

INTRODUCCIÓN

Haydée Birgin

La preocupación que atraviesa los trabajos que componen este volumen es la pregunta por los modos en que los discursos sociales y, en particular, el jurídico, construyen el concepto de *género* y operan a partir de esta construcción.¹ Intentamos, entonces, desconstruir la idea del *género en el derecho*, tanto en su teoría como en su práctica, y analizar el derecho como un *proceso de producción de identidades fijas*, en lugar de analizar simplemente la aplicación del derecho a sujetos que ya tienen género.² Con este horizonte común, la serie de artículos que presentamos recorren un camino que va desde la interrogación sobre la cuestión de la identidad hasta el análisis de las prácticas discriminatorias de la jurisprudencia. Como una reflexión teórica que apoya y enmarca la discusión sobre las prácticas políticas y jurídicas, algunas de las autoras ofrecen también una revisión del pensamiento feminista.

CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN

En la Argentina, la recuperación de las instituciones democráticas posibilitó la apertura de nuevos espacios para las inquietudes de las mujeres en el ámbito del Estado y generó una conciencia crítica en la sociedad sobre el funcionamiento de las instituciones sociales, y la asimetría entre las normas jurídicas y su efectiva vigencia. Colocó el tema de la igualdad entre los varones y las mujeres en el ámbito político.³

Con la excepción de la Ley de Patria Potestad, en este período la reforma del derecho de familia y la institucionalización del tema en el Estado han sido más el resultado de una acción política directa del gobierno que de demandas del movimiento de mujeres. En realidad, se trató de reformas democráticas efectuadas en el marco de la transición, destinadas a ampliar los espacios de libertad, y no el producto de un proyecto orientado a definir el lugar de las mujeres en ese proceso. De todos modos, el espacio democrático

¹ Este libro es uno de los resultados del proyecto “El derecho en el género y el género en el derecho” (CEADEL-Ford, 1999), cuyo objetivo principal ha sido detectar las discriminaciones que aún subsisten en la legislación y efectuar un análisis del discurso judicial a través de las sentencias dictadas por los tribunales.

² Véase Marta Lamas, “Cuerpo: diferencia social y género”, en *Debate Feminista*, v, 10, México, septiembre de 1994.

³ Se inició, entonces, un proceso de reforma legislativa tendiente a eliminar las discriminaciones en la legislación, especialmente en el derecho de familia. En 1985 se sancionaron las leyes de patria potestad y de filiación. La importancia de esta última reside en el hecho de que no sólo equipara a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio sino que permite a las madres representar a sus hijos para reclamar que sean reconocidos por sus padres. Por primera vez, se cuestiona en la ley el concepto de familia matrimonial como única e inequívoca.

La Ley 23.515 de matrimonio civil consagra la igualdad jurídica entre ambos cónyuges, establece el divorcio vincular y la necesidad de que ambos compartan decisiones que anteriormente eran tomadas por el marido, como la fijación del domicilio. Sobre ambos pesan idénticas obligaciones: se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos, y deben alimentar a los hijos aun cuando se produjera el divorcio. Los derechos se pierden los mismos casos: la obligación alimentaria entre cónyuges cesa si cualquiera de ellos viven en concubinato con un tercero o incurrir en injurias graves contra el cónyuge.

Un ejemplo paradigmático en esta evolución han sido las disposiciones referidas en nombre de la mujer casada. La Ley 18.248 dispone que será optativo para la mujer casada añadir a su apellido el de su marido precedido por la preposición *de*. De este modo, el uso del apellido del marido, que antes era una obligación legal, es hoy una facultad de la esposa, que elige si quiere usarlo o no.

y los canales de participación creados facilitaron que se constituyeran organizaciones sociales que pudieran expresar las demandas de las mujeres y que irrumpieran en la escena pública, en los medios de comunicación social, en las universidades, en las instituciones públicas, y que generaran cambios significativos no sólo en su propia acción sino en la conciencia del conjunto de la sociedad.

Dos leyes marcan la legitimación del tema en la década: la ley de violencia doméstica la reforma de la ley electoral –llamada “ley de cupo”–, que hace obligatoria la representación de mujeres en las listas para cargos representativos.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 marcó un hito significativo: amplió los derechos y garantías, consagró la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Además, garantizó medidas de acción positiva para hacer efectiva la norma (artículo 75, inciso 23). Al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales, abrió una nueva vía para el ejercicio de los derechos ciudadanos. En ese marco, principios como el de no discriminación pasan a ser de aplicación directa constitucional ya que, entre otros tratados de derechos humanos, el inciso 22 de artículo 75 incorporó la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Todo el nuevo capítulo segundo de “Derechos y garantías” se refiere a derechos de incidencia colectiva. Admitir tal tipo de derechos sustantivos implica reconocer la legitimación judicial para su defensa y ejercicio. De este modo, *queda abierta para las mujeres y sus organizaciones la vía judicial para exigir el cumplimiento de normas que forman parte de las garantías constitucionales*. Por la misma razón, pueden acceder también a los organismos internacionales que las convenciones prevén para denunciar las discriminaciones, la falta de cumplimiento de las normas constitucionales de igualdad de oportunidades o trato o la incorrecta aplicación de la discriminación positiva.

