, de identidades y expresiones de género (DE LAURETIS, 1987; SMART, 1995; BUTLER, 2004). Esto contribuye a que, en general, los pensamientos feministas actuales tengan una visión pesimista, salvo las escasas excepciones que aún confían en la posibilidad de que el Derecho pueda estar al servicio de las demandas y necesidades de las mujeres (STANG DAHL, 1987; FINEMAN, 1995; PITCH, 2003; BODELÓN, 2009), y de que, incluso, pueda utilizarse un sujeto “mujeres” para determinadas categorías jurídicas que necesitan un sujeto para la adjudicación de un derecho (FINEMAN, 1995; IGAREDA y CRUELLS, 2014).

Esta visión negativa también se acentúa por la visión del Derecho como un ejercicio del *ius puniendi* únicamente como limitador de la libertad de las personas, o un derecho que supone una injerencia del Estado en la esfera privada de las personas. Pocas veces se imagina al Derecho como un instrumento capaz de modificar el comportamiento humano, las estructuras de la sociedad y, en definitiva, la realidad social. Aún menos se lo considera como el medio que una sociedad crea para alcanzar ideales de justicia compartidos por un determinado grupo humano, en un determinado territorio y en un momento histórico concreto (DE LUCAS, 1997; ATIENZA, 2001).

III. Las dificultades en la traducción jurídica de las reivindicaciones feministas

A pesar de estas críticas, las reivindicaciones políticas de los diferentes movimientos feministas muchas veces han terminado traducándose en demandas jurídicas, aunque la traducción jurídica de estos reclamos políticos ha sido ocasionalmente imperfecta o incompleta. Por ejemplo, la denuncia de opresión que las mujeres (como parte de la población) sufren en una sociedad cuyas estructuras patriarcales las mantienen subyugadas no se corresponde exactamente con una situación de discriminación (de mera ausencia de igualdad), categoría jurídica con la que el Derecho ha recibido esta reivindicación (YOUNG, 1990).

La situación de opresión que se diagnostica es mucho más compleja que un trato discriminatorio que se corregirá simplemente con una modificación legal que amplíe el ámbito de beneficio de una ley o elimine el trato desigual a las mujeres por una norma, política pública o práctica (BARRÈRE, 2001; HOLTMAAT, 2010). Por ejemplo, una norma que prohíbe el acceso de las mujeres a una determinada profesión puede ser modificada por discriminatoria y así eliminarse este obstáculo a la igualdad formal; sin embargo, las estructuras de la sociedad patriarcal que mantienen a las mujeres en una situación de opresión que les impide *de facto* el acceso a los puestos de toma de decisión y de poder político y profesional no obedecen a meras leyes positivas discriminatorias. La igualdad jurídico-formal puede convivir perfectamente con el mantenimiento de esta situación de opresión.

Otro ejemplo es cómo el derecho ha castigado la violencia sexual. Las demandas feministas han ido encaminadas tradicionalmente a exigir que el derecho sancionara los actos de violencia sexual como ataques a los derechos fundamentales de las víctimas, mayoritariamente mujeres. Inicialmente las demandas estaban encaminadas a que se sancionaran estos comportamientos y, por lo tanto, se visibilizara (y no se justificara) que eran actos que sucedían en la esfera privada, o que existía cualquier legitimación posible para permitir su impunidad. El recurso al Derecho Penal se convertía así en un posible instrumento para hacer visibles ciertas situaciones padecidas por el colectivo de mujeres, elevándolas a la categoría de problema social (ORTUBAY, 1998). Tradicionalmente estos comportamientos constitutivos de violencia sexual eran tipificados como ataques a la honestidad y honor de las mujeres o las familias (OSBORNE, 2009). El bien jurídico protegido no eran los derechos y libertades fundamentales de las mujeres víctimas sino que se reforzaba la socialización de género, que nos inculca que (a) lo peor que puede suceder a

una mujer en su vida es un ataque a su sexualidad, y (b) las mujeres siguen encarnando el honor de las familias a través de una determinada sexualidad y comportamiento íntimo (MAQUEDA ABREU, 2007). Esta configuración de los delitos de violencia sexual contribuye a reforzar lo que diferentes autores/as han denominado la cultura de la violación en nuestra sociedad. La violencia sexual supone un instrumento de sometimiento de las mujeres en una sociedad patriarcal,⁴ una amenaza de control y sumisión que castiga a aquellas mujeres que se desvían de la norma, del patrón de género impuesto, y contribuye a la pasividad, subordinación y sometimiento de las mujeres a las figuras protectoras masculinas.

