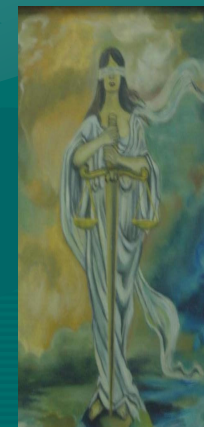


Mujeres y Derecho: Pasado y presente.

I. Congreso multidisciplinar de Centro -Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho-

Jasone Astola Madariaga (Ed.)



Publicación financiada con ayudas de la Consejería de Educación del Gobierno Vasco; de la Dirección de Igualdad y del Vicerrectorado de Campus -Bizkaia- de la UPV-EHU.

ÍNDICE

	Pág.
Planteamiento general	1
El Congreso	7
<i>Irene Ayala Cadiñanos</i> : Excepción de orden público internacional y discriminación por motivo de género	10
<i>Blanca Gamboa Uribarren</i> : Mujer y sucesión hereditaria en Roma	25
<i>Jaione Arieta-Araunabeña Alzaga</i> : La viuda en el derecho foral	54
<i>Leire Imaz Zubiaur</i> : La superación de la incapacidad de gestionar el propio patrimonio por parte de la mujer casada	69
<i>Ana Suyapa Fernández-Sancho Tahoces</i> : Las donaciones otorgadas con ocasión del matrimonio de la mujer	83
<i>Elena Leiñena Mendizábal</i> : La incidencia de las Leyes para la Igualdad de género en el acceso de la mujer a los Consejos de Administración de las sociedades y empresas ..	111
<i>M^a Lourdes Labaca Zabala</i> : El velo islámico en los centros docentes públicos de Francia y su compatibilidad con el principio de laicidad	120
<i>Arantza Campos Rubio</i> : Teoría feminista del derecho	167
<i>Jasone Astola Madariaga</i> : Las mujeres y el estado constitucional. Un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional	227
<i>Javier García Martín</i> : Adolfo G. Posada, un constitucionalista ante el feminismo. Entre Estado social y derecho privado	291
Referencias bibliográficas	313

PLANTEAMIENTO GENERAL

A Maddi¹, la madrina de este Congreso:
con el deseo de que nuestro trabajo
te deje un mundo mejor que
el que nosotras encontramos.
Bienvenida.

Cuando se aborda el estudio de la teoría del estado o del derecho se investiga desde una perspectiva androcéntrica, fruto del sistema patriarcal² en el que estamos inmersas e inmersos investigadoras e investigadores, de manera que se obvia la presencia o ausencia de las mujeres en el ámbito de estudio del que se trate. Y el estudio de la historia de las mujeres es necesario para cualquier investigación que pretenda referirse a la humanidad entera. Hay muchos trabajos que abordan el estudio de las materias que aquí se tratan, pero ninguno de ellos se ocupa de manera sistemática o detallada de la participación de las mujeres en ese momento histórico o en la elaboración de los conceptos que sirven de base a nuestros actuales estados constitucionales.

Se ha venido confundiendo humanidad con humanos de sexo masculino, por lo que cuando las diferentes disciplinas de las ciencias sociales y jurídicas investigan a los sujetos, las mujeres no estamos. Por eso, la teoría feminista acuñó una nueva categoría analítica, el género, esa construcción cultural del patriarcado que otorga un rol diferenciado a las personas, basándose en un elemento biológico, el sexo. El género como categoría analítica se convierte en un instrumento esencial para el estudio de las ciencias humanas, porque enriquece cualquier investigación, al someter su discurso al siguiente análisis: quién habla –sujeto hombre o mujer-; de quién habla -objeto de estudio-; y para quién o para qué habla; así se llega a una nueva comprensión de los textos en cuestión y se pueden vislumbrar los intereses que subyacen en ellos.

Los estudios hechos con esta categoría analítica nos permiten: recuperar la presencia o ausencia de las mujeres en el tema objeto de análisis y, con ello, desvelar la parcialidad de un discurso que no cuente con ellas. Cuando las relaciones de género no están contempladas en un análisis hay una relación de poder que se omite³, cuya consecuencia inmediata es la de falsear la historia. El género, por tanto se convierte en una categoría útil para el análisis⁴,

¹ Maddi, es la hija que nuestra ponente Leire Imaz Zubiaur ha traído a este mundo casi coincidiendo con los días de celebración de este congreso.

² Cristina MOLINA PETIT, *Dialéctica feminista de la ilustración*, Anthropos, Barcelona 1994, p. 175 atribuye a Kate MILLETT la elaboración del término patriarcado en la década de los sesenta del siglo XX para referirse al poder de los hombres sobre las mujeres.

³ Así lo concibió Joan W. SCOTT, “Gender: a useful category of historical análisis”, *American Historical Review*, 91/1986, pp. 1053-1075, y en la p. 1069 nos dice exactamente que el género es el campo en el cual, a través del cual se articula el poder. Éste y otros textos están recogidos en James AMELANG y Mary NASH (Eds.), *Historia y género*, Alfonso el Magnánimo, Valencia 1990 –pp. 23-56-.

⁴ Un ejemplo de su uso se puede ver en Lina GÁLVEZ MUÑOZ, “Logros y retos del análisis de género en la historia económica de la empresa”, en *ICE Historia empresarial*, nº 812, enero 2004, pp. 77-89, asequible en http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/ICE_812_77-89_037F94EA03D8100877FDEF9A84A17240.pdf [Consulta: 18 de octubre de 2008].

porque identifica nuevos temas de interés, ofrece nuevas claves de entendimiento en el área de investigación y provee de un nuevo marco teórico a dicha investigación, marco desde el cual, muchas veces se ponen en cuestión ciertas construcciones que se asumen como naturales⁵.

La innovación de los trabajos que aquí se presentan, si los comparamos con otros, estriba en la recuperación de la historia de las mujeres, cuestión esta que debería ser la base indiscutida e indiscutible de cualquier trabajo de investigación científica con pretensiones de generalidad. Porque el enfoque masculino, aunque se utilice como genérico, es decir, como enfoque que abarca los aspectos femeninos, sólo abarca, en el mejor de los casos, los aspectos femeninos entendidos desde el género, es decir, desde una posición en la que las mujeres no somos personas iguales, sino objetos de la cosmogonía masculina⁶.

Reconocemos un modelo androcéntrico de investigación porque incluye los siguientes rasgos:

- La norma masculina y la norma humana se confunden, se convierten en idénticas. Lo masculino no es sólo lo normal sino lo normativo y lo femenino pasa a ser una excepción a la norma. Lo masculino no es una de las posibles facetas del ser humano sino el ser humano –se habla de sufragio universal cuando únicamente los hombres consiguen el derecho al voto-.
- Como la norma masculina es la norma humana es también adecuada e incuestionable cuando se utiliza como el patrón habitual de pensamiento, lenguaje e investigación. De tal manera que cuando hablamos de democracia o de derechos de las personas hablamos de una democracia hecha por y para los hombres o de unos derechos reconocidos exclusivamente para los varones, y, a veces, existe algún pie de página o algún pequeño capítulo que habla de cuál era la situación de las mujeres en el momento en que se concebían esos conceptos. El lenguaje, el hábito de pensar, de investigar, desde ese genérico masculino excluyente, es tan pre-reflexivo y tan marcado que muchas estudiosas y muchos estudiosos no son capaces ni siquiera de ver que tan sólo se han acercado parcialmente a su objeto de estudio.
- Desde esos parámetros, cuando es necesario hablar de las mujeres *per se*, como las mujeres difieren de la norma masculina –recordemos que concebida como la norma humana-, por el mero hecho de ser mujeres, entonces el pensamiento androcéntrico las trata como un objeto exterior a la humanidad, algo que es necesario explicar. Es decir,

⁵ Un interesante repaso al uso del género como herramienta de análisis se puede ver en Cristina MOLINA PETIT, “Contra el género y con el género: crítica, deconstrucción, proliferación y resistencias al sujeto excéntrico”, en Alicia H. PULEO (Ed.), *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en Ética y Filosofía Política*, Biblioteca Nueva, Madrid 2008, pp. 259-272.

⁶ Cuando pregunté a las ponentes si la inclusión de las mujeres como sujetos-objetos de sus investigaciones aportaba algo a las mismas, Leire Imaz Zubiaur, por ejemplo respondió: “La respuesta, por mi parte, es afirmativa, sin duda. *Como mujer*, diría que el conocimiento de la discriminación social, política y jurídica que muchas otras mujeres han vivido y padecido durante tantos años –y aún siguen sufriendo- no ha hecho más que reforzar mi perspectiva de género, mi firme convicción en la necesidad de oponerse, rotundamente, al *apartheid* por razón de sexo o género, y mi fiel apoyo a toda iniciativa social, política o legislativa en pro de la igualdad entre mujeres y hombres. *Como jurista*, añadiría, además, que esta breve investigación me ha proporcionado una visión mucho más realista del flagrante discurso sexista y manipulador que ha promovido la orientación patriarcal y discriminadora de muchas de las leyes españolas, tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado; confirmando mi opinión de que, en muchísimas ocasiones, ha habido un claro interés del político y del legislador, auspiciado por agentes como la Iglesia Católica, por relegar a la mujer a la condición de ser humano ‘inferior’ y ‘débil’; valiéndose, de entre otros instrumentos a su alcance, de la propia ley.

mientras los varones son presentados como los sujetos, capaces de nombrar la realidad, las mujeres se presentan, cuando se presentan, como objetos relacionados con ellos y, además, únicamente desde su punto de vista.

Para acabar con estos rasgos es necesario cambiar el paradigma, y hacer posible que nuestros pensamientos y nuestras investigaciones no perciban a los varones como el centro y a las mujeres en los márgenes; debemos encontrar las fórmulas que nos permitan hablar y estudiar juntos a mujeres y hombres dando así cabida al estudio de una humanidad, de carácter tanto masculino como femenino, en oposición al modelo uni-sexuado actual. Necesitamos un modelo de humanidad que reconozca que los dos sexos de los seres humanos son igualmente humanos y que, por tanto, no admita la posibilidad de colocar a uno en el centro y al otro en la periferia. Por el momento, tampoco nos sirve un modelo de humanidad sexualmente neutro como guía para explicar nuestro pasado y nuestro presente, aunque quizá nos pueda servir en un futuro, cuando la condición sexual de un ser humano no marque su cualidad de sujeto. Es decir, cuando la igualdad de mujeres y hombres sea un hecho jurídico-constitucional, cultural y social. O, dicho de otra manera, cuando los roles de género asociados a cada sexo desaparezcan por completo y cada persona pueda definir su existencia sin que su sexo la supedite a un rol determinado⁷.

Si partimos de un modelo de humanidad bi-sexuado, además de encontrar un valioso instrumento para entender el mundo, todo cambia: lo que se estudia –el objeto- y cómo se estudia –el método-⁸. Ahora bien, tal cambio de paradigma supone un cambio tan radical, no sólo en la investigación sino en el propio lenguaje y en el propio pensamiento, que se puede entender la resistencia de la academia, a pesar de ser algo que, abstractamente, no se puede tildar de falta de relevancia o falta de sentido común.

Este modelo que propugnamos posibilitaría que mujeres y hombres fuesen susceptibles de ser estudiados de manera exhaustiva, con el mismo espíritu crítico y con la misma empatía. Y, desde luego, haría posible que no se considerase científico ningún trabajo androcéntrico.

Esta recuperación de la historia de las mujeres como parte de la historia de la humanidad no debe depender de la filosofía propia de la investigadora o del investigador. Una persona puede hacer un trabajo intachable desde el punto de vista académico, según el modelo de humanidad bisexuada, y tener una filosofía personal favorable al dominio masculino o incluso ser una persona misógina. Estoy hablando de los parámetros en que debe moverse una investigación

⁷ Interesante en este sentido el trabajo de Eva MARTÍNEZ SAMPERE, “Nuestra común y diferente humanidad: su articulación jurídica”, en J. PÉREZ ROYO, J. P. URÍAS MARTÍNEZ y M. CARRASCO DURÁN (Eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Tomo I, Thomson, Aranzadi, Navarra 2006, pp. 689-708.

⁸ Es volver a hacer aquello que hizo el marxismo cuando introdujo el factor económico como factor a tener en cuenta a la hora de estudiar los cambios históricos, o lo que hizo la dogmática alemana en el período de entreguerras para cambiar la metodología jurídica –las diferentes posiciones mantenidas por los cuatro grandes de ese tiempo Heller, Kelsen, Smend y Schmitt respecto a la relación entre objeto y método está claramente resumida en Oliver LEPSIUS, “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República federal” en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, nº 9/2008 en <http://hc.rediris.es/09/articulos/html/Numero09.html> [Consulta: 20 de octubre de 2008].

no del pensamiento personal de quien investiga. Y señalo esta diferencia para no caer en el error de confundir dos conceptos: Feminismo y parámetros de una investigación académica⁹.

Es claro que ha sido el movimiento feminista quien ha detectado el error de base que tienen los parámetros actuales de investigación¹⁰, como fue Marx quien aportó la idea de la importancia de la economía en la estructuración del poder o de la sociedad¹¹, o como fue el movimiento obrero quien detectó las anomalías del estado liberal y fijó las bases del estado social. Pero lo mismo que no hay que ser marxista para estudiar la historia ni obrero para investigar el estado social, tampoco hay que ser feminista para investigar en ciencias sociales y jurídicas desde unos parámetros correctos. No se puede confundir el método de investigación con la ideología de quien investiga.

Una vez establecida esta diferencia entre ideología y método me parece interesante hablar de las aportaciones filosóficas que ha hecho el feminismo a la historia de la humanidad, porque desde ellas se aborda la necesidad de cambio.

La mayor aportación del feminismo a la explicación del mundo ha sido la de descubrir y nombrar el sistema patriarcal en el que estamos todas y todos inmersos y su visión de que el patriarcado es la creación cultural de una época determinada de la historia de la humanidad y no una condición inevitable de la biología humana¹². El patriarcado, simplificando, se caracteriza fundamentalmente por dos rasgos: porque en él el ejercicio del poder ocupa un

⁹ Sin olvidar que también existe una metodología feminista de investigación – de la que da cuenta la ponencia de Arantza Campos Rubio- y aquí tomaré por ejemplo las líneas maestras diseñadas por María MIES, "Towards a Methodology for Feminist Research" en Gloria BOWLES y Renate DUELLI KLEIN (Eds.), *Theories of Women's Studies*, editado por, Routledge & Kegan Paul, Boston 1983, pp. 117-139; o más exactamente en su trabajo, "Towards a methodology for feminist research", en Emily FRYMAN y Billy BURGESS (Eds.), *Qualitative Research*, Sage, London 1999, pp. 71-77: 1) El postulado de una *investigación libre de valores*, de neutralidad e indiferencia hacia los "objetos" de investigación, debe ser reemplazado por una *parcialidad consciente*, que se logra por medio de una identificación parcial con los objetos de la investigación, creando una distancia crítica y dialéctica entre quien investiga y sus "sujetos" de estudio; 2) La *visión desde arriba* de quien investiga -la relación hombre-mujer es de los ejemplos más antiguos de esta visión- ha de ser reemplazada por la *visión desde abajo*; 3) El "conocimiento de espectadora", contemplativa y no involucrada, ha de ser reemplazado por una *participación activa en las acciones, movimientos y luchas* de la emancipación de la mujer -cuando se integran investigación y praxis, se logran unos resultados más ricos y, por ello, también más "verdaderos"-; 4) La participación en las acciones y luchas sociales, y la integración de la investigación en estos procesos, implica además que el *cambio del status quo* sea el punto de partida de una interrogante científica; 5) *El proceso de investigación debe convertirse en un proceso de "concientización"*, tanto para quienes realizan la investigación como para los sujetos investigados y la "concientización" colectiva debería ir acompañada por el estudio de la historia individual y social de la mujer, porque aunque las mujeres tengan su historia no se la han apropiado como sujeto; y 6) Las mujeres no pueden apropiarse su propia historia a menos que *comiencen a colectivizar sus propias experiencias*. Los *Estudios de la Mujer*, por consiguiente, deben luchar por la superación del individualismo, la competitividad, el "profesionalismo" desmedido, como se ven en los académicos de género masculino. Esto las llevaría posiblemente a superar el aislamiento estructural dentro de sus familias y a comprender que sus sufrimientos individuales tienen causas sociales.

¹⁰ Ver, por todas, Michèlle BARRET y Anne PHILLIPS (Compiladoras), *Desestabilizar la teoría*, Paidós, Barcelona 2002; o Celia AMORÓS y Ana DE MIGUEL, *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad*, Minerva Eds., Madrid 2005; o Alicia H. PULEO (Ed.), *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en Ética y Filosofía Política*, Biblioteca Nueva, Madrid 2008.

¹¹ Ana DE MIGUEL y Rosalía ROMERO, "Flora Tristán: hacia la articulación de feminismo y socialismo en el siglo XIX", en Flora TRISTAN, *Feminismo y socialismo. Antología*, La Catarata, Madrid 2003, pp. 16-17, dan cuenta de que muchos de los conceptos cuya autoría se da a Marx estaban en la obra de esta mujer (1803-1844), cuyas aportaciones nunca han sido reconocidas.

¹² Por todas, Gerda LERNER, *La creación del patriarcado*, Crítica, Barcelona 1990 y Roberta HAMILTON, *La liberación de la mujer: patriarcado y capitalismo*, Península, Barcelona 1980.

lugar central y porque, por definición, ese poder lo detentan los hombres y lo ejercen además sobre las mujeres.

En el sistema patriarcal los hombres se quedaron con todos los papeles que la sociedad valoraba y premiaba de forma que la desigualdad -hoy denominada de género- fue la primera característica del sistema. Eran los hombres los que marcaban las normas y los límites que debían respetar las mujeres y las que no se conformaban tenían ocasión de descubrir otra forma de dominio masculina que aún perdura, la imposición física.

Con este punto de partida, los estudios sobre las implicaciones del patriarcado en la organización de nuestro mundo han sido muchos. Ahora bien, las salidas al sistema patriarcal que se planean desde el feminismo también son variadas. De entre ellas me ocuparé fundamentalmente de cómo superar la desigualdad de género, que como he dicho, es la característica fundamental del sistema.

Inicialmente, en el feminismo liberal, la igualdad se refería al hecho de que las mujeres deberían poder hacer las mismas cosas que habían hecho los hombres, lo cual suponía que el rol masculino era preferible al rol femenino. Más tarde, la igualdad fue concebida como el hecho de que lo que hacen las mujeres debería considerarse del mismo valor que lo que hacen los hombres. Y, como se puede observar, ninguna de estas posiciones queda libre de los roles de género establecidos por el sistema patriarcal. Y precisamente en eso estriba el problema. No es posible, por definición, conseguir la igualdad mientras funcionemos en el arquetipo del género, es decir, en roles predeterminados por nuestro sexo. Da igual que cambiemos posiciones, el género es una prisión que nos atrapa a todas y a todos. Mientras nuestro sexo determine un rol no saldremos del sistema. En cambio, si no existiesen roles de género, no habría nadie con acceso automático a ningún papel predeterminado, o con poder sobre ninguna otra persona sobre la base de su sexo fisiológico.