La igualdad de oportunidades ha sido expresamente reconocida cuando se ordena al Congreso de la Nación “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (artículo 75, inciso 23).

Como bien lo señala Bidart Campos, se trata de un constitucionalismo de la igualdad o, como prefiere rotularlo, un “derecho constitucional humanitario”, en el que las mujeres tienen su sitio en la tangente entre la igualdad y la diversidad –o la diferencia–. Agrega el autor: “Un derecho constitucional humanitario es el que no discrimina entre varones y mujeres –tampoco entre mujeres– en violación de la igualdad, y que recíprocamente atiende a las diferencias cuando la igualdad real de oportunidades y de trato lo requiere a los fines del acceso y la participación en el bienestar general”.⁴

⁴ Germán J. Bidart Campos, *El derecho constitucional humanitario*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 93.

Según el mismo autor, esta inserción de la mujer como parte del todo social en un derecho constitucional humanitario no se consigue únicamente con normas favorables.⁵ El derecho –o, mejor, el mundo jurídico-político- no es solamente la norma: se integra, además, con conductas y con valores. Prueba de ello es el articulado de la Convención que, junto a las medidas, protecciones y el deber de adecuar las normas del derecho interno –constituciones, leyes- a las de tratado internacional, obliga a los Estados a realizar prestaciones efectivas y garantías.

El principio constitucional general es que las garantías constitucionales son directamente operativas y que el juzgador debe suplir las eventuales omisiones del legislador. Dicho en otros términos, de nada valdría el capítulo “Nuevos derechos y garantías” si no adoptamos el criterio de interpretación y aplicación directa de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos a los que el propio texto otorgó jerarquía constitucional. La Convención de las Naciones Unidas sobre Discriminación contra la Mujer es de aplicación directa. Esto significa que todas y cada una de las normas allí establecidas deben ser aplicadas y, por ende, exigidas por quienes se encuentran legitimados para accionar.

Han transcurrido cinco años desde la reforma constitucional, y si bien ha habido algunas presentaciones judiciales utilizando las herramientas constitucionales, éstas aún no han sido aprehendidas por las organizaciones de mujeres. Los derechos están: ahora se trata de ejercerlos.

En la Argentina, la cuestión ya no pasa por consagrar o justificar derechos sino protegerlos. No basta saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, y si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos y para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.⁶ Una cosa es proclamar derechos –la igualdad, por ejemplo- y otra, satisfacerlos efectivamente. Las dificultades para acceder a la justicia y de sostenerse en el proceso judicial constituyen, sin duda, la mayor discriminación que enfrentan las mujeres. Es un tema que requiere ser indagado.

EL GÉNERO Y EL DERECHO

La pregunta que funciona como eje de indagación que se recupera en este libro es cómo el género funciona dentro del derecho y cómo el derecho funciona para crear género. Este enfoque implica dirigir nuestra atención al concepto del derecho como creador del género, que necesita ser comprendido junto a la idea de que el derecho tiene género. Desde este enfoque, es posible analizar el poder del derecho como algo más que una sanción negativa que oprime a la mujer. El derecho también crea las diferencias de género y de identidad aunque no sea monolítico ni unitario.

Con el objetivo de desentrañar cómo opera la ley en las relaciones entre discurso e ideología, por un lado, y estructuras maritales y relaciones de poder, por otro, intentamos repensar un marco teórico diferente que ponga en cuestión las categorías de análisis desde las que se han definido conceptos como *igualdad* en las reformas legislativas que pretendieron eliminar las discriminaciones. La disociación entre la ley y la práctica social paraliza. Más aun cuando los mensajes comunicados a través de la ley

⁵ *Ibíd.*

⁶ Véase Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistemas, 1991, p. 35.

son contradictorios con los que prevalecen en otros lugares de la cultura, el efecto de la ley sobre las ideas y la conducta es débil.