Posteriormente, la violencia sexual se ha englobado bajo la rúbrica de delitos contra la libertad e indemnidad sexual,⁵ evolucionando hacia una concepción donde el bien jurídico protegido tiene que ver con los derechos y libertades fundamentales de las víctimas, como son una sexualidad libremente consentida. Sin embargo, esta configuración de los delitos de violencia sexual reduce a estos comportamientos a conflictos interpersonales, refuerzan la idea de que se trata de comportamientos indeseables de algún sujeto conflictivo o incluso enfermo (BROWNMILLER, 1981). Además, esta visión contribuye a entender la violencia sexual como episodios aislados y esporádicos en nuestra sociedad y, una vez más, se aleja de la visión de la violencia sexual como una manifestación de la cultura de la violación de una sociedad patriarcal. La cultura de la violación está formada por un conjunto de creencias que fomentan la agresión sexual y apoyan la violencia contra las mujeres, al no cuestionar la violación y al aceptarla como inevitable. Gracias a esta cultura, la violación se entiende como consecuencia de un deseo sexual incontrolable del hombre y que, como inevitable, es incuestionable. De esta manera, son las mujeres quienes tienen la responsabilidad de tomar precauciones para evitar ser agredidas (no saliendo a la calle solas, no vistiéndose de manera provocativa, buscando siempre la compañía de un hombre,

⁴ El patriarcado es configurado como una institución en virtud de la cual una mitad de la población (es decir, las mujeres) está bajo el control de la otra mitad (los hombres) (MILLET, 1995).

⁵ Ver, por ejemplo, en España mediante la Ley Orgánica N° 3/1989, de 21 de junio, el término "honestidad" en la rúbrica del Título relativo a estos delitos fue sustituido por el de "libertad sexual". Actualmente los tipos básicos de violencia sexual en el Código Penal español aparecen en el artículo 181 (abuso sexual: "[e]l que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona"), el artículo 178 (agresión sexual: "[e]l que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación") y el artículo 179 (violación: "[c]uando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías").

etc.); y, si esta agresión finalmente ocurre, se considera que es debido a sus acciones irresponsables o provocativas del deseo masculino (SMITH, 2004).

De esta manera, una vez más se produce una individualización de los problemas sociales que son reconstruidos criminológicamente y pasan al ámbito del derecho penal (PITCH, 2003). Este abordaje por el Derecho, una vez más, no se corresponde con el diagnóstico del problema que el pensamiento feminista hace (DE MIGUEL, 2008:134):

[]a violencia contra las mujeres deja de ser un suceso, un problema personal entre agresor y víctima para definirse como violencia estructural sobre el colectivo femenino. La violencia tiene una función de refuerzo y reproducción del sistema de desigualdad sexual.

En ocasiones, el problema no radica en la traducción jurídica que se ha hecho de la reivindicación feminista; sino que el efecto perverso proviene de los operadores jurídicos que tienen la responsabilidad de aplicar e interpretar las normas (FACIO, 1992).

Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español se aprobó la Ley Orgánica 1/2004 del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶ que, aunque limitándose a la violencia en el ámbito de la pareja, supuso un endurecimiento penal contra los comportamientos constitutivos de violencia contra las mujeres. Esta norma fue aplaudida por un importante sector doctrinal y social (BODELÓN, 2014) que consideraba que se estaba haciendo eco de reclamaciones históricas a favor de una mayor contundencia y actuación estatal hacia un problema endémico como la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja. Aun así, resulta sorprendente que un sector de la jurisprudencia⁷ exigía la prueba de la existencia de un ánimo discriminatorio en el sujeto activo para condenar por los delitos así tipificados (GUDÍN, 2010). Incluso, a pesar de que el Tribunal Supremo, en su sentencia del 26 de diciembre de 2014 (STS 856/2014)⁸ ha establecido un criterio objetivo

6 Disponible en [<https://www.boe.es>] el 16.11.2017.

7 Audiencias Provinciales como las de Murcia, Barcelona, Castellón, Valencia, Pontevedra, Burgos y León consideraban necesaria la concurrencia de ese elemento subjetivo específico de dominación y subyugación de la mujer (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2010).

8 Disponible en [<https://www.iberley.es>] el 16.11.2017.

para la configuración del tipo penal (es decir, sin que se requiera ningún ánimo ni intencionalidad específico), algunas Audiencias Provinciales siguen exigiendo la necesidad de ese ánimo específico. Adviértase que los tipos penales de la norma referida no exigen ningún elemento anímico para su configuración, sino que son los operadores jurídicos quienes hacen una interpretación teleológica que nadie reclama y exigen que los comportamientos descritos y sancionables por el tipo penal respondan a una motivación subjetiva del sujeto activo que concuerde con el espíritu de la ley (es decir, se requiere que la violencia se produzca porque el agresor tenía una motivación de discriminar a la mujer mediante esta violencia, no simplemente que la agrede sin más).

IV. Del Derecho sancionador al Derecho transformador

No siempre las funciones del Derecho se limitan a castigar aquellos comportamientos que se apartan de la norma o que atacan algún bien jurídico que la sociedad considera digno de protección. Incluso, cuando así lo hacen, este recurso al derecho penal para sancionar comportamientos especialmente lesivos con los derechos de las mujeres ha derivado hacia un Derecho Penal simbólico⁹ (BERGALLI y BODELÓN, 1992), es decir, sin representar una verdadera voluntad política de perseguir criminalmente a estos comportamientos. En España, por ejemplo, el tratamiento del poder legislativo a la mutilación genital femenina¹⁰ o los matrimonios forzados¹¹ pareció más un mensaje

⁹ Por este concepto se refiere al hecho de recurrir al Derecho Penal con el propósito de acallar o reducir la preocupación social sobre cierta delincuencia más que para reducir incidencia real de ese problema social (DIEZ RIPOLLÉS, 2005).

¹⁰ Se incluyó como delito en el Código Penal español en el artículo 149.2, mediante la ley Orgánica Nº 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros: “[e] que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017.

¹¹ Se incluyeron como delito en el Código Penal español en el artículo 172 bis (“[e] que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado[...], según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”) y 177 bis como forma de trata de seres humanos ([s]erá castigado [...] como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o

“educador” a la sociedad —y, en especial, a ciertas comunidades migrantes— sobre la no tolerancia de ciertas prácticas o costumbres propias de estas culturas, antes que el reflejo de una verdadera voluntad de perseguir penalmente y acabar con estos atentados a los derechos humanos (IGAREDA, 2015).

Asimismo, el Derecho puede cumplir una función de orientación social, de expresión de lo que se debe hacer, intentando modificar el comportamiento humano en un sentido u otro (DE LUCAS, 1997; ATIENZA, 2001). En ciertas ocasiones, las demandas del feminismo se han traducido en instituciones jurídicas que aspiran a modificar los valores imperantes en una determinada sociedad y los comportamientos humanos en general (BODELÓN, 1998). De esta forma la jurisprudencia feminista ha intentado ir más allá de un Derecho antidiscriminatorio que simplemente eliminaba las situaciones claramente discriminatorias y obstativas de una igualdad formal. Así se han legislado herramientas legales como las acciones positivas, para remover los obstáculos que impedían una igualdad real y efectiva (BARRÈRE, 2004). Por ejemplo, España aprobó la Ley Orgánica N° 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introdujo la paridad, como exigencia de representación equilibrada de mujeres y hombres en determinados órganos de toma de decisión.¹² La falta de una representación paritaria de mujeres y hombres se

abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: // a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; // b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía; // c) La explotación para realizar actividades delictivas; // d) La extracción de sus órganos corporales; // e) La celebración de matrimonios forzados. // Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”) mediante la Ley Orgánica N° 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017.