Si la humanidad partiese de las necesidades vitales que tenemos para sobrevivir, tanto productivas como reproductivas, y partiese de la existencia del aspecto femenino y del aspecto masculino que cohabita en todos los seres humanos y cada persona decidiese qué papel asumir, abríamos acabado con los roles de género. Es decir, cuando el hecho de ser mujer no condenase a nadie a vivir únicamente su feminidad, ni el hecho de ser hombre condenase a nadie a vivir únicamente su masculinidad.

Para eso las mujeres debemos recuperar el poder de nombrar y definir el mundo junto a los hombres. La experiencia y la historia de las mujeres debe pasar a ser parte de lo público, de la sociedad, y de esa manera individuos de ambos sexos podrán ser personas enteras en lugar de seres medio-humanos, atrapados en roles de género masculino o femenino.

En definitiva, estamos procurando, como parte de la Universidad del País Vasco, cumplir con lo establecido, entre otras normas, en el art. 32. 2 de la ley vasca 4/2005 para la igualdad de mujeres y hombres, haciendo el trabajo necesario para que “en la docencia y en los trabajos de investigación sobre las diferentes áreas de conocimiento se integre la perspectiva de género,

se haga un uso no sexista del lenguaje y se incorpore el saber de las mujeres y su contribución social e histórica al desarrollo de la Humanidad”.

Y en este camino se presentan los trabajos de este congreso¹³, continuando el discurso donde las mujeres existimos como sujetos y no como objetos. Un discurso donde las mujeres nombramos la realidad y creamos lenguaje y cultura, donde nuestras palabras se registran y sirven de base para que otras y otros continúen nuestra labor como seres humanos. Un discurso que pretendo que sea el único científicamente avalado, es decir no androcéntrico, un discurso en el que mujeres y hombres aportemos nuestras investigaciones y nuestro conocimiento para primero analizar y después mejorar, si cabe, la realidad que habitamos.

¹³ He de agradecer encarecidamente a las miembros del comité científico el haber aceptado para este caso, y sin que sirva de precedente, mi propuesta de dejar que cada ponente y comunicante tomara su propia decisión sobre el trabajo que iba a presentar en este congreso. Esa propuesta obedece a una razón: el sentido mediato de este acto académico -pensado como un primer paso para la creación de un foro de trabajo interdisciplinar permanente-. Por eso, procedía que cada persona llegase a él con el aval de su propio trabajo, porque ésa es la base real de la que partimos, y eso es lo que todas y cada una de las personas involucradas podemos mejorar en el futuro.

Mujeres y Derecho: Pasado y presente
I. Congreso multidisciplinar de Centro
-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho-
23 y 24 de octubre de 2008
Lugar: Rosetón

El Congreso –incluyendo la publicación- ha sido financiado con ayudas de la Consejería de Educación del Gobierno Vasco; de la Facultad de Derecho, de la Dirección de Igualdad y del Vicerrectorado de Campus – Bizkaia- de la UPV-EHU.

El Congreso que aquí se presenta obedece a cuatro objetivos fundamentales:

1º: Cumplir con lo establecido en el art. 33.2 de la ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, que refiriéndose a la enseñanza universitaria nos dice: -Las universidades que integran el sistema universitario vasco- velarán por que en la docencia y en los trabajos de investigación sobre las diferentes áreas de conocimiento se integre la perspectiva de género, se haga un uso no sexista del lenguaje y se incorpore el saber de las mujeres y su contribución social e histórica al desarrollo de la Humanidad;

2º: Hacer conocer a cualquier estudiante la vertiente investigadora de su profesorado;

3º: Abrir la posibilidad a nuestro alumnado -tanto de licenciatura, como de de doctorado- de presentar sus primeros trabajos de investigación; y

4º Crear un lugar de encuentro y discusión para investigadoras e investigadores del derecho desde una perspectiva de género.

Este primer congreso cuenta como ponentes con profesoras de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho de la UPV-EHU que amablemente han aceptado poner en marcha este tipo de acto multidisciplinar de centro.

Organizado por Jasone Astola Madariaga
Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Políticos y Sociales



Programa¹

Día 23 de octubre

9h. Presentación del Congreso. Comité científico:

- Adela Asúa Batarrita
- Clara Asúa González; y
- Adoración Castro Jover

9h 30. I. Panel. El viaje de las mujeres. Modera Adoración Castro Jover

- Esperanza Osaba García: ¿De qué huyen las mujeres? Proceso penal y derecho de asilo en la antigüedad tardía
- Irene Ayala Cadiñanos: Excepción de orden público internacional y discriminación por motivo de género.

11h-11h30 Pausa

- Ana Pérez Machío: Tratamiento jurídico-penal de las mujeres inmigrantes víctimas en la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género: incidencias de la normativa de extranjería en el Derecho Penal.

Debate

16h II. Panel. Las mujeres ¿titulares de derechos? En el Derecho Privado.

Modera Clara Asúa González

- Blanca Gamboa Uribarren: Mujer y sucesión hereditaria en Roma
- Jaione Arieta-Araunabeña Alzaga: La viuda en el derecho foral
- Leire Imaz Zubiaur: La superación de la incapacidad de gestionar el propio patrimonio por parte de la mujer casada.

17h30-18h00 Pausa

- Ana Suyapa Fernández-Sancho Tahoces: Las donaciones otorgadas con ocasión del matrimonio de la mujer.
- Comunicación: Elena Leñena Mendizábal: La incidencia de las Leyes para la Igualdad de género en el acceso de la mujer a los Consejos de Administración de las sociedades y empresas

19h Debate

Día 24 de octubre

9h30 III. Panel. Las mujeres ¿titulares de derechos? En el Derecho Público. Modera Adela Asúa Batarrita

- M^a Lourdes Labaca Zabala: El velo islámico en los centros docentes públicos de Francia y su compatibilidad con el principio de laicidad.
- Arantza Campos Rubio: Teoría feminista del derecho
- Jasone Astola Madariaga: Las mujeres y el estado constitucional. Un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional.

11h-11h30 Pausa

- Comunicación: Javier García Martín: Adolfo G. Posada, un constitucionalista ante el feminismo. Entre Estado social y derecho privado.

Debate

Conclusiones del Congreso.



¹ No todas las ponencias serán publicadas en este soporte. Esperanza Osaba García publicará la suya dentro de una próxima monografía sobre el asilo en Roma, y Ana I. Pérez Machío acaba de publicar la suya en Luz María PUENTE ABA (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada 2008.

AGRADECIMIENTOS

Cualquier persona que haya organizado un congreso sabe que este apartado no es una mera fórmula de cortesía, sino que es muy importante y realmente sentido, porque sin todas las personas que aquí se nombran todo esto no hubiera sido posible.

Empezaré por las tres grandes juristas del comité científico -Adela Asua Batarrita, Clara Asua González y Adoración Castro Jover-, que desde el primer momento han estado ahí, dispuestas a colaborar en todo lo necesario, y así lo han hecho, tanto a lo largo del tiempo de preparación como resolviendo todos los últimos imprevistos unidos a la celebración de cualquier congreso. Adela Asua Batarrita, como vicedecana y responsable de la sección, ha tenido además que ocuparse de todas esos constantes pequeños problemas coyunturales, cuya resolución ha hecho posible que lleguemos a este resultado final. Gracias a todas y a cada una.

Seguiré con las ponentes: tuve la suerte de contar, desde el inicio con Esperanza Osaba García, dándome los ánimos necesarios para empezar y ayudándome a resolver después, cuantas dudas tuve. En cuanto la idea estuvo en marcha tuve el apoyo de Irene Ayala Cadiñanos y Blanca Gamboa Uribarren y con ella llegó Jaione Arieta-Araunabeña Alzaga; Ana I. Pérez Machío, Arantza Campos Rubio y Miren Agurtzane Goiriena Lekue, cuyas últimas responsabilidades como ayudante del Ararteko, le han imposibilitado venir, aceptaron el encargo rápidamente; el grupo de ponentes se cierra con la llegada de Ana Suyapa Fernández-Sancho Tahoces y M^a Lourdes Labaca Zabala. Especial mención merece Leire Imaz Zubiaur, la madre de nuestra madrina de congreso, que cuando supo de su embarazo y de la coincidencia del congreso con su salida de cuentas, se ocupó diligentemente de entregar con antelación su ponencia. Gracias a todas y a cada una.

Más tarde llegaron las comunicaciones de Javier García Martín y de Elena Leñena Mendizabal, cuyas aportaciones llevan nuestra investigación más lejos. Gracias.

No puedo olvidar a aquellas personas que en todo momento me han ofrecido silenciosamente todo su apoyo, tanto en el hacer como en el no hacer. En el hacer debo mencionar a esas admirables mujeres que se ocupan de la administración y conserjería de nuestra facultad; y en el no hacer nada que perturbe la marcha del congreso, especial mención merece el profesor Ixusko Ordeñana Gezuraga, por todos los detalles que ha tenido, desde el inicio, para no entorpecer de ninguna manera este acto académico..... *Eskerrik asko Ixusko*.

Por supuesto, no puedo dejar de mencionar a quienes nos ha financiado – la Consejería de Educación del Gobierno Vasco, la Dirección de Igualdad, el Vicerrectorado de Campus de Bizkaia y la Facultad de Derecho de la UPV-EHU-, a quienes han asistido y a quienes se han ocupado de atender a las personas asistentes –Aintzane, Maialen y Josu-. Gracias.

Y precisamente por la proximidad y por la pertenencia dejo para el final a todas y a cada una de las personas que componen mi Departamento: la presencia inolvidable en el acto de nuestro director Miguel Ángel García Herrera y de Gonzalo Maestro Buelga; la paciencia

inagotable de Eduardo Virgala Foruria, escuchándome en todo el proceso de preparación; el aliento de Javier Corcuera Atienza Gracias a todos.

Y ¡Qué hubiera hecho yo sin Pilar Gómez Galbarriatu! Nuestra esforzada secretaria de departamento. Su dedicación, su atención a todos los detalles, poniendo todo el mimo, cuidado y diligencia que necesita todo trabajo bien hecho, han sido cruciales para el resultado final.

También debo pedir disculpas: a las profesoras de la Facultad de Derecho, que trabajan en Donostia, que se interesaron por participar. Esta primera vez, decidí que el congreso fuese de sección, por varios motivos: el de concebir este acto como la continuación, sin medios de comunicación, del trabajo de la sección, justo inmediatamente después de acabar con las celebraciones del X aniversario; el de acercar a alumnas y alumnos de la sección al trabajo de investigación de su profesorado; pero también, por hacer una primera experiencia de congreso multidisciplinar más manejable en cuanto a participación y tiempo.

Y quiero tener un recuerdo para la Universidad de Alicante y su muestra itinerante sobre lenguaje no sexista. Me hubiese gustado contar con ella durante los días del Congreso, pero no ha sido posible. Aunque sus ideas y algunas de sus imágenes nos han acompañado. Gracias por esa estupenda iniciativa.



EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

IRENE AYALA CADIÑANOS

Igualdad es equipotencia o la capacidad de ejercicio del poder, no solo el de resistir, sino el de contar con la fuerza y los recursos necesarios para la autonomía; igualdad es equivalencia o "tener el mismo valor en el sentido de no ser considerado ni por debajo ni por encima del otro"; igualdad es equifonía o "la posibilidad de emitir una voz que sea escuchada y considerada como portadora de significado, goce y credibilidad"

Isabel Santa Cruz ¹

1. INTRODUCCIÓN

El viaje al que voy a referirme es un viaje contemporáneo, el de las mujeres inmigrantes que viven y trabajan en países del primer mundo. Es un viaje a través de fronteras de idioma, de raza, de religión, de cultura; es también un viaje a través de fronteras jurídicas. La línea del territorio traza una divisoria imaginaria entre distintos modos de concebir la sociedad, la vida privada, la familia, el papel de la mujer y su posición respecto al hombre. Muchos de los países de origen de la mujer inmigrante inspiran su Derecho privado en la religión, propiedad milenaria de los hombres, que la interpretan y aplican para perpetuar una estructura patriarcal y estamental. Si establecemos una comparación con los ordenamientos de los países de destino, podría decirse que es un viaje en el tiempo. Pero no es un tránsito sin equipaje; los vínculos jurídicos establecidos en la sociedad de la que proceden, los derechos y deberes que configuran su estatuto personal, les acompañan en su desplazamiento. Y no es un viaje sin retorno: los medios de comunicación permiten lazos continuados con el espacio familiar y social que ha quedado atrás; la posibilidad de volver, de forma temporal o permanente, está siempre presente. La inmigración no implica una ruptura con el pasado jurídico.

¹ Isabel SANTA CRUZ, "Sobre el concepto de igualdad: algunas observaciones", *Isegoría* n° 6, 1992. Cita incluida por S. VILLARÁN en <http://susanavillaran.blogspot.com/2008/03/igualdad.html>.

En este contexto se plantea un reto estructural para las sociedades occidentales: cómo administrar de forma coherente un tejido social cada vez más multicultural, cómo convertirse en espacios interculturales, cómo respetar las particularidades de quienes se asientan en su territorio con vocación de permanencia, sin menoscabar los derechos humanos, sin renunciar a principios básicos de su modelo de convivencia cómo es el de no discriminación por motivo de género.

Dentro de las técnicas particulares de Derecho internacional privado, la excepción de orden público internacional se configura como un instrumento polivalente en la búsqueda de soluciones que permitan admitir instituciones de otros ordenamientos jurídicos sin olvidar los valores fundamentales sobre los que se construye nuestro sistema. Examinarla desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, nos permite realizar una aproximación a los problemas concretos que plantea, para el Derecho privado, la convivencia de distintas culturas jurídicas en un mismo espacio territorial y abre la puerta a una reflexión sobre la universalidad de los derechos humanos fundamentales que integran la noción de orden público internacional.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO DERECHO HUMANO: UNIVERSALISMO TRANSCULTURAL

El análisis de la regulación de la vida privada de la mujer inmigrante, vinculada por su origen a ordenamientos que recogen, de forma más o menos intensa, un acervo discriminatorio respecto a los derechos y deberes de la mujer en el marco de la familia y el matrimonio, exige una primera reflexión acerca del principio de igualdad como derecho humano de aplicación universal, como preámbulo al análisis de su papel en el marco de la excepción de orden público internacional.

Las consideraciones sobre la vigencia universal del principio de no discriminación por motivos de género se enmarcan en el debate general sobre la universalidad o el relativismo de los derechos humanos fundamentales. Los diferentes instrumentos internacionales en la materia subrayan el carácter universal de los derechos humanos, su aplicabilidad general y abstracta a toda persona. En la concepción universalista de los derechos humanos, este carácter deriva de la consideración de tales derechos como expresión de un consenso sobre una serie de valores jurídicos comunes a todos los ordenamientos, de una serie principios generales del derecho sobre los que existe una aceptación general, de la que se infiere su carácter vinculante².

La igualdad entre hombre y mujer como derecho humano universal se incluye en el genérico derecho a la igualdad y a la no discriminación de la codificación internacional clásica de los derechos humanos³. Más específicamente, la Declaración de Viena adoptada el 25 de junio de 1993 por la

² J. A. CARRILLO SALCEDO “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos” en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 167-178.

³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, establece en su art. 2: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma,

Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en 1993, establece que “la plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional (...)”. De forma expresa, el preámbulo de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer proclamada por la Asamblea General en su resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967, afirma que “es necesario garantizar el reconocimiento universal, de hecho y en derecho, del principio de igualdad del hombre y la mujer”.

Este principio general encuentra mayor desarrollo y concreción en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que en su art. 1 define la “discriminación contra la mujer” como

“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”⁴

La base monolítica de los derechos humanos - y del derecho a la igualdad en particular- como expresión de valores comunes de la comunidad internacional, se quiebra con la descolonización y la percepción de la diversidad poliédrica de la comunidad internacional. La descolonización implica el acceso a la soberanía de un importante número de países con tradiciones culturales y jurídicas muy alejadas de los valores occidentales, en particular en lo que se refiere a la interpretación de los derechos humanos en el ámbito de la vida privada, para los que una afirmación de la propia cultura supone además un factor de identidad nada desdeñable en un Estado incipiente. En lo relativo a la no discriminación de la mujer, los países de tradición islámica han reivindicado reiteradamente su particular concepto de igualdad, considerando que no se trata de una identidad de derechos sino de una correspondencia (compensatoria) entre los derechos de hombres y mujeres. En esta línea, sobre todo en el caso de los países árabes, han formulado reservas y objeciones a la aplicación integral de los

religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Con el mismo carácter genérico recoge este principio el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que con una mayor precisión respecto a la no discriminación de la mujer exige a los Estados Parte (art. 23) adoptar “las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

⁴ El art. 16 de la Convención establece la obligación para los Estados Parte de adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”. En particular, faculta a las mujeres a elegir libremente el cónyuge y contraer matrimonio con su pleno consentimiento y a elegir su apellido, otorga igualdad de derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en su disolución y garantiza los mismos derechos y responsabilidades de hombre y mujer como progenitores y en materia de propiedad y administración de bienes.

instrumentos internacionales en los que son parte condicionando su aplicación a su conformidad con la ley islámica o con sus propios códigos de estatuto personal⁵. Paralelamente, en el marco de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI) y de la Liga Árabe, se han concertado textos multilaterales de ámbito regional que incorporan la perspectiva islámica de los derechos humanos⁶.

Desde el relativismo, la formulación de los derechos humanos recogida en los instrumentos internacionales responde fundamentalmente a los valores característicos de las sociedades occidentales, que habrían marginado los valores propios de comunidades tradicionales alejadas de esta cultura, y se reclama un margen de adaptación de los estándares generales de los derechos humanos a

⁵ Arabia Saudí, único Estado islámico presente en la aprobación de la Declaración Universal de los derechos Humanos se abstuvo en la votación, considerando que parte de su formulación era contraria a la *Sharia*. De los 57 Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), 43 han suscrito la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ahora bien las reservas introducidas son de tal naturaleza que en muchos casos hacen dudar del alcance del compromiso adquirido por el Estado. De entrada y con carácter general, varios países declaran que su adhesión al Convenio está subordinada a que sus disposiciones no entren en conflicto con la *Sharia* islámica, con la Constitución del país o con la legislación civil del mismo.