En “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, Alicia Ruiz caracteriza el derecho como discurso social y reflexiona acerca del modo en que ese discurso configura la subjetividad y las identidades, en particular, la identidad de las mujeres. Su punto de partida es una visión antiesencialista de las identidades –que resultan el producto de una construcción social- y un concepto amplio del derecho que, lejos de reducirse a sus aspectos normativos, se define como una práctica discursiva social y específica, que expresa niveles de acuerdo y de conflictos propios de la formación histórico-social en la que se desarrolla. La autora cuestiona, así, la identificación habitual entre derecho y ley –que, en rigor, es sólo uno de los aspectos del derecho- y la noción clásica de “sujeto de derecho”, que le atribuye libertad y autonomía. Finalmente, Ruiz revisa las nociones de *igualdad* y *diferencia* y propone sustituir la primera por la segunda como medio para pensar la noción de ciudadanía.

En “La teoría feminista y el discurso jurídico”, Carol Smart examina el desarrollo de la teoría feminista en los últimos años, en relación con problemas específicos del campo del derecho. En la primera parte cuestiona la tendencia a magnificar el poder del derecho en la resolución de problemas sociales. Para ello analiza una serie de aspectos problemáticos como, por ejemplo, qué significa la afirmación de que el derecho tiene género, es sexista y masculino, y cómo, a su vez, se constituye en estrategia generadora de género. En la segunda parte critica a quienes propugnan un feminismo unitarista que pierde de vista tanto las contradicciones como la diversidad de los sujetos que intentaría representar. El eje aquí es la crítica al *standpointism*, un concepto redescubierto por algunas corrientes feministas, vinculado a las formas de construcción de conocimiento que, desde el punto de vista de Smart, no deja de basarse en un esquema binario y simplista de género y no consigue evitar que el derecho continúe construyendo divisiones de género. Por lo mismo, sea en tanto método o en tanto política, se corresponde más con el modernismo que con el posmodernismo.

Beatriz Kohen, por su parte, analiza el desarrollo de la teoría jurídica feminista –un esfuerzo por introducir la teoría feminista en el discurso del derecho- en el mundo anglosajón. Recorre, así, las tres fases de esta corriente de pensamiento, que no deben verse como etapas cronológicamente ordenadas sino como orientaciones que se superponen o dialogan contemporáneamente unas con otras.

La primera fase corresponde al feminismo liberal y está en relación directa con las primeras críticas del derecho de la segunda ola del movimiento feminista. Este enfoque no pone en cuestión el principio básico de la imparcialidad del derecho y ha encontrado limitaciones en la práctica.

Las teóricas de la segunda fase, en cambio, sostienen que el derecho es intrínsecamente masculino porque ha incorporado una cultura masculina. Dentro de esta corriente se registran diferencias, por ejemplo, entre el llamado “feminismo cultural” (representado por Carol Gilligan) y el modelo radical o de la dominación (una de cuyas principales exponentes es Catherine MacKinnon). Algunas de estas autoras se han pronunciado por la creación de un sistema de justicia separado para las mujeres.

Finalmente, la tercera fase de la teoría jurídica feminista incorpora muchos de los postulados del pensamiento posmoderno. Las teóricas de esta fase sostienen la necesidad de desconstruir los conceptos propios de la teoría tradicional y develar las maneras como el lenguaje constituye la realidad. Llegan a la conclusión de que la ley es

tan contradictoria como el orden social que refleja, y prefieren abandonar las grandes teorías para concentrarse en el estudio de instancias específicas.

Con este punto de partida, mi artículo “Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo” propone desglosar algunas categorías implícitas en el discurso feminista para preguntarse por la posibilidad de articular los movimientos sociales en un proyecto democrático. Desarrollo, en particular, el debate entre el liberalismo político y el comunitarismo en torno a los derechos de las mayorías de plasmar su identidad sobre el conjunto de la sociedad, y la posición de las feministas respecto del liberalismo. Para analizar la tensión entre lo universal y lo particular presentados por Ernesto Laclau, en el sentido de que lo universal es parte de cualquier identidad, y por Chantal Mouffe, que propone desconstruir la categoría *mujer* reconociendo su contingencia, ambigüedad e interdependencia.

Como señalamos al principio, más allá de los avances en la igualdad entre varones y mujeres, tanto en el Poder Legislativo como en el Judicial están presentes con gran vigor viejos modelos sociales y culturales sobre las mujeres. El trabajo “Acerca del género y el derecho”, de Sofía Harari y Gabriela L. Pastorino, analiza treinta sentencias, consideradas paradigmáticas, que permitieron observar que las mujeres son estigmatizadas en el discurso judicial. Se las condena a cumplir las funciones y seguir los modelos que se les asignó históricamente aun cuando esa imagen de mujer no responda a la realidad actual.

La investigación permitió descubrir que los abogados, funcionarios y jueces aun argumentan, dictaminan y resuelven a partir de la imagen de una mujer que, ante todo, debe ser honesta, casta y pura. Además, es débil y necesita protección. Según esta concepción, la mujer ha nacido para agradar, obedecer y ser protegida por su marido, y su objeto principal es procrear y cuidar a los hijos que él le da. Varón y mujer, entonces, intercambian servicio, cuidado doméstico y de los hijos, y obediencia, protección, manutención, pertenencia y descendencia.