¹² El artículo 16 (Nombramientos realizados por los Poderes Públicos) de la Ley Orgánica N° 3/2007, de 22 de marzo, establece que: “[l]os Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”; y el artículo 53 (Órganos de selección y Comisiones de valoración), que: “[t]odos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas,

entendió como un déficit de democracia, y la paridad como una exigencia de justicia. La exigencia de paridad contribuye a que en la sociedad no se toleren espacios de poder y toma de decisión donde no exista un número proporcional de mujeres. También dicha Ley Orgánica introdujo el sistema de cuotas en las listas electorales de partidos políticos que concurren a cualquier convocatoria electoral.¹³ El sistema de cuotas en los partidos políticos se entiende como un ejemplo más de acción positiva,¹⁴ una acción temporal que justifica un trato diferente a un grupo de la población, en atención a una situación de desventaja social, cultural, económica e histórica. Este trato diferente en una situación de igualdad de condiciones debe cumplir unos requisitos de proporcionalidad, y tener como objetivo remover esa situación de histórica discriminación del grupo (en este caso, de las mujeres).¹⁵

debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos"; y el artículo 54 (Designación de representantes de la Administración General del Estado), que: "[l]a Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe". Disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017

13 La Ley Orgánica N° 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que modifica la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), artículo 44 bis. Disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017.

14 El artículo 11 (Acciones positivas) de la Ley Orgánica N° 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, establece: "1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley". [<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6115-consolidado.pdf>].

15 Las acciones positivas no están exentas de polémica y son objeto de profundo debate doctrinal a pesar de que han sido recogidos y definidos en diferentes instrumentos jurídicos. En el caso español, incluso su inclusión en la ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad (Cuestión de

Otro ejemplo en el que el Derecho puede actuar al servicio de las demandas y necesidades de las mujeres, y en la protección de sus derechos fundamentales es la acuñación de nuevas categorías jurídicas por la jurisprudencia feminista (STANG DAHL, 1987), proponiendo la construcción de un nuevo Derecho para las mujeres que reconozca el valor simbólico y pragmático del Derecho actual, con el valor agregado de la experiencia de las mujeres. Un ejemplo de esto es la consolidación del término "acoso sexual" como un comportamiento no deseado y lesivo a la integridad física y moral de las mujeres y de su dignidad (MACKINNON, 1979). Fue interesante su definición original en el derecho anglosajón como una forma de discriminación en el ámbito laboral, donde el comportamiento sancionable no está descrito de manera taxativa como otros numerosos supuestos de hecho, sino que es el que produce o tiene ánimos de producir un determinado menoscabo en los derechos de las destinatarias. Después su traducción en el derecho europeo se interpretó como un atentado a la dignidad de los/las trabajadores,¹⁶ aun reconociendo la desproporción de víctimas mujeres, y como una forma de discriminación de las mujeres en el ámbito laboral¹⁷ (GIL RUIZ, 2013).

Finalmente, la última manera en la cual el Derecho puede servir es con la crítica y explicitación de la incoherencia de algunas categorías jurídicas ya existentes, y la necesidad de crear otras nuevas. Así sucede cuando algunas autoras reclaman la necesidad de articular una nueva "ciudadanía" en vez del concepto actual que invisibiliza las necesidades de cuidados de todos los seres humanos, y excluyen a las mujeres de los sistemas de protección social basados en una ciudadanía laboral (BODELÓN, 2010). O cuando se analiza que las actuales prestaciones por maternidad o paternidad no buscan —como sería lo lógico—, garantizar unos cuidados por los progenitores a ese nuevo ser, sino que lo que realmente se está protegiendo es la continuidad de la lógica productivista de un mercado de trabajo que necesita resolver el conflicto que supone que una de las trabajadoras se haya quedado

inconstitucionalidad 4069-2007 y recurso de inconstitucionalidad 5653-2007 - disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017) por entender que era contrario al artículo 14 de la Constitución española que garantiza la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. El Tribunal Constitucional español se pronunció al respecto (Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008), admitiendo que las acciones positivas eran plenamente compatibles con dicho principio de igualdad y no discriminación. Disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017.