⁶ La Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Conferencia Internacional Islámica en 1981, en su art. XIX h) establece “En el seno de la familia, los hombres y las mujeres deben repartirse las obligaciones y derechos de acuerdo con su sexo, sus aptitudes, talento e inclinaciones naturales, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes respecto a sus hijos y padres”. La Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (CDHRI) del Cairo de 1990, determina en su art 6: “La mujer es igual al hombre en dignidad humana, y tiene tantos derechos como obligaciones; goza de personalidad civil así como de ulteriores garantías patrimoniales, y tiene el derecho de mantener su nombre y apellidos. b) Sobre el varón recaerá el gasto familiar, así como la responsabilidad de la tutela de la familia” y en el art. 24 “Todos los derechos y los deberes estipulados en esta declaración están sujetos a los preceptos de la *Sharia* islámica”. La Carta Árabe de los Derechos del Hombre adoptada por la Liga Árabe en 2004, que ha entrado en vigor el 24 de enero de 2008, (Estados parte: Jordania, Bahrein, Libia, Argelia, Emiratos Arabes Unidos, Palestina y Yemen), establece en su art. 3.3 “L’homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux. En conséquence, chaque État partie à la présente Charte s’engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la parité des chances et l’égalité effective entre l’homme et la femme dans l’exercice de tous les droits énoncés dans la présente Charte” y en su art. 33.1 “La famille est la cellule naturelle et fondamentale de la société; elle est fondée sur le mariage entre l’homme et la femme; le droit de se marier et de fonder une famille selon les règles et les conditions régissant le mariage est reconnu à l’homme et à la femme dès qu’ils sont en âge de contracter un mariage. Il ne peut y avoir de mariage sans le plein et libre consentement des deux parties. La législation en vigueur réglemente les droits et les devoirs de l’homme et de la femme au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution” y en su art. 43 “Aucune disposition de la présente Charte ne sera interprétée de façon à porter atteinte aux droits et aux libertés protégés par les lois internes des États parties ou énoncés dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l’homme que les États parties ont adoptés ou ratifiés, y compris les droits de la femme, de l’enfant et des personnes appartenant à des minorités”. Este último texto aunque supone un avance en el reconocimiento del derecho a la igualdad de la mujer, deja la cuestión en una cierta ambigüedad en la medida en no define la discriminación, y su remisión a la “discriminación positiva instituida por la *Sharia* a favor de la mujer” no garantiza necesariamente el reconocimiento de la totalidad de los derechos humanos de las mujeres sino sólo aquellos que en nombre de las *Sharia* sean concedidos a las mujeres y que no han sido objeto de reservas en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La Carta hace referencia a la igualdad ante la ley pero no a la igualdad dentro de la ley, quedando abierta la posibilidad de tratamiento desigual por ésta, tal y como se plantea en las legislaciones árabes de familia.

los valores y condiciones imperantes en cada comunidad⁷. La importancia del relativismo como llamada de atención hacia el valor de la pluralidad no puede sin embargo desvirtuar y vaciar de contenido el principio de igualdad.

Una conjugación adecuada entre la validez universal este principio y el respeto a la diversidad cultural implica una reflexión sobre la noción de cultura como concepto dinámico.

Las reivindicaciones de ciertos planteamientos relativistas, particularmente las formuladas por algunos países islámicos para rechazar el derecho a la igualdad de la mujer como valor universal, se fundan en un concepto estático y excesivamente homogéneo de cultura. Parten de una acepción de la cultura como algo esencial, por encima de la modificación de las condiciones de vida consustancial a todas las sociedades.

“Sin embargo la cultura es más bien un proceso, una elaboración constante que responde a unas determinadas condiciones socio-históricas y eco-físicas, y que conforma y es conformada y renovada perpetuamente por los individuos que la dan vida. Es fruto, por eso mismo, de relaciones de poder y fuerza al interior de cada sociedad y también entre sociedades, así como resultado de dinámicas de clase, género, etnia, edad, estrato, centralidad-periferia del territorio, etc., con distinta incidencia o posible presencia de unos u otros factores según las diferentes expresiones sociales”⁸.

En el marco de los derechos humanos, de base evidentemente occidental, el principio de no discriminación por motivos de género pueden considerarse un producto de la evolución cultural de occidente, de manera que su contenido se ha ido reformulando en el devenir histórico. Si comparamos el tratamiento legislativo de los derechos de la mujer en los ordenamientos de los países occidentales del siglo XIX y buena parte del siglo XX con los ordenamientos de países islámicos en la actualidad, el tratamiento discriminatorio, aunque revestido de formas distintas, es común. En nuestro espacio social, sólo después de la Primera Guerra mundial la mujer ha visto reconocido el principio de igualdad. Sólo a partir de los años 70 los derechos de la mujer se han convertido en una prioridad en la agenda de las instituciones internacionales. En España, sólo tras la aprobación de la Constitución de 1978 y la progresiva adecuación del Ordenamiento a la misma puede hablarse de posición de igualdad en el ámbito del Derecho privado. No se trata pues de una diferencia de tradición cultural sino de evolución cultural.

En el ámbito de los países de tradición islámica, si bien es evidente un sustrato común, la identidad de valores y el tratamiento de los derechos de la mujer no son absolutos. Por otro lado, en el seno de

⁷ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", en *RDP*, 1998, julio-agosto, p. 545; R. NAIR "International Human Rights – Universality in Cultural Diversity", en *Indian Journal of International Law*, vol. 34, pp. 12-15.

⁸ A. PIQUERAS INFANTE, "Universalismo o relativismo. ¿es esa la cuestión?" en *Aula Historia Social*, nº4, 1999, pp. 74-79.

las propias sociedades islámicas, en las que la religión es un elemento compartido y aglutinante, pero también impuesto, existe una cada vez mayor contestación a la interpretación tradicional de la *Shariá*, en respuesta a una homogeneización cultural que refuerza el poder político y la pervivencia de sistemas no igualitarios⁹. Desde el interior del Islam, intelectuales¹⁰ y movimientos feministas islámicos están reinterpremando las normas de la *Shariá*, rechazando que la discriminación actual pueda fundarse en una superioridad del varón contenida en el propio Corán¹¹. La evolución en este caso no es contemporánea pero sí paralela, aunque aún no manifieste más un atisbo de cambio en los ordenamientos de estos países.

De esta forma el respeto a la identidad cultural no implica automáticamente el respeto a las normas religiosas o a las normas que codifican, para el Derecho privado, preceptos religiosos. El respeto a otros valores culturales debe realizarse teniendo en cuenta que dicha cultura no es un ídolo monolítico sino un producto social que admite cambio y evolución.

Por otro lado, los derechos humanos son principios formulados en abstracto en los instrumentos internacionales sobre la materia, que encuentran su concreción, su definición precisa, mediante la interpretación y aplicación de los mismos en supuestos particulares, fundamentalmente en el marco de actuación de normas y autoridades estatales y, en su caso, de los textos de derechos humanos de carácter regional, en especial aquellos que cuentan con tribunales supranacionales como es el caso del

⁹ A. PIQUERAS INFANTE, “Universalismo ...” *loc. cit.* Señala este autor que “ La especificidad de cualquier cultura se debe hoy a la combinación de su herencia cultural y su concreta interacción con los procesos de mundialización imperantes. “Revitalizaciones”, “búsqueda de raíces” y “autenticidades identitarias” no son sino intentos ideológicos de marcar la posición dentro de ese Sistema Mundial y son producto, por tanto, de la propia mundialización (de la profundización de la conciencia de sí mismas de las distintas sociedades y, se quiera o no, de la extensión de una determinada conciencia compartida sobre el mundo). En consecuencia, esos factores y relaciones entre los mismos, son cambiantes, y sus resultados respecto a la expresión cultural devienen en cualquier caso revisables, criticables y a la postre, superables.

¹⁰ Entre otros, Abadulkarim Soroush, Moceen Kadivar, Asan Yousefi-Eshkevari conocidos bajo el nombre de “Nuevos intelectuales religiosos en Irán”; Mahmoud Taha (Sudán), Hasan Hanafi y Zeid Abu Nasr (Egipto); Mohammad Arkoun (Argelia); Chandra Muzaffar (Malaysia) y Fathi Osman .

¹¹ SHAHEEN SARDAR ALI, *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal Before Allah, Unequal Before Man?*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp.3-4. Señala esta autora que “women’s human rights in Islam are not entirely irreconcilable with current formulations of international human rights instruments (...)”. La premisa básica sobre la que se apoya este argumento “recognition that the Islamic legal tradition is not a monolithic entity... and Islamic law lends itself to a variety of interpretations that have far reaching implications for women’s human rights in Islam”. Lo palntea sobre dos bases: “(a) that patriarchy has been silencing the more egalitarian aspects of Islam by adopting a ‘literalist’ as opposed to a ‘progressive’ interpretation of the sources of Islam, and (b) that “contrary to the common perception, the principles of Islamic law, or Shrii’a, do not consist of immutable, unchanging set of norms, but have an in-built dynamism that issensitive and susceptible to changing needs of time”; M. BADRAN, “Le féminisme islamique revisité”, <http://www.islamlaicite.org/article334.html>; Sobre una nueva exégesis del concepto coránico del hombre y la mujer, ver R. HASSAN “L’égalité entre hommes et femmes. Selon le Coran et la Tradition” <http://www.nawaat.org/portail/2005/02/07/1%E2%80%99egalite-entre-hommes-et-femmes-selon-le-coran-et-la-tradition>; analiza esta autora el origen de la concepción tradicional de la mujer en el Islam, basada en una interpretación de los textos coránicos, que se resuelve en una consideración de inferioridad de ésta desde la Creación, concluyendo que constituye una interpretación más influenciada por las tradiciones judías y cristianas que por el texto del propio Corán.

TEDH. Esta concreción implica por naturaleza la introducción de un cierto particularismo, característica que acompaña a la aplicación de toda norma de carácter general. El contenido preciso del principio de igualdad varía pues si analizamos su aplicación en los distintos espacios jurídicos y varía incluso dentro de las normas o decisiones que se adoptan en el ámbito de un mismo ordenamiento.

En lo relativo al principio de la igualdad, los ordenamientos de los países occidentales no manifiestan la misma identidad de interpretación y contenido. A pesar de la aproximación regional que supone el CEDH, la mayoría de los países europeos mantienen como modelo de familia el matrimonio monógamo heterosexual, modelo de familia institucionalizado donde sólo excepcionalmente se admite el matrimonio homosexual y donde la familia generada por una pareja de hecho no siempre recibe un tratamiento legal homólogo al del matrimonio convencional. El consenso acerca de la universalidad del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo o de género, se particulariza, se relativiza en el marco de la regulación privada.

Sobre estas premisas, el genérico y abstracto principio de igualdad es un principio en permanente construcción, que se relativiza en sus aplicaciones concretas, pero cuyo núcleo duro, igualdad en el Derecho y ante el Derecho, no puede ser desvirtuado con el argumento de los propios valores sociales o las particulares instituciones jurídicas de cada Estado. En definitiva, asumir un concepto realmente universal del principio, implica observarlo desde una perspectiva transcultural, que supone la capacidad de ver la propia cultura con los ojos del “otro”, admitiendo que también la dimensión subjetiva que de dicho principio se manifiesta en cada sociedad admite crítica y revisión.

3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

3.1. Introducción: la excepción de orden público internacional

El Derecho internacional privado supone una respuesta funcional a las situaciones vinculadas con varios ordenamientos, en la medida que éstas requieren una solución específica que tenga en cuenta los problemas particulares que plantean. Cada sistema estatal precisa esta respuesta mediante normas de competencia judicial internacional, que identifican las situaciones con respecto a las que sus órganos jurisdiccionales y autoridades son competentes, mediante normas de conflicto, que determinan el ordenamiento más adecuado para regular cada uno de los supuestos planteados y mediante normas relativas a la eficacia extraterritorial de actos y decisiones extranjeras, que establecen las condiciones que éstas deben reunir para adquirir eficacia jurídica en el foro.

Conforme a las normas de Derecho internacional privado de nuestro ordenamiento, cabe la posibilidad de que un juez español sea competente para conocer del divorcio, demandado por la esposa, de dos personas de nacionalidad argelina, en virtud del criterio de residencia habitual común

de los esposos en España¹², utilizando para su resolución las normas sobre divorcio del Derecho argelino, al que remite la norma de conflicto¹³. Sin embargo el Código argelino de Estatuto personal, si bien contempla el divorcio (repudio unilateral) por voluntad del esposo, no admite la posibilidad de que sea la esposa quién lo solicite si no es conforme a las causas tasadas en su art. 53¹⁴. Como correctivo funcional frente a la norma de conflicto, la excepción de orden público internacional permite eludir la aplicación de ese derecho extranjero, cuando el resultado de dicha aplicación resulte contrario a los principios que inspiran el ordenamiento y que reflejan los valores de la sociedad en un momento dado¹⁵. Partiendo de la premisa de que el principio de igualdad forma parte de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento, el juez español dejaría de aplicar el Derecho argelino que impide admitir el divorcio solicitado por la esposa y podría concederlo de acuerdo a las normas del Código Civil español¹⁶.

De la misma forma si marido pretende que se reconozcan en España la efectividad de un repudio formulado al amparo del Derecho argelino, que admite esta modalidad unilateral de disolución del vínculo matrimonial, la desigualdad inherente a esta institución permite al juez la no admisión de ese reconocimiento porque resulta contrario a nuestros principios y valores.

Pero evidentemente, la excepción de orden público es un instrumento presente en todos los ordenamientos. Para los países islámicos, de tradición personalista, la vida privada de sus ciudadanos debe regirse en todo caso por el Derecho correspondiente con su nacionalidad, su religión en la medida que está incorporada a la regulación civil. Las decisiones de tribunales extranjeros que no sean acordes con sus principios y valores, con su concepto de igualdad, encontrarán la barrera del orden público. El recurso intensivo al mecanismo de la excepción de orden público internacional, por parte de los ordenamientos de origen y destino de la mujer inmigrante puede conducir a la multiplicación de decisiones claudicantes (validas sólo en uno de los ordenamientos) y la condenan a una especie de “doble vida jurídica”: casada en un Estado y divorciada en otro, esposa polígama o concubina...

Para paliar en parte los efectos perversos de la actuación del orden público internacional, este mecanismo se ha ido flexibilizando, relativizando, en su aplicación. Examinaremos a continuación los

¹² Art. 3.1.a) del Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

¹³ Art. 107.2 pfo. 1º Cc.: “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda (...)”.

¹⁴ Arts. 49 y 53 del Código argelino de Estatuto personal en C. RUIZ-ALMODÓVAR (ed. y trad.), *El Derecho privado de los países árabes: Códigos de Estatuto Personal*. Ed. Universidad de Granada, Granada, 2005, pp. 17-18.

¹⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 4.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, pp. 141-142.

¹⁶ Art. 107.2 pfo. 2º Cc.: “En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. (...) c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.”

rasgos generales de esa evolución, analizando su papel como factor corrector de la desigualdad y el valor que el principio de no discriminación ha desempeñado en el contexto del orden público.

3.2. El orden público internacional como instrumento corrector de la desigualdad

La formulación normativa de la excepción de orden público internacional se manifiesta habitualmente de modo genérico; así el art. 12.3 del Cc. establece: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Será por tanto el juez quien, en el análisis de cada caso, determinará la si la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de los efectos de una decisión extranjera implica una vulneración de los principios fundamentales del propio ordenamiento. Partiendo de esa formulación genérica y a través del desarrollo jurisprudencial de esta técnica es posible una adaptabilidad permanente de las soluciones de Derecho internacional privado a la posible mutación de los valores del foro y a los requerimientos de ajuste de instituciones jurídicas extranjeras al contexto en el que pretenden surtir efectos¹⁷.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que no es el contenido del Derecho extranjero lo que activa la aplicación de la excepción de orden público¹⁸, sino el resultado que conlleva la aplicación de ese mecanismo¹⁹. Así, en virtud de los principios de equivalencia de instituciones o de resultados, se han admitido instituciones de Derecho extranjero ajenas a nuestro ordenamiento, cuando el resultado final de su aplicación a un supuesto concreto se acomodaba a los valores o instituciones propias del ordenamiento español. Es el caso del repudio denominado *khol*, también conocido como “repudio por compensación” o “repudio concertado”. Se trata de un repudio formulado por el marido a petición de la esposa, en el marco de un acuerdo entre los esposos, que normalmente tiene un contenido económico; esta forma particular de disolución del matrimonio puede compararse en cierta medida con el divorcio de mutuo acuerdo, incluso si consideramos que el consentimiento del marido es a menudo mas “comprado” que otorgado”. En el marco del reconocimiento de decisiones extranjeras, la STS de 27 de enero de 2000, admitió el exequátur relativo a un repudio obtenido en Marruecos a solicitud de la esposa indicando que “ya se denomine divorcio ya se llame repudio al acto que produjo la disolución del vínculo matrimonial entre los esposos (...) es lo cierto que el ordenamiento regulador atribuye tanto al esposo como a la esposa la facultad de promoverlo (...) y ello se evidencia con

¹⁷ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 181-182.

¹⁸ SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000, AC 2000/1088. En este supuesto el tribunal tiene en cuenta que la regulación marroquí, “si bien es distinta a la seguida por nuestro Código Civil (...), no por eso puede ser tildada sin más, como contraria al orden público constitucional, ni contraria al orden público del art. 12-3º del CC”.

¹⁹ J. Maury, *L'eviction de la loi normalement competent: l'ordre public international et la fraude a la loi*, Valladolid, Cuadernos de la Catedra J. B.Scott, 1952; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959, pp. 55-59; ID., “La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation: L'expérience française” en. *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *RCDIP*, 1997, pp.1-31; T. BALLARINO, *Diritto internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 420-426; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, París, LGDJ, 1993, pp. 575-576.

claridad en el presente caso, en donde es la mujer la que 'declara pedir divorcio de su citado esposo' (...)»²⁰. El carácter discriminatorio del repudio, en tanto que es la voluntad unilateral del marido la que disuelve el matrimonio, queda equilibrado en estos casos por la intervención del consentimiento (iniciativa) de la esposa para la disolución del matrimonio; desigualdad formal, que no de fondo que permite un enfoque intercultural beneficioso para las partes en la medida que en muchas ocasiones puede resultar un procedimiento más rápido, más simple y más barato que el divorcio en sentido estricto.

La interacción entre los valores vulnerados por la norma extranjera y el interés último de quién resulta afectado por dicha vulneración es una constante en la progresiva relativización de la excepción de orden público y encuentra su concreción más significativa en el llamado orden público atenuado. El término se refiere a la diferente intensidad del orden público internacional en las situaciones que pretenden crearse en el foro (ordenamiento del juez) y en las situaciones que se han creado válidamente al amparo de un Derecho extranjero²¹. En el primer caso la excepción de orden público operaría plenamente. En este sentido la DGRN, ha denegado autorización para la celebración de matrimonio civil en España²² cuando considera que no ha quedado suficientemente probada la ruptura de un vínculo matrimonial anterior estatuto personal²³, incluso en aquellos casos en los que la ley nacional del marido admite la validez del segundo matrimonio (poligamia)²⁴.

²⁰ STS de 27 de enero de 2000, AC 1998/2924; un planteamiento similar se plantea en la STS de 25 de enero de 2006, Rec. 8062/2002, en relación con un reconocimiento de carácter incidental en el marco de una solicitud de Visado por Reagrupamiento Familiar para la segunda esposa de un ciudadano marroquí, cuyo primer matrimonio había quedado disuelto en virtud de un repudio tipo *khol*. Una aplicación más discutible del principio de equivalencia de resultados se establece en la SAP de Barcelona, Sala de lo civil, Sentencia de 13 de febrero de 2002, JUR 2002/135624 que acepta la separación de un matrimonio paquistaní (no contemplada por el ordenamiento de nacionalidad común), en función de la equivalencia de condiciones existente entre las causas de anulación matrimonial del Derecho paquistaní aplicable al supuesto (incumplimientos de las obligaciones básicas de la convivencia y, en concreto, los malos tratos) y las causas de separación previstas en el entonces vigente art 82 del Cc.; con un planteamiento aún más forzado se pronuncia la SAP de Barcelona, Sala de lo civil, de 18 de junio de 2002, AC 2002/2176.

²¹ PH. FRANCESKAKIS, "Ordre public", Rep. Dalloz D. I, nº 66; P. MAYER y V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pp. 151-152.

R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le Droit International Prive Francais et la Repudiation Islamique*, L.G.D.J., Paris 1992, pp. 142-152.