Se crea, entre partes, litigantes, abogados y jueces, un círculo que se realimenta sin dejar paso a la función creativa que el derecho debe tener: los jueces fallan conforme a viejos estereotipos sexuales y prejuicios instalados en el imaginario social y, a su vez, en sus sentencias, fijan las condiciones y los límites a que se someterán las partes y sus abogados. Éstos interponen reclamos sólo sobre la base de los antecedentes para obtener, así un nuevo fallo que confirma los anteriores y completa el círculo. Se termina reclamando aquello que los jueces ya establecieron en su sentencia. Y así sucesivamente.

En “Las normas del derechos de familia y la discriminación en razón de género”, Patricia M. Costa y Sofía Harari pasan revista a algunos casos de discriminación directa y otros de discriminación inversa presentes en la normativa que regula las relaciones familiares, así como a vacíos legislativos que operan, en la práctica, como discriminatorios.

Dentro de los casos de discriminación directa, se repasan normas incluidas en el Código Civil y en otras leyes suplementarias, que involucran el régimen patrimonial dentro del matrimonio (sistema de dote, bienes propios de la mujer y presunción muciana), el nombre de las personas físicas y la falta de legitimación de las mujeres para ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. La discriminación por ausencia de normas legales abarca los casos de concubinato, prestaciones compensatorias e incumplimiento de prestaciones alimentarias.

En cuanto a los casos de discriminación inversa, son aquellos en los que el tratamiento hacia las mujeres es diferencial, cuando se les otorga algún tipo de prerrogativa o beneficio. Ejemplos de este tipo son las facultades concedidas a la mujer en caso de muerte presuntiva del cónyuge, el derecho hereditario de la nueva viuda sin hijos y la tenencia de los hijos menores de cinco años.

A pesar de la existencia de estos resabios de discriminación, en la Argentina, como decíamos, le ley no constituye la principal opresión de las mujeres. Por el contrario, la reforma de la Constitución nacional, al ampliar los derechos de las mujeres e incorporar mecanismos que garantizan su ejercicio, creó un nuevo espacio para la acción ciudadana de las mujeres, del cual ahora deberán apropiarse.

Los obstáculos (reales e imaginarios) de las mujeres en relación con el Poder Judicial, la ineficiencia de los mecanismos tradicionales, la falta de abogados que las patrocinen gratuitamente, convierte el tema de acceso a la justicia en una cuestión central. A esto se suman las dificultades que se les presentan a las mujeres para poder sostenerse durante el proceso judicial: el trabajo, el cuidado de la casa y de los niños, etc.

El lenguaje de los derechos tiene, sin duda, una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos sociales, que exigen, para sí y para los demás, la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañoso si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado, y el reconocido y protegido. De ahí la importancia de desconstruir la idea del género del derecho, tanto en su teoría como en su práctica, para ver cómo el derecho opera como tecnología del género.⁷ Como lo muestran los trabajos que aquí presentamos, el derecho resulta mucho más complejo que las palabras de la ley.

Advertir la historicidad del discurso jurídico, su complejidad, su opacidad estructural, los aspectos ideológicos que le son propios y sus vínculos inescindibles con la política y el poder permite leer los textos (leyes, precedentes jurisprudenciales, clasificaciones de la doctrina, etc.) con la clara conciencia de que no hay un único sentido posible que se debe descubrir sino que existen múltiples (aunque no infinitos) sentidos que se construyen en cada tiempo y lugar y que, por lo tanto, tampoco existe una única, justa y definitiva solución para el caso. En ese espacio de conflicto en el que –todavía– las mujeres nos encontramos colocadas, tal vez el derecho podría operar más eficazmente si los operadores jurídicos se sintieran tentados por esta mirada crítica.

⁷ Véase Carol Smart, “La mujer en el discurso jurídico”, en Elena Larrauri (comp.), *Mujer, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994, p. 177.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

_____ *El derecho constitucional humanitario*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

LAMAS, Marta, “Cuerpo: diferencia social y género”, en *Debate Feminista*, V., 10, México, septiembre de 1994.

NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

RUIZ, Alicia, “Derecho, democracia y cultura jurídica al fin del siglo”, ponencia presentada en el seminario “Derecho, democracia y cultura jurídica al fin del siglo”, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, noviembre de 1999.

SMART, Carol, “La mujer en el discurso jurídico”, en Elena Larrauri (comp.), *Mujer, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994.

_____ *Law Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, Londres, Sage, 1995.