¹⁶ Así, por ejemplo, está tipificado como delito en el artículo 188 del Código Penal español.

¹⁷ Así, por ejemplo, ha sido reconocido discriminación directa en el artículo 7º de la Ley Orgánica N° 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

embarazada y dé a luz (GIL RUIZ, 2000). En todo caso, el Derecho debería crear figuras jurídicas que garantizaran un “derecho a ser cuidado” no sólo del bebé recién nacido, sino quizás en las diferentes etapas de la vida donde son imprescindibles los cuidados por otras personas para la supervivencia (IGAREDA, 2011).

V. Conclusiones

El feminismo ha cuestionado tradicionalmente la presunta neutralidad, abstracción y neutralidad del Derecho tal como está concebido en la mayoría de ordenamientos jurídicos occidentales. También ha criticado la utilización de un sujeto de derecho falsamente universal, esencializador y fijador de identidades de género, étnica y clase social, entre muchos vectores de subordinación.

El feminismo jurídico ha propuesto diversas instituciones o estrategias para salvar los límites y dificultades de la traducción legal de las demandas feministas. Por ejemplo, para buscar la igualdad real y efectiva, más allá de superar situaciones discriminatorias, se han introducido conceptos como la paridad y las acciones positivas, a fin de alcanzar una mayor igualdad en la representación equilibrada de mujeres y hombres en puestos de decisión. También ha creado nuevas categorías jurídicas como el acoso sexual, donde los comportamientos sancionables por el derecho quedan definidos por las consecuencias dañinas en bienes jurídicos como la integridad física y moral de las víctimas. En estos casos, las propuestas feministas aspiran a utilizar el Derecho como herramienta de transformación social, y no tanto como aparato sancionador del Estado.

Sin embargo, todavía hay numerosos reclamos de la jurisprudencia feminista, como la revisión del concepto de ciudadanía y su posible transformación en un concepto de “ciudadanía” —donde se ponga la vida de las personas y sus necesidades en el centro de la actuación del Estado y el despliegue de su Estado de Bienestar—, o la posible garantía de un nuevo derecho a los cuidados como un derecho de toda persona en aquellas etapas de la vida donde no es posible la supervivencia de manera autónoma.

Bibliografía

AMORÓS, C. y DE MIGUEL, A. (eds.) (2005) *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Madrid, Minerva Editores.

ATIENZA, M., (2001) *El sentido del Derecho*. Barcelona, Ariel.

BARRÈRE UNZUETA, M. (2001) "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades" en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 60, pp. 145-166. Disponible en [<https://www.uv.es>] el 26.11.2017.

— (2004) "De la acción positiva a la "discriminación positiva" en el proceso legislativo español", *Jueces para la democracia*, número 51, pp. 26-33.

BERGALLI, R. y BODELÓN, E. (1992) "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 9. Disponible en [<https://dialnet.unirioja.es>] el 26.11.2017.

BODELÓN, E. (1998) "El cuestionamiento del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", en *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, número 11-12, pp. 125-38.

— (2009) "Feminismo y Derecho: Mujeres que van más allá de lo jurídico", en NICOLÁS, G. y BODELÓN, E. (comps) *Gènere y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona, Antropos, pp. 95-116.

— (2010) "Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿hacia una nueva ciudadanía?", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 26, pp. 85-106. Disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017.

— (2014) "Violencia institucional y violencia de género", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 48, pp. 131-55. Disponible en [<http://revistaseug.ugr.es>] el 26.11.2017.