²² RDGRN 11 de mayo de 1994; RDGRN 27 abril de 1999; RDGRN 4 de junio de 2001; RDGRN 12 de enero de 2007.

²³ En estas resoluciones se manifiesta un conocimiento parcial del Derecho extranjero en presencia. En todas ellas se deniega la autorización porque se considera que el repudio unilateral por parte del marido es revocable y por tanto el primer matrimonio no había sido disuelto. Si bien el repudio, en Derecho islámico, es revocable inicialmente, el transcurso del tiempo (habitualmente 3 meses) le otorga carácter irrevocable y conduce a la disolución del matrimonio.

²⁴ RDGRN 11 de mayo de 1994 : "cabe señalar que aunque el contrayente marroquí, de acuerdo con su peculiar estatuto personal, es libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 C.c.), que no puede permitir que un español contraiga matrimonio con un extranjero casado, ya que ello atentaría a la dignidad constitucional de la persona y a la concepción española del

Respecto a las situaciones que se han creado válidamente al amparo de un Derecho extranjero, sin embargo se hace una deconstrucción del problema distinguiendo entre los efectos jurídicos “nucleares” y los efectos jurídicos “periféricos” de tales situaciones²⁵. Cuando se pretende desplegar un efecto constitutivo (nuclear) en nuestro ordenamiento, el reconocimiento no se admite en la medida que constituiría una vulneración de los valores fundamentales del mismo: no cabe la inscripción en el Registro Civil de un segundo matrimonio celebrado válidamente conforme a un Derecho extranjero (poligamia), cuando éste se ha realizado sin disolver el primer vínculo²⁶. Sin embargo cuando se trata de desplegar los efectos (periféricos) de un derecho adquirido conforme a otro ordenamiento, el orden público no es operativo cuando el reconocimiento de ese derecho conduce a un resultado compatible con el Derecho del foro: en nuestro ordenamiento no se acepta la poligamia, pero cuando el vínculo matrimonial se ha establecido legítimamente en otro espacio jurídico, ignorarlo significaría negar los derechos que a las esposas les corresponden como tales; en el mismo sentido, el repudio unilateral formulado por el marido, fundado en una norma discriminatoria, puede desplegar sus efectos cuando quien solicita el reconocimiento es la esposa o cuando ésta ha manifestado su aceptación.

La limitación del orden público internacional a los casos concretos en los que el resultado de aplicación de un Derecho extranjero conculca la igualdad de la mujer, y la admisión de una cierta efectividad de los derechos adquiridos en el ámbito de otro ordenamiento han permitido así, integrar, en alguna medida, la vida jurídica de la mujer inmigrante sin menoscabar su derecho a la no discriminación.

3.3. Integración del principio de igualdad en la aplicación del orden público internacional

La construcción del orden público internacional está cimentada sobre la territorialidad. El conjunto de principios y valores que lo componen se determina de acuerdo con lo establecido en la regulación constitucional de cada Estado y se induce del conjunto del ordenamiento. El orden público internacional es pues, en esencia, particularista. Este carácter tiene su fundamento en la disonancia que puede provocar en la coherencia estructural de un sistema, la aplicación indiscriminada de cualquier Derecho extranjero que implique la introducción de instituciones y normas antinómicas en el marco de un mismo espacio jurídico.

matrimonio”. Curiosamente, el mismo argumento ha sido utilizado en dos resoluciones de la DGRN (RDGRN 4 de junio de 2001 y RDGRN 12 de enero de 2007) cuando quien estaba afectada por el impedimento de ligamen era la mujer; el uso quizá demasiado automático de la fórmula utilizada por la RDGRN 11 de mayo de 1994 en relación al hombre, lleva a una lectura equívoca en ambos casos porque parece indicar que el Derecho marroquí aplicable admite la poligamia –también para la mujer- y por tanto la validez del segundo matrimonio de la esposa sin disolución previa del primero (¿poliandria?).

²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Orden público internacional y externalidades negativas", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2065, 15 julio 2008, pp. 23-24.

²⁶ RDGRN 14 de diciembre de 2000; RDGRN [2ª] 14 de mayo de 2001; RDGRN 4 de julio de 2002; RDGRN [3ª] 23 de noviembre de 2002; RDGRN [7ª] 4 de diciembre de 2002; RDGRN [1ª] 22 de octubre de 2004; RDGRN [4ª] 10 de diciembre de 2004; RDGRN 27 de octubre de 2006; RDGRN [2ª] 19 de septiembre de 2006; RDGRN 8 de marzo de 1995

Asociada con esta noción, está la limitación de aplicación de la excepción de orden público a aquellas situaciones que presentan una estrecha vinculación con el foro (*Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*)²⁷: en la medida en que el supuesto planteado tiene una conexión intensa con el foro la aplicación de un ordenamiento ajeno supone un riesgo mayor para la coherencia del sistema y el respeto a los propios valores; las situaciones más alejadas, por el contrario, tienen menos probabilidad de incidir en el mismo y por lo tanto podrían quedar reguladas por un derecho extranjero. Esto implica que los derechos fundamentales que pueden sustentar la utilización del orden público tendrían un ámbito de aplicación diferente en función de la mayor o menor proximidad del supuesto con ordenamiento del juez: la nacionalidad o la residencia habitual de las partes condicionarían el alcance del principio. La crítica a esta fórmula del orden público ha puesto de manifiesto la discriminación que introduce en el tratamiento de los derechos fundamentales, en la medida en que plantea unos “derechos humanos de geometría variable” y aboca a la existencia de “sujetos de doble condición jurídica”²⁸.

Con un planteamiento similar, pero de textura más abierta, el llamado orden público de “proximidad” determina la aplicación del derecho foro para todos aquellos supuestos vinculados con éste. Aún cuando en ambos casos opera la conexión con el ordenamiento del juez, en el orden público de “proximidad” no actúa como un límite al orden público, sino como una extensión del mismo²⁹. El planteamiento surge como respuesta, en el marco de la doctrina y la jurisprudencia francesa, frente a los efectos perversos del mecanismo del orden público atenuado, que tendía a desvirtuar la protección del sistema en los casos de repudio: en la medida que la aplicación atenuada del orden público permitía el reconocimiento en Francia de repudios formulados al amparo de un derecho extranjero, que se admitía cuando la esposa había tenido la oportunidad de ser oída o no había expresado su oposición al repudio, un viaje rápido al país de origen permitía al marido conseguir una disolución del matrimonio más conveniente para sus intereses³⁰. En estos casos, el criterio de proximidad tenía como resultado la activación del orden público y la denegación del reconocimiento.

²⁷ F. KNOEPFLER, PH. SCHWEIZER y S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3ª ed., Staempfli Editions SA, Berne, 2005, pp. 183-184; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padua, Cedam, 1968; ID., "Ordine pubblico (Diritto internazionale privato)", EdD, vol.XXX, Milán, 1980, pp. 1106-1121; H. BATIFFOL, "Quelques précisions sur le domaine de l'exception d'ordre public", *Studi in onore di G.Balladore Pallieri, Milán 1978*, pp. 345-361; A. BUCHER, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", RCADI, 1993, vol.239, pp. 9-116; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959; ID., "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; ID., "Private International Law: Public Policy", *IECL*, 1994, p. 64.

²⁸ H. MUIR-WATT, "Contre une géométrie variable des droits fondamentaux de la procédure", *Justices*, 1996, pp. 336-337; P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, 1997, pp. 1-31.

²⁹ A. BUCHER, "L'ordre public et le but social des lois", *R.C.A.D.I.*, 1993-II, n°24, p. 51.

³⁰ R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *loc. Cit.*, pp. 213-220.

La aplicación directa de los principios constitucionales y de los derechos humanos establecidos en los convenios internacionales, en el ámbito de las soluciones de Derecho privado en las que tiene su despliega el orden público internacional, no siempre ha sido bien acogida. La decisión del Tribunal Constitucional alemán, sobre la base del derecho fundamental a la libertad para contraer matrimonio, descartando la aplicación del Derecho español que impedía la celebración de un matrimonio entre un español y una alemana divorciada, fue cuestionada por la doctrina que consideraba necesaria una normativa más precisa sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la esfera privada³¹. En esta línea, una serie de decisiones del Tribunal de Casación francés ha establecido que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño no reconoce derechos precisos y en consecuencia sus disposiciones no podían ser directamente invocadas ante un tribunal³².

Este argumento sin embargo no ha tenido eco en el Derecho español, donde tanto los derechos fundamentales contenidos en la Constitución como los contemplados en los textos internacionales en los que España es parte se consideran directamente aplicables en los supuestos de Derecho internacional privado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 23 de abril de 2001³³, presentada por una mujer y su hija contra el esposo, rechaza el reconocimiento incidental del repudio alegado por el marido considerando que “un repudio unilateral es contrario al orden público internacional español si atendidas las circunstancias del caso concreto, se vulnera el principio de igualdad entre los cónyuges, de modo que conduce a una situación de desprotección jurídica” reiterando que “el repudio como forma de disolución del matrimonio atenta contra principios básicos del ordenamiento del foro, como son la prohibición de todo tipo de discriminación por razón del sexo y el respeto de la dignidad humana” añadiendo que “la exigencia de la protección de la identidad cultural de las minorías de un país, no impide que las sociedades establezcan ciertos mínimos de exigible cumplimiento”; tiene en cuenta además la sentencia las consecuencias concretas que pueden derivarse de la admisión o no del repudio afirmando que “más allá de los efectos estrictamente personales que puedan derivarse de la repudiación, hay otros efectos que no obstante merecen una protección en aras de los principios generales del derecho (...), especialmente los concernientes a las medidas de asistencia y de ayuda económica”.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2008, confirma la denegación de concesión de nacionalidad española a un senegalés porque su condición de bigamo manifiesta un grado no suficiente de integración en la sociedad española, considerando que “entendido el orden público como

³¹ E. JAYME, "Droit international privé et système de droit interne." *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours de la Académie de Droit International (1995), vol. 251, p. 49-54.

³² Cass. 10 mars 1993, Bull. n° 103; Cass. 2 juin 1993, Bull. n° 195; Cass. 15 juillet 1993, Bull. n°259; Cass., 13 juillet 1994, Bull. n°236; Cass. 4 janvier 1995, Bull. n°2.

³³ SAP de Granada, AC 2001\1620.

el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos”³⁴. Más difuso aparece el principio de no discriminación en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde la fórmula utilizada para abordar la aplicación del orden público internacional a los supuestos de poligamia suele ser habitualmente que esta forma de matrimonio atenta “contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer”.

Esta remisión expresa a la concepción particular del matrimonio en nuestro ordenamiento nos devuelve a la esencia particularista del orden público internacional, y plantea hasta qué punto el contenido del derecho a la igualdad está condicionado por el modelo de familia propio de cada ordenamiento. Es evidente que la poligamia, tal y como está regulada en los sistemas de fuente islámica supone una discriminación contraria a nuestros valores fundamentales, pero si lo que activa la excepción de orden público es el trato desigual de la mujer respecto al hombre ¿cabría la posibilidad de admitir la aplicación de un ordenamiento que estableciera el matrimonio poligámico para ambos? Tanto en el pasado como en la actualidad, las sociedades monogámicas han convivido con la poligamia de hecho, con una gran tolerancia respecto a las relaciones extraconyugales de los hombres: ¿han sido los derechos de las concubinas mejor protegidos que los de las esposas de un matrimonio poligámico? Si el repudio debe ser certificado por un juez y se admite en las mismas condiciones para ambos esposos, tal y como se formula en vigente Código marroquí de Estatuto personal ¿es tan diferente del nuestro divorcio por cese de la convivencia? No se trata de realizar aquí un alegato a favor de la poligamia o del repudio, pero si cuestionar en qué medida la defensa de valores que reclamamos universales no responde a veces a una visión demasiado centrada en nuestra particular cosmovisión.

Plantear el valor universal de los derechos humanos y del principio de igualdad desde una perspectiva transcultural, puede servirnos para centrarnos en una aplicación del orden público más abierta y a la vez más centrada en la consecución de resultados acordes con este principio. En este sentido la propuesta de R. EL-HUSSEINI BEGDACHE³⁵, que sugiere la admisión del reconocimiento de la poligamia y el repudio, activando el orden público con respecto a los efectos discriminatorios de tales instituciones, puede permitir a la mujer mantener un estatuto unificado en cuanto a su Estado civil y recibir a la vez el trato más igualitario, en especial en lo que se refiere a sus deberes como esposa o a sus derechos tras el divorcio, que respecto a tales instituciones se contempla en los ordenamiento de los países europeos.

³⁴ STS, de 19 de junio de 2008, Rec. 6358/2002.

³⁵ R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *loc. Cit.*, pp. 250-259

3. CONCLUSIONES

La naturaleza funcional de la excepción de orden público internacional, ha permitido su adaptación progresiva a la evolución de las sociedades europeas hacia un contexto multicultural. Esta flexibilidad no siempre ha servido para integrar los ordenamientos de los países de origen y destino de la mujer inmigrante, ni para evitar la persistencia de situaciones claudicantes, ni la sombra oscura que los ordenamientos anclados en la discriminación proyectan, aun desde la distancia, sobre sus derechos como mujer, madre, esposa o hija. El orden público internacional no ha supuesto un remedio, pero si un cierto paliativo para la desigualdad. Su permeabilidad a una consideración más universal, menos particularista, de los derechos humanos que constituyen su núcleo fundamental, puede permitirle una transición más adaptada a las necesidades complejas e interdependientes de un mundo global.

MUJER Y SUCESIÓN HEREDITARIA EN ROMA

Blanca Gamboa Iribarren

1.- LA MUJER ROMANA¹

El término *persona*, los juristas lo utilizan para referirse en general al ser humano, y Gayo², comprende entre las *personae*, a los hombres libres y los esclavos, a los ingenuos y los libertos, a los *sui iuris* y los *alieni iuris*³.

Pero en Roma la palabra *persona* no es equivalente a *sujeto de derecho*, pues en ella se comprenden quienes no lo son, como los esclavos, y quienes tienen sus derechos restringidos, como los libertos y *alieni iuris*. Por tanto, los actuales conceptos teóricos de la personalidad, aunque basadas en última instancia en concepciones romanas, no se ajustan ni coinciden fielmente con el pensamiento romano. Hoy en día, el concepto de *persona*, como sujeto de derechos, y obligaciones, se aplica al hombre sin consideración a ninguna otra circunstancia, todo hombre por serlo es *persona* y por tanto, titular de derechos y obligaciones, tiene *capacidad jurídica*.

La posibilidad de tener determinados derechos jurídicos en Roma, ya sea sobre personas o sobre las cosas, dependía de que el titular estuviera en determinada situación respecto del Estado y la familia, es decir, no todo hombre, sino al que reúne la triple

¹ ALFARO, V.-FRANCIA, R.(Coords.), *Bien enseñada: La formación femenina en Roma y el occidente romanizado*, Málaga, 2001; ALFARO, V.-RODRIGUEZ, V.E. (Eds), *Desvelar modelos femeninos: valor y representación en la antigüedad*, Málaga, 2002; ARIÈS, PH.-DUBY, G.(Eds.), *Historia de la vida privada*. Tomo I: *Del imperio romano al año mil*, Madrid, 1989; BRAVO, G., “La mujer romana y la historiografía moderna: cuestiones metodológicas y nuevas perspectivas de estudio”, en *La mujer en el mundo antiguo*, Madrid, 1986, p.54-73; CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua: condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*, trad. A. Pociña, Madrid, 1991; CANTARELLA, E., *La mujer romana*, Santiago de Compostela, 1981; CANTARELLA, E., *Pasado próximo: mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*, trad. M^a.I.Núñez, Madrid, 1997; DUBY, G.-PERROT, M., *Historia de las mujeres*, vol.1, Madrid, 1991; POMEROY, S., *Diosas, ramerías, esposas y esclavas. La mujer en la Antigüedad clásica*, Madrid, 1987; CASTILLO, A. del, *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d.C.*, Granada, 1976. CARCOPINO, J., *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio*, Madrid, 2001; JENKINS, J., *La vida cotidiana en Grecia y Roma*, Madrid, 1998; DÍAZ-PLAJA, F., *La vida cotidiana en la España romana*, Madrid, 1995; ETIENNE, R., *La vida cotidiana en Pompeya*, Madrid, 1992; PAOLI, U.H., *Vita romana. Usi, costumi, istituzioni, tradizioni*, Firenze, 1986; GUILLÉN, J., *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos*, I-III, Salamanca, 1977; CORNELL, T.-MATHEWS, J., *Roma. Legado de un imperio*, I-II, Madrid, 1992; FRIEDLÄNDER, L., *La sociedad romana*, Madrid, 1982, GRIMAL, P., *La civilización romana*, Barcelona, 1962; FAYER, C., *La familia romana*, I.-*Aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 1994, II.-*Sponsalia. Matrimonio. Dote*, Roma, 2005, III.-*Concubinato. Divorzio. Adulterio*, Roma, 2005; DÍAZ MARTÍNEZ, P.C.-MARTÍNEZ MAZA, C.-SAENZ HUESMA, F.G., *Hispania tardoantigua y visigoda*, Madrid, 2007; SANZ MARTÍN, L., *Sociedad y Derecho en la Hispania Romana*. Madrid, 1996. CHURRUCA, J., *Cristianismo y mundo romano*, Bilbao, 1998; AA.VV., “El derecho de familia: de Roma al derecho actual”, *Actas VI Congreso Internacional de Derecho Romano*, Huelva, 2004; CATALÁ RUBIO, S. (Coord.), “Evolución del Derecho de familia en Occidente”, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006; FRANCIOSI, G., *La famiglia romana: società e diritto*, Turín, 2003.

² Gai.1.3; 9;10

³ Gai.1.48

condición de libre, ciudadano romano y *paterfamilias* (varón *sui iuris* no sujeto a potestad paterna).

Además de las citadas, para poder realizar negocios jurídicos válidos hacía falta poseer determinadas condiciones de edad, sexo, salud mental, etc., lo que hoy llamamos *capacidad de obrar*.

Para referirse a la aptitud para realizar actos jurídicos válidos, los juristas romanos usan términos especiales: *ius commercium*, *ius conubium*, *testamenti factio*, en referencia a facultad para comprar y vender, poder contraer matrimonio, tener capacidad para disponer o recibir por testamento, etc.. Y se limitan a decirnos que determinadas personas, por encontrarse en una determinada circunstancia no pueden realizar tal o cual acto.

Los presupuestos sociales de las relaciones familiares en Roma, son totalmente distintos a los actuales, la patria potestad era un poder absoluto, incluso los propios juristas lo consideraban algo extraño en la antigüedad, así Gayo⁴, nos dice que la patria potestad *es particular de los ciudadanos romanos, pues no existe en ningún otro pueblo que tenga sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos...*

Titular de la *patria potestas* es el *Paterfamilias*. La *patria potestas*, se puede extinguir con la emancipación del sometido, pero en principio sólo desaparece con la muerte del *pater*, de manera que ni la edad, ni los cargos políticos, ni el matrimonio, etc., son suficientes para anularla. Esta concepción de la familia hace que existan varias generaciones bajo la *potestas* de un *paterfamilias*.

En principio, sólo está libre de *patria potestas* quien no tiene ascendientes.

La familia puede estar constituida por una persona, el *pater*. La idea de *paterfamilias* o persona *sui iuris*, no estaba ligado al hecho de tener descendencia o haber engendrado hijos, sino el de no estar sometido al poder doméstico de nadie, no tener jefe de familia.

El que se haya mantenido en Roma, tanto tiempo, quizás tenga que ver con que fuera un elemento de cohesión en una sociedad agraria, con multitud de pequeñas explotaciones, todas ellas controladas y sometidas a la autoridad del *paterfamilias*⁵.

La antigua familia romana es una pequeña comunidad soberana, un organismo jurídico-político con rasgos peculiares, más que una agrupación natural⁶. El Estado no conoce a los *filius familia (alieni iuris)* que se hallan bajo la *potestas* de un jefe familiar. Todos los descendientes legítimos por línea de varón están sometidos al mismo poder y constituyen una única familia. En cada familia, existe un solo *sui iuris*, el varón de mayor edad, el

⁴ Gai.1.155

⁵ VALIÑO, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, 1997, p.293.

⁶ ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A, *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 17ª ed., Madrid, 1984, p.690; SANZ MARTÍN, L., *Sociedad y Derecho en la Hispania Romana*. Madrid, 1996. CHURRUCA, J., *Cristianismo y mundo romano*, Bilbao, 1998; AA.VV, "El derecho de familia: de Roma al derecho actual", *Actas VI Congreso Internacional de Derecho Romano*, Huelva, 2004; CATALÁ RUBIO, S. (Coord.), "Evolución del Derecho de familia en Occidente", Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006; FRANCIOSI, G., *La famiglia romana: società e diritto*, Turín, 2003.

paterfamilias, único titular de los derechos privados, aunque esta circunstancia no hace que el resto de los individuos de la familia desaparezcan bajo la potestad de aquél⁷.

La relación de dependencia respecto al mismo jefe y la que une a éste con los sometidos se llama *agnatio*, y familia agnaticia el grupo doméstico así constituido.

Cuando a la muerte del *pater*, el grupo se dividía en tantas familias como individuos estaban antes directamente sometidos al vínculo del jefe, el vínculo que los ha unido, *nomen gentiliciu*, el apellido, no desaparecía, formándose así una familia en sentido amplio, que a través de sucesivas escisiones constituía el grupo de la *gens*.

Inicialmente, esta concepción originaria de la familia basada en la potestad o parentesco civil, *agnatio*, predomina sobre la del vínculo de sangre o parentesco natural, *cognatio*, Pero la familia romana no permaneció inalterable, tras una evolución que dura siglos, impulsada por los usos sociales, pretores y legisladores fue acercándose a la concepción actual, haciendo posible una concepción de la familia basada en la consanguinidad.

La mujer para el Derecho romano, no constituye una especie jurídica aparte, no se formula una definición de qué era la mujer en sí, pero para el derecho hay algo primordial: la división de los sexos en tanto tal, el que los ciudadanos romanos se dividan y reúnan en hombres y mujeres, no es sólo un hecho sino una norma. Las ambigüedades de la naturaleza, no había otra solución que reducirlas a uno de los dos géneros establecidos por el derecho, no hay tercer género⁸, se decreta que pertenece al sexo que en él sea predominante⁹.

Podemos preguntarnos si el Derecho romano dio lugar o existió una diferente consideración jurídica del varón y la mujer que no sea discriminatoria. Lógicamente el alcance de estas diferencias, que las hubo, y el alcance que a las mismas se atribuya varía y, está en función de las concepciones sociales y culturales predominantes en la sociedad.

a) Por lo que respecta al Derecho Público

La mujer soltera es transmisora de la ciudadanía romana¹⁰ a sus descendientes, los hijos e hijas que nacen fuera del matrimonio adquieren la ciudadanía de su madre. En cambio, el varón necesita de la existencia de matrimonio legítimo, *iustum*¹¹, para transmitir la ciudadanía a sus descendientes.

La mujer romana¹² no podía participar en la vida pública de la *civitas*, tenía cerrado el acceso a las Magistraturas, al Senado y a las Asambleas populares¹³. No tenía derecho de voto, ni ella misma podía ser elegida Magistrada.

⁷ D.50.16.195.1-2; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Barcelona, 1994, p.470

⁸ THOMAS, Y., "La divisione dei sessi nel diritto romano", en *Storia delle donne in Occidente*, ed. G. Duby et M. Perrot, t.1, Roma, 1990, p.103-178.

⁹ D.28.2.6.2; D.22.5.15.1; D.5.10

¹⁰ CRIFÓ, G., *Civis: la cittadinanza tra antico e moderno*, Roma, 2005.

¹¹ ROMANO, A., *Matrimonium iustum: valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Nápoles, 1996; NÚÑEZ PAZ, M.I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988.

¹² D.16.1.1.1. y D.5.1.12.2

Tiene la ciudadanía pero no los derechos políticos, y está excluida de aquellos cargos u oficios privados que se consideraban incompatibles con la condición femenina. La tradición jurídica inspirada en las primitivas *mores*, mantuvo a la mujer alejada del Foro y de los *officia publica*¹⁴.

El jurista Ulpiano¹⁵ nos dice: *Las mujeres están apartadas de todas las funciones civiles y públicas y por ello, no pueden ser jueces, ni actuar como magistradas o abogadas, ni intervenir en representación de alguien, ni ser procuradoras.*

En el proceso civil, las mujeres actuaron como abogados, y les fue permitida esta actividad hasta mediados del s.I aC., en que el Pretor urbano introduce una cláusula en su Edicto, estableciendo exclusiones por razón del sexo, prohibiendo a las mujeres *postulare pro aliis*¹⁶, prohibición de postular de las mujeres en el sentido de presentar demandas formales a favor o en nombre de terceros, antes los tribunales, no en otro lugar¹⁷.

Ulpiano explica la causa, dando como razón de la prohibición, el evitar que las mujeres se mezclen con asuntos ajenos en contra del pudor de su sexo y que desempeñen oficios viriles, e informa de que el origen de tal prohibición reside en un caso, en el que una tal Cafrania, mujer muy descarada, al actuar sin pudor como abogada e importunar al magistrado, dio motivo a este edicto.

Y Paulo¹⁸, dice: *Más no todos pueden ser nombrados jueces por aquellos que tienen poder para nombrar juez. A algunos les es vetado por la ley ser jueces, a otros por la naturaleza y a otros por las costumbres: por la naturaleza al sordomudo; también al enfermo mental incurable y al impúber, ya que carecen de juicio; la ley lo impide al que fue expulsado del senado; las costumbres a las mujeres y a los esclavos, y no por carecer de juicio, sino porque está admitido por la costumbre que no pueden desempeñar funciones civiles.*

En cambio, la mujer, sí tuvo importantes cargos sacerdotales como las flámines y las vestales.

La intervención de la mujer en la vida política¹⁹, aún de modo indirecto, es importante en la historia de Roma. Las mujeres tuvieron un papel decisivo en acontecimientos importantes de la vida romana, a modo de ejemplo tenemos a Cornelia, hija de Escipión el Africano y madre de los Gracos, Terencia, esposa de Cicerón, a Livia, esposa de Augusto, etc.. También, fue decisivo el papel de las mujeres en la abolición de la *Lex Opia suntuaria*²⁰ promulgada el año 215 aC., durante la II Guerra Púnica, por el que se prohibía a las mujeres poseer para su uso más de media onza de oro, llevar vestidos de varios colores y hacerse

¹³ D.50.17.2

¹⁴ D.3.1.1.5 y 50.17.2

¹⁵ D.50.17.2pr.

¹⁶ D.3.1.1.5

¹⁷ D.39.2.4.8

¹⁸ D.5.1.12.2

¹⁹ CICOTTI, E., *Donne e politica negli ultimi anni della Repubblica Romana*, Nápoles, 1985.

²⁰ TÁCITO, *Anales*, 3.33.8

llevar por Roma o mil pasos a distancia de ella en carruajes tirados por caballos, como no fuese para ir a los sacrificios públicos, finalmente derogada, por la *lex Valeria Fundana* el año 195 a.C., con la oposición de Catón.

b) En la esfera del Derecho Privado

Excluida la mujer libre de la potestad familiar en el régimen patriarcal, no puede ejercer la *patria potestas*, y está sometida a la *potestas*, a la *manus* o a la tutela²¹. No tiene parentesco legal agnaticio con sus hijos e hijas biológicos. El parentesco legal se transmite por línea de varón, y si hay matrimonio legítimo los descendientes adquieren el parentesco paterno, y si la madre es soltera, como carece de poder familiar, sus descendientes son independientes desde que nacen, *sui iuris*, y por ser impúberes, se les nombraría un tutor.

Pero en ningún modo, ya desde las XII Tablas, la mujer estaba excluida de la familia, negocios ni le estaba prohibida la comparecencia ante los Tribunales²².

Las prohibiciones de actuación no anulaban toda actividad de la mujer desarrollada fuera del ámbito de la familia. Por el contrario, tienen una aplicación restringida a partir ya de la época clásica cuando se supera la limitación formal de la tutela.

No era incapaz por sí misma, sino únicamente para representar a otros. Nada impide a las mujeres concluir contratos para sí, o iniciar procesos en defensa de sus intereses ante los órganos jurisdiccionales.

La mujer realiza actos de disposición: ella contrata, litiga, toma dinero a préstamo, recibe válidamente pagos, incluso ayuda a su marido en la realización de estos actos y negocios.

A finales de la República, Terencia, esposa de Cicerón, casada *sine manu*, participa en los negocios, administra sus patrimonio con independencia absoluta, valiéndose de la ayuda de sus libertos y tampoco se menciona a su tutor.

Una *Lex Voconia* del 169, a.C., limitó su capacidad de suceder por testamento, y posteriormente, la jurisprudencia, limita también su derecho a la sucesión abintestato o legítima.

La mujer podía ser testigo en juicio, pero no en el testamento, ya que se le prohíbe expresamente²³, tampoco puede interceder por otros. El SC.Veleyano, del 46 d.C., prohibió a las mujeres la *intercessio pro aliis*, las mujeres no podían salir fiadoras, ni asumir préstamos en beneficio de terceros, pero pueden encontrarse abundantes ejemplos de negocios, efectuados por la mujer, que por realizarse en su provecho, se exceptúan de la prohibición de *intercessio*.

La emancipación de la mujer romana se produce a partir del s.I a.C., comienzan a tomar parte en la vida pública, aunque continúan excluidas de los Comicios, Senado y Magistraturas, participan activamente en los negocios, etc.

²¹ GAYO, 1.144; TITO LIVIO, 34.2; CICERÓN, *Pro Murena* 21.27; *ad Atticum* 1.5.6; *pro Flacco* 34.85.

²² SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.173

²³ EU.20.7; Inst.2.10.6.

Durante el imperio, el antiguo principio de que la mujer no puede ejercitar la tutela, al se considerado un oficio viril, va desapareciendo²⁴. El reconocimiento del parentesco cognaticio o de sangre, contribuye, gracias a la intervención del Pretor, a que la mujer en caso de indignidad del marido pueda obtener la custodia de los hijos.

En el período postclásico, sin las limitaciones que le imponía la *manus* y la tutela, la mujer obtiene plena capacidad negocial.

1.1.- LA HIJA DE FAMILIA, *filia familias*²⁵

La *filia*, forma parte de la familia²⁶, y está sometida a la potestad del *paterfamilias* y su posición es similar a la de los hijos varones y con las mismas limitaciones que éstos en cuanto a su incapacidad para poseer un patrimonio propio y para obligarse.

A la muerte del *pater*, la hija se hace *sui iuris*, con la diferencia respecto al hijo varón, que la mujer púber está sometida a la tutela por razón de sexo, *tutela mulierum*²⁷.

Originariamente, el *filius* y la *filia* eran totalmente incapaces patrimonialmente. En un principio la situación de los sometidos es única y todos son incapaces de ejercer una actividad negocial propia. En su condición de *alieni iuris*, para todos valía el principio de que no tienen patrimonio propio y todo lo que adquirirían pasaba a integrar el patrimonio del padre.

Probablemente pronto²⁸, a finales de la República, comienzan a introducirse excepciones a la originaria incapacidad patrimonial de los sometidos. Respecto a los hijos e hijas, la aparición de los peculios, masas de bienes en las que se les reconocieron facultades variables, abre el camino al reconocimiento cada vez más amplio de la titularidad de derechos patrimoniales.

A la hija²⁹, se le considera respecto a la dote, participante y socia de su padre en el derecho contra el yerno y el marido³⁰.

En Dº Justiniano, la hija, tiene ya facultades de disposición sobre sus propios bienes, tiene igual que el hijo capacidad para contraer obligaciones en nombre propio y contra ella se dan acciones directas.

²⁴ D.26.1.16

²⁵ LONGO, S., *Filius familias se obligat?: il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milán, 2003; GARCÍA GARRIDO, J.M., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I.-La tradición romanística*, Barcelona, 1982.

²⁶ D.50.16.195.2

²⁷ Gai.1.127, Gai.1.145

²⁸ Al final de la República mantiene que la hija es tan capaz de obligarse como el hijo, ver SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, 1878-1879, p.436. Posición contraria, BONFANTE, *Corso di Diritto romano. I.-Diritto di famiglia*, Roma, 1925, p.93, mantiene en términos generales la incapacidad de la hija para obligarse en todo el período clásico. Posición intermedia, GARCÍA GARRIDO, J.M., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I.-La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p. 10, la incapacidad general, hay que tomarla con reservas, porque la hija en Derecho Justiniano se considera capaz de obligarse igual que el hijo.

²⁹ Gai.3.104

³⁰ D.46.3.34.6

1.2.- LA MUJER CASADA, *uxor*³¹

1.2.1.- Mujer casada *in manu*³²

El matrimonio por sí no altera la anterior situación familiar agnaticia de los cónyuges, el marido sigue perteneciendo a su familia, como *sui* o como *filius*, y la mujer a la suya, como *sui* o como *filia*.

Como el parentesco agnaticio, se transmite por línea de varón, los hijos e hijas que nazcan de esa unión matrimonial, estarán en la familia del padre, y por tanto ellos y su madre no pertenecerán a la misma familia, sino a familias agnaticias distintas.

Por ello, si la mujer quería emparentarse con sus hijos e hijas, con la finalidad de pertenecer todos a la misma familia, era necesaria la *conventio in manum*, en virtud de la cual, la mujer abandonaba su familia anterior y pasaba a formar parte de la familia de su marido, como hija, *loco filiae*, si el marido era *paterfamilias*, *sui iuris* o, como nieta, *loco neptis*, si el marido era *alieni iuris*, quedando bajo el poder del mismo *paterfamilias*.

La *manus* no se produce automáticamente por la celebración del matrimonio, sino que requiere un acto legal especial, por tanto cuando se piensa en el matrimonio no hay que relacionarlo necesariamente con la existencia de la *manus*, pues tal potestad es algo que se puede añadir o no al matrimonio.

El derecho clásico conoció sólo 2 formas de creación de *manus mariti* y no dos formas de celebración del matrimonio³³: la *confarreatio*, (acto sagrado cuyos detalles no son conocidos y, la *coemptio*, una *mancipatio* en virtud de la que una mujer era vendida ficticiamente (o se auto-vendía) a su marido por causa *matrimonii*, y no como esclava, y la mujer quedaba sometida a la *manus* del marido y no *in mancipio*.

La *coemptio* es infrecuente en el último siglo de la República, por razón de la repugnancia que sentían las mujeres por la *manus*.

En la época clásica la *coemptio* genuina es muy rara y solamente sobrevive como institución, la llamada *coemptio fiduciae causa facta*, pero esta no tenía lugar *matrimonii causa*.

La tercera forma de *manus*, el *usus*, que se conoció en Derecho Republicano, este modo arcaico aunque se hallaba en vigor el época de Cicerón, pero por pugnar con la *humanitas* no sobrevivió al fin de la República. Augusto parece ser que lo abolió, lo cierto es que en época clásica no existe.

El matrimonio clásico entre los romanos era concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad, es una pura relación de hecho y no un

³¹ GARCÍA GARRIDO, M.J., *Ius uxorium: el régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma, 1958; GRUBBS, J.E., *Women and the law in the Roman Empire: a sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, Londres-Nueva York, 2002.

³² Gai.1.108-114, Gai.1.113; Gai.1.114; Gai.1.123 final; Gai.1.136; Gai.1.144

³³ ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 17ª ed., Madrid, 1984, p.714; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.111-112

negocio jurídico que vinculase a los cónyuges³⁴. No supone ni igualdad de culto ni comunidad de bienes entre los cónyuges. Propiamente esa una situación fáctica en la que se podían encontrar un hombre y una mujer conviviendo honorablemente³⁵.

Tal convivencia así cualificada, monogámica, es una apariencia social, con algunas consecuencias jurídicas, que la distingue de otras uniones, que no son propiamente matrimonio, como el concubinato³⁶.

El derecho clásico referente a las relaciones personales entre marido y mujer es más bien escaso y la escasez de normas es consecuencia de que la regulación legal de estas relaciones tan íntimas y delicadas pareció inhumana³⁷.

Sin embargo, esto no significa que no tenga consecuencias jurídicas, en relación al cónyuge varón y los hijos, por ejemplo, la *patria potestas* depende del nacimiento en matrimonio legítimo, la legitimidad de los hijos depende del matrimonio, el padre es aquél señalado como tal, por un matrimonio legítimo. Otras consecuencias jurídicas que produce de carácter patrimonial, son la dote y las donaciones a causa de matrimonio, que en todo caso, suponen un matrimonio y no cualquier unión ilícita.

En las relaciones entre cónyuges, el marido no tiene poder legal alguno sobre la mujer. Ambos cónyuges son considerados en plano de igualdad³⁸. La mujer conserva el nombre de su originaria familia. Por regla general, la mujer, no comparte la dignidad de su marido, salvo el caso de la mujer de un Senador. Comparte, en cambio, el domicilio marital.

En las relaciones entre los hijos y la mujer casada *cum manu* se hace hermana agnada se sus propios hijos, está en segundo grado de línea colateral respecto a su hijo, igual que los hermanos, con las consecuencias que ello tiene en Derecho sucesorio. Con respecto a la capacidad patrimonial, la mujer está en situación similar a la del hijo *in potestate* y es *heres legítima* de su marido, lo mismo que los hijos de éste.

No existen tampoco, deberes recíprocos en orden a las relaciones sexuales entre los cónyuges, ni están estos obligados a mantenerse recíprocamente.

La mujer es responsable por adulterio, y no lo es, en cambio el marido.

Para definir la posición jurídica de las mujer *in manu*, los juristas clásicos utilizan la fórmula, *loco filiae mariti est*. Pero la posición jurídica de la mujer no se expresa con exactitud en esta frase, pues el poder del marido sobre la mujer *in manu*, difiere radicalmente del que tiene sobre sus hijos y de ahí que se evite el uso de la palabra *potestas* para expresar el poder del marido, el cual es designado con el término propio de *manus*. En época histórica el marido no poseyó nunca el *ius vitae necisque* sobre la mujer, ni el derecho a venderla. Es cierto que cuando la mujer se hallaba sometida a la *patria potestas* o a la tutela *mulierum*, una y otra quedaban absorbidas por la *manus*.

³⁴ RUIZ FERNÁNDEZ, E., *El divorcio en Roma*, Madrid, 1988.