BUTLER, J. (2004) *Deshacer el género*. Barcelona, Paidós.

BROWMILLER, S. (1981) *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*. Barcelona, Editorial Planeta.

DE LAURETIS, T. (1987) *Tecnologies of Gender*, Bloomington, Indiana University Press.

DE LUCAS, J. (coord.) (1997) *Introducción a la teoría del derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch.

DE MIGUEL, A. (2008) "La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación", en *ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política*, número 38, pp. 129-37. Disponible en [<http://isegoria.revistas.csic.es>] el 26.11.2017.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2005) "El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 22, pp. 13-52. Disponible en [<http://criminnet.ugr.es>] el 26.11.2017.

ESPUNY, M. (2008) “Legislación històrica i gènere”, en BODELÓN, E. y GIMÉNEZ, P. *Desenvolupant els drets de les dones: àmbits d'intervenció de les polítiques de gènere*. Barcelona, Diputació de Barcelona, pp. 15-31.

FACIO, A. (1992) *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José de Costa Rica, ILANUD.

FINEMAN, M. (1995) *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*. Routledge, London.

GIL RUIZ, J. (2000) “La maternidad: entre el bien jurídico y la enfermedad”, en RUBIO, A. (coord.) *Los desafíos de la familia matrimonial: estudio multidisciplinar en derecho de familia*. Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer, pp. 137-82.

— (coord.) (2013) *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*. Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya.

GUILLÉN, A. (2002) “Protección social, género y ciudadanía: el Estado de bienestar español en el marco de la Unión Europea”, en FLAQUER, L. (ed.) *Políticas Familiares en la Unión Europea*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques I Socials, pp. 57-86.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2010) “El “nuevo” elemento subjetivo del tipo configurador de los delitos de violencia de género contra las mujeres: consecuencias jurídicas de la STSS de 8 de junio y de 24 de noviembre 2009”, en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, número 72, pp. 3.

HOLTMAAT, R. (2010) “De igual tratamiento a igual derecho” en HEIM, D. y BODELÓN, E. *Género, derecho e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*. Grupo Antígona, Barcelona.

IGAREDA, N. (2011) “El derecho al cuidado en el Estado social de Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 28, pp. 185-206. Disponible en [<https://www.boe.es>] el 26.11.2017.

— (2015) “Matrimonios forzados: otra oportunidad para el derecho penal simbólico?”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, número 1. Disponible en [<http://www.indret.com>] el 26.11.2017.

IGAREDA, N. y CRUELLS, M. (2014) “Críticas al derecho y el sujeto “mujeres” y propuestas desde la jurisprudencia feminista”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 30, diciembre 2014, pp. 1-16. Disponible en [<https://ojs.uv.es>] el 26.11.2017.

- MACKINNON, C. (1979) *Sexual Harrassment of Working Women*. Yale, Yale University Press.
- (1989) *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid, Ediciones Cátedra.
- MAQUEDA ABREU, M. (2007) "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico", en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, número 4/2007. Disponible en [<http://www.indret.com>] el 26.11.2017.
- MILLETT, K. (1995) *Política sexual*. Madrid, Ediciones Cátedra.
- OKIN, S. (1989) *Justice, Gender and the Family*. Basic Books, Great Britain.
- ORTUBAY, M. (1998) "Protección penal de la libertad sexual: nuevas perspectivas", en AA.VV. *Jornadas: Análisis del Código Penal desde la Perspectiva de Género*, Vitoria-Gasteiz, Emakunde, pp. 261-79.
- OSBORNE, R. (2009) *Apuntes sobre la violencia de género*. Barcelona, Edicions Bellaterra.
- SMART, C. (1995) *Law, Crime and Sexuality*. Sage, London.
- SMITH, M. (2004) *Encyclopedia of rape*. Westwood, Greenwood Press.
- STANG DAHL, T. (1987) *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence*. Norwegian University Press, Oslo.
- YOUNG, I. (1990) *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, New Jersey.