³⁵ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.99-100

³⁶ VALIÑO, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, 1997, p.294

³⁷ ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 17ª ed., Madrid, 1984, p.714; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.110

³⁸ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.110

La mujer *in manu* no podía tener patrimonio propio, el que tuviese antes de contraer matrimonio o el que adquiriese después de contraído se transmitía automáticamente al marido, el cual es el propietario exclusivo de ese patrimonio con derecho a disponer de él discrecionalmente *inter vivos* o *mortis causa*, la mujer era *heres legitima* de su marido al igual que eran herederos legítimos los hijos *in potestate*.

A efectos de la herencia legítima del *ius civile*, hereda de su marido una cuota idéntica a la de sus hijos y, eventualmente puede heredar de sus hijos como agnada, porque estarían bajo la misma *patria potestas* de no haber muerto el antecesor común

1.2.2.- Mujer casada *sine manu*: Separación de bienes

Ya en la Ley de las XII Tablas, conocieron el llamado matrimonio libre o *sine manu*, al lado del patriarcal en el que la mujer se hallaba *in manu mariti*.

El matrimonio libre, *sine manu*, hasta mediados de la segunda mitad del s.II aC., desempeñó un papel modesto. Posteriormente, los cambios sociales y económicos, sitúan el matrimonio libre en primer plano, la alta sociedad romana prefería el matrimonio libre. En período clásico, existen todavía los matrimonios patriarcales, aunque ya son infrecuentes.

El matrimonio libre, no acompañado de la *manus* o *potestas* marital sobre la mujer, ya es conocido en las XII Tablas, pero es en el s.I aC., cuando alcanza una gran difusión.

Es en la época clásica, desaparecida la *manus*, cuando la forma normal de matrimonio será el matrimonio libre.

Si al tiempo de contraer matrimonio, la mujer se hallaba *in potestate*, continúa sometida después de contraerlo a la potestad de su padre. Si no se hallaba bajo la *potestas* paterna, por ser *sui iuris* ya sea por fallecimiento de su padre o por emancipación, debe serle nombrado un *tutor mulieris*. Su marido NO es su tutor legítimo ni es usual nombrar al marido tutor de su propia mujer³⁹.

Los matrimonio libres no producían efectos patrimoniales inmediatos, no hay absorción por el marido de los bienes de la mujer. El marido y la mujer seguían siendo propietarios de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio, y los adquiridos durante el matrimonio eran de quien los adquiría, ya sea por herencia, legados, donaciones, propio trabajo, etc.

Cada uno de los cónyuges podía disponer libremente de su propiedad *inter vivos* y *mortis causa*. Tales bienes pueden ser administrados por la propia mujer, la cual dispone de ellos con entera libertad.

La mujer, especialmente, no necesitaba autorización marital para los actos en los que interviene, ni el marido es responsable de las deudas contraídas por la mujer⁴⁰.

³⁹ IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11ª ed., Barcelona, 1994, p. 482 ss.; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.112

⁴⁰ C.5.14.8

La mujer tampoco participa en los bienes adquiridos por su marido durante el matrimonio, aunque dichas adquisiciones se realicen frecuentemente gracias a la ayuda que la mujer presta con su administración y trabajos domésticos.

No se constituye ninguna comunidad patrimonial, los juristas romanos son contrarios a ella, las siguientes reglas, muestran el sistema imperante en la época clásica:

1.-El marido no está obligado a mantener a su mujer.

2.- La mujer no es, como la mujer *in manu*, heredera legítima de su marido (*heres legitima*), ni el marido es heredero legítimo de su mujer (*heres legitimus*). El Pretor otorgaba la *bonorum possessio sine tabulis* a cada uno de los cónyuges, pero solamente en defecto de parientes cognados, *cognati*.

Ante esta situación, y para dar respuesta a las situaciones derivadas de la misma, existe en Roma una costumbre matrimonial, apoyada y desarrollada por los juristas⁴¹:

1.- Es costumbre en Roma, que los cónyuges instituyan en un testamento otorgado separadamente por cada uno de ellos, heredero al otro cónyuge, por lo menos *pro parte*, o bien, dispongan de un legado a favor del otro cónyuge. De esta forma se suplían las deficiencias de la sucesión intestada.

2.- Es también costumbre que los cónyuges, se comporten respecto a su propiedad particular, como si ésta fuera común.

Por otro lado, en los matrimonios libres, para evitar la confusión de patrimonios entre los cónyuges se aplicaron una serie de normas:

1.- En virtud de una presunción Muciana⁴², *praesumptio Munciana*, de finales de la República, que establece, en caso de duda, que los bienes que tuviese la mujer en su poder, salvo prueba en contrario, provenían del marido, como consecuencia de donación.

2.- Prohibición de donaciones entre cónyuges⁴³. En un principio, estuvieron permitidas sin restricción alguna, pero a finales de la República, se prohíben para evitar que uno de los cónyuges se desprenda de sus bienes en beneficio del otro y por la frecuencia de los divorcios. Prohibidas por la costumbre bajo nulidad absoluta, salvo algunas excepciones como las hechas en consideración a la disolución del matrimonio, por causa de divorcio y *mortis causa*.

1.3.- MUJER INDEPENDIENTE, *sui iuris* y *tutela mulierum* clásica⁴⁴

Excluida la mujer de la potestad familiar, la mujer púber no sometida a la *patria potestas*, *manus* o *in mancipio*, está sometida a tutela⁴⁵, *tutela mulierum*.

⁴¹ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.114

⁴² D.24.1.51

⁴³ D.24.1; FV.302; PS.2.23; EU.7.1; C.5,16 ; BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.649-684; LÓPEZ ROSA, R., *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem* Jerez. 1947.

⁴⁴ Gai.1.145-195; CASADO, M.J., *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972; BUJÁN, F.de, *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en derecho romano*, Madrid, 1995.

⁴⁵ Gai.1.144, CICERÓN, *Pro. Murena* 12.27; TITO LIVIO, 34.2

Si muere su padre, siendo soltera o casada *sine manu*, o si muere el marido *sui iuris*, estando casada *cum manu*, la mujer no depende de nadie, no es ya *alieni iuris*, sino *sui iuris*, pero en Roma al no existir una *materna potestas*, análoga a la *patria potestas*, a la mujer *sui iuris* se le dotaba de la asistencia de un tutor.

A finales de la República, se sentía la necesidad de abolición⁴⁶. El creciente aumento de la capacidad de los *fili familias*, la atenuación de la *patria potestas* y la institución de los peculios, que podían constituirse también a favor de las hijas, no justifican la tutela.

En la práctica republicana se admitió que el *paterfamilias*, mediante la *optio tutoris*, diese en el testamento a la mujer la facultad de elegir el tutor⁴⁷, y la jurisprudencia ideó el recurso de la *coemptio fiducia causa* para llegar al mismo resultado⁴⁸, que consiste en que la mujer ingresa bajo la *manus* de un varón, amigo, con el fin de romper el parentesco agnaticio que le liga a su familia, no se trata de un matrimonio fraudulento, porque la *manus* no siempre va aparejada al matrimonio, realizada se extingue seguidamente por la existencia de un convenio anterior con la mujer, y ésta se convierte en *sui iuris* sin ningún parentesco con el tutor legítimo.

Es difícil explicar cómo se mantiene la *tutela mulierum* en todo el período clásico, pero la conservación de esta anticuada tutela, se debe, a la poco eficaz política demográfica de Augusto.

Por tanto, aunque en desuso en la práctica, será Augusto ante los bajos índices de natalidad de la sociedad romana, quien vuelve a tratar de la tutela de las mujeres, junto con otras disposiciones en materia hereditaria en la *lex Iulia et Papia Poppaea*, concediendo el *ius liberorum* como un privilegio, a la mujer si había dado a luz a 3 hijos, o 4 hijos si era liberta, que quedaba exenta de la tutela⁴⁹.

Finalmente, una *Lex Claudia* de la época de Claudio abolió la tutela legítima sobre las mujeres⁵⁰, y las únicas formas que perduran, con una aplicación muy reducida, por la progresiva independencia de la mujer, son el tutor testamentario que se atiende en el testamento del *paterfamilias* y el tutor dativo que la mujer puede solicitar del magistrado,

El jurista Gayo, en un pasaje de sus *Instituciones*⁵¹, dice que ninguna razón poderosa existe para que las mujeres de plena edad estén en tutela, ya que ellas realizan los negocios por sí mismas y, en algunos casos, el tutor impone su autoridad por pura fórmula y, en muchos casos, incluso, contra su voluntad obligado por el Pretor.

El régimen clásico de la tutela, es una mera supervivencia formal, superado ya el primitivo régimen familiar, la difusión del matrimonio libre y la separación de bienes, y se impone una mayor libertad en la actuación de la mujer⁵². La jurisprudencia y la legislación

⁴⁶ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.171

⁴⁷ Gai.1.150-154

⁴⁸ Gai.1.114, 115, 195a

⁴⁹ Gai.1.145 y 194

⁵⁰ Gai.1.157

⁵¹ Gai.1.190

⁵² Gai.1.145-195; EU.11

imperial van estableciendo medidas que cambian los fundamentos de la institución de la tutela, reducen su eficacia práctica y su aplicación.

El tutor, tenía como única misión interponer la *auctoritas* aún en contra de su voluntad⁵³, no estamos ante una gestión de negocios ajenos por el tutor, *negotiorum gestio*.

Por otro lado, los actos para los que se requería la interposición de la *auctoritas* eran los antiguos actos y negocios solemnes del *ius civile*, que en la práctica quedaron reducidos a una pequeña parte. Los negocios del derecho pretorio y de gentes adquieren mayor difusión e importancia frente a los civiles, e incluso estos negocios civiles son exceptuados de la *auctoritas* del tutor, porque, aún conservando la apariencia formal, la jurisprudencia establece medios para superarla⁵⁴.

Y en cuanto a su capacidad procesal, si en el antiguo procedimiento de las acciones de ley, la mujer sólo podía actuar con la *auctoritas* del tutor, en el procedimiento formulario, exceptuados los *iudicia legitima* o basados en la ley, no necesitaba la asistencia del tutor en los *iudicia quae imperio continentur*, juicios basados en el *imperum* del magistrado.

En tiempos de Diocleciano (s.III dC.), se menciona la tutela de las mujeres en una constitución⁵⁵ y, finalmente, fue derogada en el s. IV o V dC., por lo que no aparece ni en el Código Teodosiano, ni en la Compilación Justiniana.

2.- SUCESIÓN HEREDITARIA⁵⁶

2.1.- SUCESIÓN INTESTADA⁵⁷

2.1.1.- Sucesión intestada en época XII Tablas

Las reglas de sucesión intestada o legítima que aparecen en las XII Tablas⁵⁸ (ca.450 a.C.), no distinguen entre varones y mujeres. Este principio de igualdad⁵⁹, rechaza en la sucesión intestada toda prioridad de los varones sobre las mujeres y excluye la primogenitura y otras instituciones similares.

No son llamados por la ley los parientes por línea femenina. No existe sucesión recíproca entre madre e hijos. Entre la madre y el hijo o hija sólo hay sucesión en la segunda clase, como próximos agnados, y sólo cuando la madre está bajo la *manus* del marido.

⁵³ Gai.1.192

⁵⁴ LÁZARO GUILLAMÓN, M.C., “La situación jurídica de las hijas de familia en el sistema sucesorio romano hasta el siglo I a.C.”, *Actas del tercero y cuarto Seminario de estudios sobre la mujer en la antigüedad*, Valencia, 2002, p.177 ss.; BONFANTE, BONFANTE, *Corso di Diritto romano. III.-Diritto di famiglia*, Roma, 1925, p.410

⁵⁵ FV.325

⁵⁶ MONACO, L., *Hereditas e mulieres riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Nápoles, 2000.

⁵⁷ TURIEL DE CASTRO, G., “La sucesión intestada en Derecho romano”, *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, vol.I, Vigo, 1999, p.63-88; SANTALUCIA, B., *Diritto hereditario romano: le fonti*, Bolonia, 1999; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.210

⁵⁸ LÓPEZ RENDÓ, C., “La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas”, en *Estudios B. Reimundo*, I, Burgos, 2000, p.533 y ss.

⁵⁹ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.197

La mujer, no sujeta al poder marital del marido, *manus*, no sucede nunca al marido⁶⁰ y a la inversa.

Si el causante es una mujer, no existe la primera clase de herederos, pues la mujer al no ejercer la *patria potestas* no tiene personas en potestad, *sui*. La herencia de la mujer que fallece intestada corresponde a los agnados o a los gentiles.

Las personas designadas por las XII Tablas como herederos abintestato son llamados *heredes legitimi* y se distribuyen en 3 clases:

1.- *Sui*. Los que se hayan *in potestae* o *in manu* del causante si este viviese todavía. No se exige parentesco de sangre con el causante, caso mujer casada *in manu*, que ocupa el lugar de hija (*loco filiae*) e hijos adoptivos, ni este parentesco es por sí solo suficiente (hijo emancipado). Se aplica la regla al concebido se le tiene como nacido (*conceptus pro iam nato habetur*).

No establece diferencia entre varones y mujeres y tampoco la establecieron las leyes posteriores. Ni siquiera la *lex Voconia* (169 a.C.), que limita los derechos las mujeres en la sucesión testada, se atreve a apartarse de esta línea liberal, característica del antiguo derecho sucesorio.

Cuando hay pluralidad de *sui*, se aplica el principio de representación, por cuya virtud, los descendientes de un hijo son excluidos por su padre, pero representan al padre cuando éste no es un *suus* o cuando no vive ya. Las XII Tablas no hacen mención de este principio, pero en todo caso es muy antiguo .

Sucedan *per stirpes*.

Los *sui* son automáticamente *heredes*, sin necesidad de aceptar la herencia, ni están facultados para repudiar la herencia.

2.-*Agnatus proximus*. Son aquellas personas que junto al causante, *de cuius*, descienden de un ascendiente común y se hallarían sometidos a la misma *patria potestas*, si el común ascendiente viviese aún.

Este concepto comprende también a los *sui*, pero la regla establecida en las XII Tablas se refiere únicamente a aquellos *adgnati* que no son *sui*.

En esta clase de herederos no se aplica el principio de representación y el agnado más próximo excluye a los demás.

Varios agnados del mismo grado suceden *per capita*.

En las XII Tablas varones y mujeres, son reconocidos en esta 2ª clase en pie de absoluta igualdad.

A finales de la época republicana, la jurisprudencia limita la sucesión de las mujeres a las hermanas del causante⁶¹.

⁶⁰ Gai.3.28-24

⁶¹ Gai.3.14; EU.26.6

Sólo podían ser herederos si vivían a la muerte del causante. No se aplica, como se aplica en la primera clase la regla al concebido se le tiene como nacido (*conceptus pro iam nato habetur*).

No es automáticamente heredero, sino sólo si acepta la herencia. Si rechaza, la herencia no es ofrecida al *agnatus* sucesivamente más próximo.

Debe tenerse presente que si un padre emancipa a su hijo, es por regla general, el patrono de éste, *parens manumisor*.

3.- *Gens*. Las XII Tablas (V.5), si no hay agnados, se llama a los gentiles. Gentiles son los miembros organizados de una *gens*, la *gens* como unidad.

La sucesión de la *gens* subsistió hasta el final de la República y los juristas clásicos trataron de ella como institución viva, desapareció durante el período clásico cuando la *gens* organizada dejó de existir.

2.1.2.-) Sucesión intestada pretoria: *Bonorum possessio abintestato*⁶²

Paralelamente a la sucesión intestada del *ius civile*, hubo en la época clásica una sucesión intestada *iure pretorio*, la *bonorum possessio abintestato*, basada en el parentesco de sangre.

El Pretor prometía otorgar la *bonorum possessio* distinguiendo las siguientes clases de herederos:

1º.- **Liberi**. Los *sui* del causante y aquellas personas que serían *sui* si una *capitis deminutio* no lo hubiese impedido, con tal de que no se hallen sometidos a la *potestas* de otra persona.

Si el *de cuius* es una mujer, no puede haber *bonorum possessio unde liberi* porque la mujer no tiene *sui* y consiguientemente, aunque sea paradójico, tampoco puede tener *liberi*.

Incluso, bajo el *Senatusconsultum Orfitianum* (178 dC.) los hijos no pueden reclamar la *bonorum possessio unde liberi* y sí únicamente la *unde legitimi*.

Los *liberi* suceden conforme a las mismas reglas que rigen para los *sui* en la *legitima hereditas*; varones y mujeres se hallan equiparados, y se aplica el principio de la representación.

Los *liberi*, sin embargo, no adquieren la *bonorum possessio ipso iure*, tienen que solicitarla al Pretor, mientras que los *sui* adquieren la *hereditas ipso iure*.

El Pretor, para igualar a los descendientes en la sucesión, exigía la colación de bienes:

a) *Collatio bonorum emancipati*⁶³

Cuando esta *bonorum possessio* a finales de la República o comienzos del Principado se convierte *cum re*, se desarrolla la institución de la *collatio bonorum*.

⁶² VOICI, P., "Testamento pretorio", LABEO 13 (1967), p.319-348; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.216

⁶³ CABALLE MARTORELL, A., *La "collatio emancipati"*, Madrid, 1997; SUAREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de los emancipados en el derecho hereditario romano clásico*, Ourense, 1996.

Los emancipados, varones o mujeres, que quisieran solicitar la *bonorum possessio* en la herencia de su padre, conjuntamente con otros descendientes de éste sometidos a su *potestas* en el momento del fallecimiento, *sui heredes*, debían aportar todos los bienes propios, deducido el importe de las deudas, a fin de integrarlos con los que constituían el patrimonio y proceder a su partición. Se extendió a todos los hijos e hijas no sometidos a *patria potestas*.

Cuando los *sui*, juntamente con los *liberi non sui*, reclamaban la *bonorum possessio unde liberi*, la concesión incondicional de la *bonorum possessio*, a los *non sui*, habría ocasionado un injusto y grave perjuicio a los *heredes sui*.

La razón de la clásica *collatio bonorum* es, pues clara, cuando del derecho civil de un *suus* experimenta un perjuicio por efecto de la *bonorum possessio* solicitada por un emancipado, éste se haya obligado a compensar al *suus* con una parte del propio patrimonio.

b) *Collatio dotis*

Fue regulada por el edicto del Pretor, como deber impuesto a la hija, que hubiera recibido una dote de su padre o abuelo de aportar en el momento del fallecimiento del causante a la masa hereditaria los bienes recibidos en dote.

La hija emancipada, tenía obligación de prestar a un *suus* una garantía personal o *cautio de dote* y tenía que prometer que si llega a recobrar la dote, habrá de entregar una parte de la misma al *suus*.

Si la hija se hallaba todavía bajo la *potestas* de su *pater* no se aplica el edicto.

Una hija en Derecho clásico, nunca venía obligada a colacionar bienes de su *dos profecticia*⁶⁴, esto es, constituida por el padre o abuelo bajo cuya potestad se encontraba la mujer en el momento de constituirse el matrimonio y aún, cuando estuviese emancipada, a favor de su hermano emancipado⁶⁵.

En época posclásica la *collatio* perdió su fundamento racional por desaparecer la incapacidad patrimonial de los hijos e hijas de familia.

2.- *Legitimi*

Formada por los herederos civiles de las XII Tablas, pero en realidad el llamamiento se limita sólo a los parientes agnados, porque si hay *sui* son llamados como *liberi* y el llamamiento a los gentiles había desaparecido a finales de la República.

3.- *Cognati*⁶⁶

Parientes consanguíneos del causante por línea masculina o femenina, el más próximo hasta el 6º grado y, al cognado del 7º grado, únicamente si el padre de éste y del causante fueron nietos de hermanos o de hermano y hermana.

⁶⁴ D.23.3.5pr.; EU.6.3

⁶⁵ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.222

⁶⁶ D.38.8

La limitación fijada a consecuencia de la b.p. fue ciertamente razonable, pero el Pretor, adoptó el límite establecido en la *Lex Cincia de Donis et Muneribus*⁶⁷ (104 aC.) y por la *Lex Furia Testamentaria*⁶⁸ (ca.200 aC.) Esta concesión debió extenderse sólo hasta el 4º grado, pero los juristas romanos se opusieron a que la herencia fuera atribuida al Estado.

En este llamamiento se tiene en cuenta sólo el parentesco de sangre o natural, y no tiene sentido hablar de emancipados, *sui*, *filiusfamilias*, etc.

El pariente consanguíneo más próximo elimina al más lejano y, los de igual grado suceden por cabezas.

Por esta vía, los hijos no matrimoniales, suceden a su madre y a los parientes maternos.

Tiene aquí especial importancia la situación de la madre y un hijo, se promociona el parentesco cognaticio o de sangre, y por primera vez pueden heredarse recíprocamente, pues están en 1er. grado de parentesco cognaticio en línea recta, pero esta sucesión entre ellos sólo es posible si no existe ningún agnado, ya que, si hay uno sólo, él tiene preferencia frente a la madre o al hijo, esta situación quedó resuelta por Senadoconsulto Tertuliano y el Orficiano.

a.-) *Senatusconsultum Tertullianum* (sucesión hijos). Dado en época de Adriano (s.II dC.), establece que la madre casada *sine manu*, quedaba equiparada, en la sucesión del hijo que moría sin testamento y sin dejar descendientes, a las hermanas agnadas de éste, aunque no a los hermanos, dándosele preferencia, por lo tanto, frente a los tíos paternos del causante que fueran agnados, que estaban en 3º grado de parentesco colateral, pero sólo en el caso de que la madre tuviera 3 ó más hijos (*ius liberorum*), es decir, figuraba en la 2ª clase de los herederos abintestato (una mujer no puede tener *sui*), pues en otro supuesto era una simple cognada que podía ser desplazada por cualquier agnado.

b.-) *Senatusconsultum Orfitianum* (178 dC.) (sucesión madre). En el caso de que el causante de la herencia fuese la madre, otorgó preferencia a los hijos, simples cognados, suceden a su madre, en la 1ª clase de herederos, frente a los agnados de aquélla (hermanos, tíos, etc), pues las mujeres no pueden tener *sui*, al no tener *patria potestas*. Este privilegio fue extendido a los nietos.

Resulta extraño que en estas disposiciones, no el hecho de que se otorgue la sucesión a los parientes consanguíneos, sino que se haga de forma incompleta, ya que si un hijo puede suceder *iure civile* a su madre según el *Senatusconsultum Orfitianum* (178 dC.), ¿por qué no

⁶⁷ *Lex Cincia de Donis et Muneribus* (104 aC.): limitaba de modo general la libertad de las donaciones. No se sabe exactamente su contenido de esta ley rogada, sí que se exceptuaban ciertos casos por razón del parentesco entre los interesados, pero no prohibía todas las donaciones sino las que excedían de un límite y prohibía a los abogados el recibir cantidades en metálico u objetos cualesquiera como precio de su intervención en los procesos. No se declaraban nulas las donaciones ejecutadas contra lo dispuesto en esta ley, pues era una ley imperfecta: FV.266-316, Th.8.12

⁶⁸ *Lex Furia Testamentaria* (ca.200 aC.). Plebiscito de fecha desconocida, alrededor 200 aC, y en todo caso más moderna que la *Lex Voconia* (169 aC.), dispone que nadie puede recibir por legado o *mortis causa* cantidad superior a 1000 ases, disponiendo que si un legatario obtenía más de lo permitido, el heredero podía ejercitar contra él una acción ejecutiva (*manus iniectio*) por el cuádruplo del exceso obtenido. Estaban exceptuados de la prohibición los parientes consanguíneos hasta el 6º grado y el hijo del primo segundo.

pudo un hijo emancipado suceder a su padre?, tal vez los juristas clásicos hubieran respondido que el hijo emancipado podía muy bien solicitar la *bonorum possessio*.

4º.- *Vir et uxor*⁶⁹

Se reconoce el derecho a sucederse recíprocamente entre marido y mujer del causante. En el último caso, sólo si se trataba del matrimonio *sine manu*, pues en el *cum manu* la mujer era uno de los *liberi* y entraba en el primer llamamiento.

2.2.- SUCESIÓN TESTADA⁷⁰

Ya desde la ley de las XII Tablas (450 aC.), las hijas accedían a la sucesión testada o intestada del padre al igual que los hijos, pues lo mismo que sus hermanos, estaban sometidas a su poder.

En el s.III aC., el ciudadano romano, gozaba de una libertad ilimitada para disponer por testamento de su patrimonio. Mientras la *debita portio* no fue establecida, un propietario de fundos rústicos podía instituir heredero a uno de sus hijos, desheredando a los demás y concediéndoles pequeños legados⁷¹.

La costumbre romana impone al *paterfamilias* la necesidad de hacer uso de esa libertad y a no vivir un solo día después de haber alcanzado la pubertad sin otorgar testamento. Además exige que una razonable porción de la herencia, se otorgue a ciertos parientes próximos, lo cual pugna con la libertad de disposición en materia testamentaria. En Dº clásico, los pactos sobre la sucesión futura son nulos, y se prohíben los testamentos mancomunados.

Al afirmarse el carácter patrimonial de la herencia, se reconoce capacidad testamentaria a la mujer, y junto a la capacidad de disponer tiene la capacidad de recibir.

Y en general, la capacidad de las mujeres debe encuadrarse en el sistema general de la *capacitas*, que no distingue al respecto entre varones y mujeres.

⁶⁹ D.38.11

⁷⁰ AMELOTI, M., *Le forme classiche di testamento*, I, Turín, 1966; AMELOTI, M., *Il testamento romano secondo la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Florencia, 1966; BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960; BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano. vol. III.-Diritto di famiglia*, Milán, 1963; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano. vol.VI Le successioni (Parte generale)*, Milán, 1974; CASTRO SAENZ, A., *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960; GARCÍA GARRIDO, J.M., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I.-La tradición romanística*, Barcelona, 1982; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed., Madrid, 1993; KASER, M., *Derecho romano privado*, Madrid, 1968; VOICI, P., *Diritto hereditario romano.II., Parte Speciale*, I, Milan, 1956; VOICI, P., *Diritto hereditario romano.II., Parte Speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milan, 1963; CICU, A., *Testamento*, Milán, 1969; TALAMANCA, M., *Revoca testamentaria e "Translatio Legati"*, Milán, 1962; MURILLO VILLAR, A., *El Fideicomiso de residuo en Derecho Romano*, Valladolid, 1989; PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en Derecho romano*, Madrid, 2001; ROMANO, A., "Diritto e prassi nelle forme testamentaria", *Labeo* 33(1987), p.221-225; VOICI, P., "Il testamento romano attraverso la prassi documentale", *Labeo* 13 (1967), p.86-95; MANFREDINI, A.D., *La volontà oltre la morte profili di diritto hereditario romano*, Turín, 1991.

⁷¹ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.198

La mujer *sui iuris* y púber, puede hacer testamento siempre que reúna los requisitos para testar, bien con la asistencia de su tutor, bien librándose de la tutela mediante la *coemptio fiduciae causa*, bien constriñendo al tutor a dar la autorización, cuando la *auctoritas* es un mero formalismo, hasta que finalmente decae la institución de la tutela.

El testamento civil, *testamentum per aes et libram*, como el acto es una *mancipatio*, la mujer puede realizarlo con la asistencia del tutor. Pero hay que tener en cuenta que la *auctoritas* del tutor sólo se refiere al acto formal de la *mancipatio*, pero no a la voluntad testamentaria de la mujer, y que incluso si el testamento es escrito, su contenido puede ser desconocido por el tutor.

En el testamento pretorio, *bonorum possessio*, no hay *mancipatio*, las mujeres pueden hacerlo, sin la *auctoritas* del tutor. El Pretor no distingue entre testamento civil y pretorio, y concedía la *bonorum possessio* en base a testamentos civiles nulos por defecto de forma⁷², pero que reunían los requisitos por él exigidos.

Finalmente, las leyes postclásicas y justinianas, relativas a al capacidad hereditaria, equiparan explícitamente en sus disposiciones a los dos sexos.

2.2.1. Sucesión legítima formal

Según el *ius civile*, el testador tiene que tener en cuenta a los *sui* en el testamento, no es necesario que les instituya en una cuota determinada, y si no quiere dejarles nada, tiene que desheredarles⁷³ expresamente, sin necesidad de motivación.

La mujer al no tener patria potestad, no tiene *heredes sui* en el ámbito del *ius civile*, por tanto no se exigía para la validez de su testamento, la institución o desheredación respecto de sus hijos o parientes.

La desheredación de los hijos varones, tiene que hacerse nominalmente, individualmente, *nominatim*.

La desheredación de las hijas, nietos, nietas y ulteriores descendientes, puede hacerse en forma conjunta, genéricamente, *inter ceteros*⁷⁴.

Con Justiniano, desaparece la distinción entre hijos e hijas y demás descendientes, y todos tienen que ser desheredados nominalmente, individualmente, *nominatim*⁷⁵.

Si el hijo varón es preterido, es decir, no es instituido ni desheredado, el testamento es nulo *ab initio*, incluso en el caso de que el hijo muera antes que el padre y se abre la sucesión intestada⁷⁶.

Si son preteridos los restantes *sui*, hijas, nietos, nietas y ulteriores descendientes, el testamento es válido, y éstos concurren con los instituidos. Si los instituidos en el testamento

⁷² BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.95

⁷³ RIBAS-ALBA, J.M., *La desheredación injustificada en Derecho romano: querella inofficiosi testamenti, fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998.

⁷⁴ Gai.2.127-128

⁷⁵ C.6.28.4; Inst.2.13.5

⁷⁶ Gai.2.123

son también *sui*, los preteridos, obtienen la cuota intestada. Si los instituidos son extraños, les corresponde la mitad de la herencia⁷⁷.

La preterición de un póstumo, ya sea varón o mujer de cualquier grado, hace que el testamento sea nulo y se abra la sucesión intestada.

Posteriormente, el Pretor, aplica estos mismos principios⁷⁸ con respecto a los *liberi*. Concede a favor de los preteridos la *bonorum possessio contra tabulas*, siempre dentro de los límites de la cuota intestada. Las disposiciones testamentarias que son ineficaces, son sólo aquéllas que afectan a la cuota intestada⁷⁹, se mantienen las desheredaciones, las sustituciones, las manumisiones, los nombramientos de tutores, etc.

Y a través de un Edicto especial “*De Legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*”, el Pretor estableció que los *bonorum posesores*, en proporción a sus cuotas, tenían que pagar los legados dejados por el causante a favor de la mujer o nuera a título de dote, y a favor de los ascendientes y descendientes⁸⁰.

2.2.2. Sucesión legítima material

En el último siglo de la República, ante el cambio de concepciones sociales y la prevalencia de la familia de sangre o natural frente a la familia tradicional, se produce una reacción contra el testador que olvida, deshereda o deja poco a sus parientes. Ese testamento se considera inoficioso, por dejación de sus deberes, y a favor de las personas perjudicadas, se va a reconocer el derecho a impugnar ese testamento, a través de la *querela inofficiosi testamenti*⁸¹.

La porción debida, se establece en $\frac{1}{4}$ parte de lo que hubieran heredado por vía intestada⁸², *pars debita*, siguiendo el ejemplo de lo establecido en la *Lex Falcidia* para los legados⁸³.

Pueden impugnar el testamento inoficioso, los descendientes, los ascendientes, los hermanos de doble vínculo o sólo de padre, a quienes el testador no haya dejado la cuarta debida, en el plazo de 5 años desde la aceptación de la herencia.

En los últimos años de la República, se introducen importantes modificaciones en esa libertad de testar, y algunas afectan expresamente a las mujeres:

2.2.2.1.- La *Lex Furia testamentaria*⁸⁴ (ca. 200 a.C.), prohibió recibir a título de legados o *mortis causa* más de 1.000 ases, disponiendo que si un legatario obtenía más de lo permitido, el heredero podía ejercitar contra él una acción ejecutiva (*manus iniectio*) por el

⁷⁷ Gai.2.124

⁷⁸ Gai.1.2.135

⁷⁹ D.28.6.34.2 ; D.37.4.10.5

⁸⁰ D.37.5.1pr. ; C.6.12.1

⁸¹ D.5.2.2 : Inst.2.18

⁸² D.5.2.8.8; Inst.2.18.6

⁸³ C.3.28.31

⁸⁴ Gai.2.225, 4.23; EU.1.2; FV.301; Inst.2.22pr.

cuadruplo del exceso obtenido. Estaban exceptuados de la prohibición los parientes consanguíneos hasta el 6º grado y el hijo del primo segundo.

2.2.2.1.- La *Lex Furia testamentaria*⁸⁵ (ca. 200 a.C.), prohibió recibir a título de legados o *mortis causa* más de 1.000 ases, disponiendo que si un legatario obtenía más de lo permitido, el heredero podía ejercitar contra él una acción ejecutiva (*manus iniectio*) por el cuadruplo del exceso obtenido. Estaban exceptuados de la prohibición los parientes consanguíneos hasta el 6º grado y el hijo del primo segundo.

2.2.2.2.-La *Lex Voconia*⁸⁶ (169 aC.). Disminuyó los derechos de las mujeres. Limitó la capacidad de la mujer para recibir por testamento.

En primer lugar, dispuso que los ciudadanos pertenecientes a la 1ª clase del Censo, con una fortuna superior a los 100.000 ases⁸⁷, no podían instituir herederas a las mujeres, pero era posible adquirir legados por importe no superior a lo recibido por los herederos⁸⁸. Esta norma no se aplicaba a la sucesión intestada, ni a los legados, ni a los testamentos de las vestales y del *flamen Dialis*.

En segundo lugar, sólo las hermanas se incluían entre los agnados femeninos a efectos de la sucesión *abintestato*.

Finalmente, ninguna persona podía recibir a título de legados más que el heredero o herederos. Esta última norma no es aplicable a las grandes herencias y fue derogado por la *Lex Falcidia*.

El que las mujeres fuesen instituidas herederas con frecuencia, lo demuestra esta *lex Voconia*, que manifiesta una tendencia contraria, y que dispuso que no pudiera ser instituida heredera la mujer de aquel que estuviese clasificado en la 1ª clase del ordenamiento centuriado, que poseyese 100.000 ases⁸⁹. El límite establecido por esta ley, defendida por Catón el Censor, refleja una reacción frente al principio de igualdad entre varones y mujeres, y fue extendida por analogía también, a la sucesión intestada o legítima.

A finales de la época republicana, desaparecido el antiguo censo, los límites a la *lex Voconia*, están en decadencia y, algunas leyes como la *lex Falcidia*, y la *Pappia Poppaea* y la *Iunia Velleia*⁹⁰, admiten y presuponen la capacidad de las mujeres y de otra parte, la introducción del fideicomiso⁹¹ permite en la práctica eludir los límites legales⁹², y tampoco se aplicaron las limitaciones a los legados porque la ley chocaba con la conciencia social.

⁸⁵ Gai.2.225, 4.23; EU.1.2; FV.301; Inst.2.22pr.

⁸⁶ Gai.2.226, 2.274; EU.22.17; PS.4.8.19; Inst.2.22pr.

⁸⁷ Gai.2.274

⁸⁸ Gai.2.226

⁸⁹ Gai.2.224

⁹⁰ *Lex Iunia Velleia*, ca. 28 dC., bajo Tiberio, contempla explícitamente la posibilidad de institución y desheredación de las mujeres póstumas, lo que demuestra la capacidad de la mujer (D.28.2.29.5-7; D.28.3.13; D.26.2.10.2, D.28.2.59.5; D.28.3.3.2; C.6.28.2; Gai.2.34; EU.22.19; Inst.2.13.2).

⁹¹ Inst.2.25pr.

⁹² BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.120, n.1

Merced al expediente ideado por los juristas del *fideicommissum hereditatis* a favor de las mujeres, el cual sólo técnicamente difería de la *institutio heredis*⁹³, el testador obligaba al heredero a transmitir a la mujer el patrimonio recibido. La fideicomisaria debía ser un *persona certa* y vivir al tiempo de la muerte del testador.

El fideicomiso, inicialmente no tuvo una regulación formal, por lo que si el heredero fiduciario, no cumplía con el encargo, no había forma de exigirle el cumplimiento por vía judicial.

Con Augusto, la *lex Voconia*, no se aplica en la práctica, el cumplimiento del fideicomiso es obligatorio, y está dotado de eficacia jurídica a través del procedimiento extraordinario, *extra ordinem*.

2.2.2.3.-La *Lex Falcidia* (40 aC.). Esta ley limitó la facultad de otorgar legados a la cuantía de $\frac{3}{4}$ de la herencia, de manera que al menos $\frac{1}{4}$ parte (*cuarta falcidia*) debería ir para el heredero. Si los legados superaban el límite señalado debían ser reducidos proporcionalmente.

En las últimas décadas de la República, la libertad del testador, fue limitada por la concesión a ciertos parientes próximos, de una porción patrimonial, de la cual el testador no podía privarles por testamento, *portio debita* y, que en el Derecho clásico, se cifró en $\frac{1}{4}$ de su porción intestada.

Ataca directamente a la precedente *lex Voconia*, admite la capacidad de las mujeres, consintiendo, que por esta vía, las $\frac{3}{4}$ partes del patrimonio, puedan recibirla las mujeres a título de legado.

2.2.2.4.-La *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 18 aC. y la *lex Papia Poppaea nuptialis*, del 9 aC., comentadas como una sola por los juristas bajo la denominación de *Lex Iulia et Papi*⁹⁴, la ley no afecta a la *testamentifactio* sino la capacidad de adquirir, *capacitas*, a determinadas personas. Estas leyes matrimoniales de Augusto, favorecen a las personas casadas o con hijos, restringiendo los derechos hereditarios de solteros, célibes o casados sin descendencia, que no podían recibir la totalidad de los bienes que les fueran deferidos por herencia, aunque introdujo restricciones, hay que señalar que de todas formas, la libertad de testar en Derecho clásico fue muy amplia.

La *lex Iulia et Papia* se refería a la sucesión testamentaria⁹⁵, sólo trata de perjudicar a los que son llamados por voluntad del *decius*, no se aplica a los sucesores legítimos, se mantiene su derecho aunque no se hallen en las condiciones exigidas por la ley.

A tenor de estas leyes, a determinadas personas se les quita en todo o en parte la *capacitas* y son incapaces para adquirir herencias y legados, todo o parte y, todo lo que no se adquiere en base a esta ley, constituyen los bienes caducos, *caduca*.

Son incapaces para adquirir:

⁹³ SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p.195

⁹⁴ SPAGNOLO VIGORITA, T., *Carta Domus: Unseminario sulla legislazione matrimoniale augustea: parte prima e seconda*, Nápoles, 1998.

⁹⁵ EU.17.1; BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.139

1.- Célibes⁹⁶: Las mujeres de 20 a 50 años y los varones de 25 a 60 años que permanecen célibes⁹⁷, los no casados, incluidos por tanto viudos y divorciados.

Se les prohíbe enteramente la adquisición de herencias y legados.

Tienen un plazo de 100 días para adquirir la *capacitas* desde que sucedió la muerte del causante, para contraer matrimonio.

La mujer, tiene un período de dispensa de 2 años en caso de viudedad y 18 meses por divorcio⁹⁸.

2.- *Orbi*: Las mujeres de 20 a 50 años, casadas y sin hijos y, los varones de 25 a 60 años, casados y sin hijos, sólo pueden recibir la mitad de la herencias y legados⁹⁹.

Un tema discutido es el número de hijos exigidos a varones y mujeres. Se sostiene generalmente que para el hombre bastaba uno y para la mujer tres o cuatro según fuera *ingenua* o liberta, pero es difícil pensar que Augusto, estableciera esta diferencia, frente a dos cónyuges con un solo hijo no se comprende por qué razón debía de ser capaz el hombre y no la mujer¹⁰⁰.

Como el requisito de los hijos podía causar muchas injusticias, era frecuente en la práctica pedir al Senado y al Príncipe, la concesión singular del *ius liberorum*. Pero, las peticiones cada vez se hicieron más frecuentes y se concedieron a categorías enteras de personas, hasta que se convirtió en una mera formalidad porque se concedía a todos los que lo pedían.

3.- *Pater solitarius*. Se considera que se refiere al viudo sin hijos, pero carece de apoyo en los textos para saber a quién se refiere y la medida de su incapacidad..

4.- Cónyuges. La mujer y el marido que no tienen hijos en su matrimonio sólo pueden adquirir 1/10 (*lex decemmaria*).

Si tienen hijos vivos de otro matrimonio, tal porción aumenta una décima por cada hijo que tenga¹⁰¹. Si tienen un hijo común muerto, después de la imposición del nombre se le añade otra décima¹⁰².

Él cónyuge, puede adquirir además de la décima, el usufructo de la tercera parte de los bienes del otro, e incluso la propiedad del tercio si han tenido hijos¹⁰³. La mujer puede adquirir también la dote legada por el marido¹⁰⁴.

⁹⁶ Gai.2.144, 286; D.23.2.30; D.31.52

⁹⁷ Gai. 2.111; 286

⁹⁸ EU.14

⁹⁹ Gai.2.286a

¹⁰⁰ BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.141

¹⁰¹ EU.15.1; D.34.5.23(24); D.35.1.62pr.

¹⁰² EU.15.2

¹⁰³ EU.15.4; D.19.5.10; D.22.1.48; D.31.51.1; D.35.1.62pr.; C.6.53.4

¹⁰⁴ EU.15

¿Qué sucede con estos bienes caducos que no pueden ser adquiridos por las personas señaladas anteriormente?. Tanto respecto de la herencia como de los legados se atribuyen a aquellos que en el testamento tengan hijos, primero a los herederos y a falta de éstos, a los legatarios¹⁰⁵.

La atribución de estos *caduca* no tiene lugar cuando por naturaleza de la disposición, esta no sea transferible a otra persona, así el legado de usufructo por su carácter personalísimo, desaparece sin que sea atribuido a otro¹⁰⁶.

A falta de herederos o legatarios con hijos, la cuota se considera vacante y va a parar al fisco.

2.2.2.5.- Mujeres que habitualmente realizan acciones u oficios torpes¹⁰⁷ (*Feminae probosae*)

Domiciano (81-96 dC.), quita el *ius capiendi*, capacidad para adquirir herencias y legados a las mujeres *probosas*, mujeres que realizan oficios torpes, mujeres infames y prostitutas¹⁰⁸, que como eran incapaces por ley de contraer matrimonio, no se les aplicaban las disposiciones de la *Lex Iulia et Papia*.

Es difícil entender cómo en el s.I dC., Domiciano, tratara de valorar los extremos por el cual una mujer era *probosa* en el sentido de la ley, y de introducir incapacidades basadas en la moralidad y que sólo se aplicaran inmoralidades sobre las mujeres.

Probablemente, trató de evitar que algunas mujeres se mantuvieran célibes y no pudieran contraer matrimonio dedicándose a oficios torpes, para eludir las prescripciones de la *lex Iulia et Papia* sobre adquisición de legados y herencias, porque realmente, no introdujo un nuevo caso de incapacidad hereditaria de las mujeres, sino que aplicó las limitaciones de la *lex Iulia et Papia* a las mujeres probosas, es decir, a las personas que por su conducta no eran capaces de contraer matrimonio¹⁰⁹.

En el s.II dC., Adriano, aplica esta disposición de Domiciano, al testamento militar¹¹⁰, pero con un sentido distinto, la incapacidad independientemente de la capacidad para contraer matrimonio, se aplica a las mujeres por su conducta misma.

Cuando desaparece el sistema de las incapacidades matrimoniales de Augusto y de la incapacidad para adquirir herencias y legados, no está claro que las fémimas *probosas*, recuperaran la capacidad que les había quitado Domiciano. En la Compilación Justiniana, se recoge una constitución¹¹¹ de Justino I (518-527 dC.), que establece la capacidad de las comediantes, si se han arrepentido, en caso contrario subsiste la incapacidad.

¹⁰⁵ Gai.2.206, 207.

¹⁰⁶ D.33.2.22; D.33.1.8; D.8.1.7

¹⁰⁷ D.50.16.42; BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.155

¹⁰⁸ EU.13.2; D.23.2.41.1; D.37.12.3pr.; D.34.2.35pr.

¹⁰⁹ BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.155-156

¹¹⁰ D.29.1.41.1

¹¹¹ C.5.4.23.1 y 3

2.2.3.- Mujer

2.2.3.1. Mujer casada *cum manu*¹¹²

Un aspecto importante en la capacidad patrimonial de la mujer casada es el de sus derechos sucesorios con respecto a la familia del marido. La mujer en el régimen de la *conventio in manum*, dependía del *paterfamilias*.

Costumbres y prácticas sociales originarias hacían que el marido para asegurar a su viuda una vida digna, dispusiese a su favor, en el testamento, de todos aquellos bienes que habiendo dejado para su uso y administración durante el matrimonio quería que siguiesen siendo disfrutados por ella.

En el primitivo régimen de la *conventio in manum*, la mujer goza de derechos sucesorios derivados de su condición de hija o nieta que asume al entrar en la familia del marido.

La mujer es capaz de heredar y sus expectativas con respecto a los bienes familiares, son cuando menos las mismas que las *filiae familias*.

La mujer *in manu*, encontrándose *loco filiae* en la familia del marido es *heres sua*, concurre en la sucesión intestada con los hijos a la herencia del marido o del *paterfamilias* de éste.

En el testamento debía ser instituida o desheredada expresamente, siendo suficiente, a diferencia de lo que ocurría con los hijos, *nominatim*, fuese desheredada *inter ceteros*.

Así como el testamento se invalidaba si, posteriormente a su redacción, el testador por medio de la adopción o adrogación introduce en su familia a un nuevo miembro, también será *ruptum* si la mujer entra bajo la *manus* del testador o si la que ya estaba bajo la *manus* se une sucesivamente en matrimonio con él.

El matrimonio libre contraído con posterioridad a la redacción del testamento no producía el efecto de hacerlo *ruptum*, ya que la mujer seguía unida a su familia de origen de la que dependía a efectos patrimoniales y sucesorios.

El régimen sucesorio de la mujer *in manu* quedó perfectamente delimitado por los principios y reglas que los juristas elaboran, dotando de un preciso contenido jurídico a los usos y prácticas sociales que, imponen al *paterfamilias* el atender a la mujer con los medios adecuados, tanto durante el matrimonio, mediante la concesión de un peculio¹¹³, como para el caso de supervivencia, legándole los mismos bienes en uso y la dote.

La práctica más frecuente que perdura en la época clásica fue la de desheredar *inter ceteros* a la mujer *in manu* y legarle aquellas cosas *quae eius causa parata sunt*¹¹⁴, de esta

¹¹² GARCÍA GARRIDO, M.J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I.-La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p.82

¹¹³ D.31.88pr.; D.33.8.26; D.32.49.7; D.31.34.6

¹¹⁴ D.32.45; D.34.2.2; D.34.2.10; D.34.2.34.2; D.34.2.32.6, ver GARCÍA GARRIDO, M.J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I.-La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p.84-88

forma el marido garantizaba a la mujer el uso y disfrute de las cosas que habían estado a su disponibilidad durante el matrimonio.

También, con el legado de usufructo, el testador al igual que dejaba a la mujer importantes legados de bienes que le había entregado durante el matrimonio, le dejaría el goce y disfrute de los bienes familiares.

2.2.3.2.- Mujer casada *sine manu* (Matrimonio libre).

En el régimen de matrimonio libre que se difunde y predomina en la época clásica, la mujer casada, *uxor*, continúa dependiendo a efectos sucesorios de su familia originaria.

Según el *ius civile*, si no está sometida a la *manus* del marido no tiene ningún derecho a suceder a éste, conserva las expectativas sucesorias respecto a su *paterfamilias*. Si era *filiafamilias*, era *sua* y el padre la instituía heredera junto a los demás hijos o, lo que en la práctica era más frecuente, le legaba la dote y el peculio, desheredándola *inter ceteros*¹¹⁵.

Si era *sui iuris* disponía a la disolución del matrimonio de la dote que el marido solía legarle y de sus bienes extradotales.

Pero tanto las decisiones jurisprudenciales, como los medios puestos en práctica por el Pretor y por los príncipes, se orientan a un progresivo reconocimiento de derechos sucesorios de la mujer respecto el patrimonio del marido¹¹⁶.

Por un lado, mediante una extensa aplicación al matrimonio libre del régimen de legados a favor de las mujeres *in manu*, de los que las resoluciones jurisprudenciales clásicas ofrecen frecuentes ejemplos.

De otra parte, progresivamente, se van reconociendo a la mujer, a medida que los vínculos cognaticios o de sangre predominan sobre los agnaticios, derechos sucesorios en calidad de *uxor*.

Así el Pretor le concede la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que le permite entrar en posesión de los bienes del marido después de los parientes de éste¹¹⁷ y la legislación imperial reconoce los derechos sucesorios entre madre e hijo, independientemente del vínculo agnaticio, el SC. Tertuliano de tiempos de Adriano, llamó a la madre con *ius liberorum* a la sucesión del hijo¹¹⁸ y el SC. Orfitiano del 178 dC. llamó a los hijos a la sucesión de la madre con preferencia a otros agnados¹¹⁹.

¹¹⁵ D.33.5.21; D.34.1.10.2

¹¹⁶ GARCÍA GARRIDO, M.J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I.-La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p.96

¹¹⁷ VOCI, P., *Diritto hereditario romano. II. Parte speciale*, I, Milan, 1956, p.19 ss.; GROSSO, G., *I legati nel diritto romano*, 2ª ed., Turín, 1962.

¹¹⁸ EU.26.8

¹¹⁹ Inst.3.4

También, la mujer unida en matrimonio libre, era con frecuencia instituida heredera, pero la práctica más frecuente fue la de legarle las cosas de uso que el marido le había destinado durante el matrimonio¹²⁰.

2.2.4.- Legados¹²¹ a favor de las mujeres

En la Jurisprudencia clásica, las disposiciones a favor de las mujeres adoptan normalmente la forma de legados, pero son numerosos también los testamentos en los que las mujeres con instituidas herederas¹²².

Legados frecuentes:

2.2.4.1.-Legado de las cosas destinadas al uso de la mujer (vestimenta, ornamentos, etc.) que disponía para su uso personal y exclusivo. Al ser un legado general de bienes, los juristas exigían que el requisito del efectivo uso de los bienes por la mujeres diese en la práctica. No procede la deducción de la *quarta*, tenía carácter especial, en razón de los intereses que protegían y la *lex Falcidia* del año 40 aC., exceptuó de los límites establecidos para los legados en general, este tipo de legados¹²³.

2.2.4.2.-Legado de usufructo.- Otro legado frecuente en la práctica. El marido a través del usufructo de todo o parte del patrimonio, aseguraba los recursos necesarios a la mujer, sin lesionar con ello los legítimos derechos sucesorios de los hijos. Lo más frecuente es el usufructo vitalicio¹²⁴, pero a veces se limitaba a una duración determinada¹²⁵ fijada en algunos supuestos, hasta que los hijos alcanzasen una cierta edad¹²⁶.

Justiniano acoge la tradición clásica, reconociendo a la viuda pobre, en concurrencia con los hijos, una parte del usufructo de los bienes del marido en la sucesión intestada¹²⁷.

2.2.4.3.-Legado de parte de la herencia (*Legatum partitionis*).- Existía antes de la época clásica, y consiste en que el heredero tiene que partir¹²⁸ o fraccionar con el legatario la herencia. El legatario adquiere una cuota de la herencia, pero nunca se le considera heredero.

El disponente, recurre a esta fórmula, cuando no quiere atribuir a alguien la cualidad de heredero, pero sí asignarle una cuota sustancial de la herencia.

¹²⁰ D.34.2.13; D.32.33.1; D.32.47pr.; D.32.49.2; D.32.29pr.; D.32.49.4; D.34.2.2; D.34.2.4; D.32.49.3; D.32.46; D.32.48; D.34.2.30; D.32.49pr.-1-2; D.31.35; D.34.2.3. Ver n.35 GARCÍA GARRIDO, o.c., p.96-97 relación respuestas jurisprudencias de ESCEVOLA, PAPINIANO y MODESTINO, en la que la mujer es o no contemplada en el testamento del marido, así como éste en el testamento de la mujer.

¹²¹ GROSSO, G., *I legati nel diritto romano*, Turín, 1962.

¹²² GUIFFRÉ, V., *Documenti testamentari romani*, Milán, 1974; MIGLIARDI ZINGALE, L., *I testamenti Romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge di documento dal I al IV secolo D.C.*, Turín, 1991, ver Testamento libral de Longino Castor, Testamento de Aurelio Hermógenes, etc.

¹²³ D.35.2.81.2; D.35.2.81.2

¹²⁴ D.32.2.22, 25, 27, 31 y 38

¹²⁵ D.33.2.35; D.33.2.30 pr.

¹²⁶ D.33.2.32.4; D.32.1.37; C.3.33.5

¹²⁷ VOCI, P., *Diritto hereditario romano. II. Parte speciale*, I, Milan, 1956, p.44

¹²⁸ EU.24.25; D.32.29.1; D.50.16.1.164; D.30.26.2; D.31.8.5; D.31.9; Gai.2.254

Parece ser que inicialmente, se utilizó para eludir las prohibiciones de la *lex Voconia*, que prohibía instituir herederos en testamento a las mujeres de causantes cuyo patrimonio fuera superior a 100.000 ases.

Cuando la *lex Voconia* cae en desuso, este legado sigue utilizándose. De forma, que nos encontramos con disposiciones, en las que a los hijos varones se les atribuye la herencia, y a las hijas se les hace un *legatum partitionis*.

2.2.4.4.-*Legatum dotis*¹²⁹. El origen probablemente remonta la época en la que no existía obligación legal de restituir la dote, y por tanto el marido lo hacía a través del *legatum dotis*, al disolverse el matrimonio por su muerte. Se trata que la obligación legal de restituir la dote, es absorbida por el legado.

La dote, siendo una aportación de la mujer al matrimonio, tanto en el matrimonio *cum manu* como *sine manu*, pasaba a ser propiedad del *paterfamilias*, y se sentía el deber de dejarla por legado a la mujer, ya que al morir él, no conservaba su antigua función y era injustificado retenerlo. Era, por tanto, un legado de unos bienes que, aún siendo propiedad del *paterfamilias*, los usos y las costumbres sociales consideraban ya, como bien de la mujer destinado al matrimonio y que debía devolverse a la disolución de éste.

La forma de *prelegado* que aparece antes de que existiese un deber de restitución impuesto jurídicamente, es quizá el primer medio por el que la dote se considera con independencia y sustantividad propia de los otros bienes en uso de la mujer, pertenecientes al marido o *paterfamilias*, que también se le legaban¹³⁰.

En la época clásica, la mujer, no sólo tenía asegurada la restitución de sus bienes por los legados que le dejaba el marido, sino que podía accionar contra los herederos mediante la *actio rei uxoriae* y obtener así 2 veces, por distintos medios, la dote, y la reclamación por ella daba lugar a una situación injusta para los herederos¹³¹.

Cuando la Ley introduce la obligación de restituir la dote, la regulación se produce a través de un Pretor desconocido, mediante el *edictum alterutro*¹³², que establece que la mujer debía elegir entre los legados a su favor en el testamento del marido o el ejercicio de la *actio rei uxoria* para la restitución de la dote.

El Edicto no solo se aplicaba a las disposiciones testamentarias referentes a la dote, como el *legatum dotis*, y el *legatum pro dote* sino que parece se refería a todos los legados a favor de la mujer, ya que por el hecho de ejercitar la *actio rei uxoria*, la mujer renunciaba a los legados de cualquier clase contenidos en el testamento del marido¹³³.

El legado de dote, nunca puede empeorar la situación de la mujer respecto a la restitución legal. La mujer tiene derecho a obtener la restitución en los términos prescritos por

¹²⁹ BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.451 ss.

¹³⁰ D.33.4.1.6 y 13; D.33.4.9; D.36.1.53[51]; D.32.2.27 pr.; D.33.4.17; D.36.1.80[78].14; D.33.4.15

¹³¹ GARCÍA GARRIDO, M.J., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. I-La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p.110-112

¹³² D.36.2.6.1

¹³³ D.10.2.20.8; D.36.2.6.1; D.31.53; C.5.13.1.3; CTh.4.4.7

la ley y no por la disposición testamentaria¹³⁴. A este legado no se le aplican las reducciones de la Ley Falcidia¹³⁵, ni tampoco es posible gravar a la mujer con un fideicomiso, más que en los límites en que reciba una ventaja del legado

Es posible también, cambiar la dote con el *legatum pro dote*, el *paterfamilias* que ha hecho suyos los bienes de la mujer, confundiendo los con su patrimonio, lega a la mujer determinados bienes en lugar de la dote. Por tanto, el testador podía optar por disponer a favor de la mujer de los bienes aportados por ella al matrimonio, en cuyo caso disponía un *prelegado* o en lugar de estos bienes, dejaba a la mujer otros bienes *pro dote*. Este tipo de legado, generalmente era más favorable que el *legatum dotis*¹³⁶, es un legado para legar a la mujer el valor pecuniario de la dote¹³⁷.

Este legado no puede empeorar la situación de la mujer, las sustituciones y cambios de la dote han de realizarse sin perjuicio para la mujer, en caso contrario, ella disponía de la *actio rei uxoriae* para recuperar la dote.

Justiniano, abolió¹³⁸ el edicto *alterutro*, y dispuso que la mujer pudiese conseguir la restitución de la dote y el legado, a no ser que el marido hubiese dispuesto especialmente del legado *pro dote* y, superados los fines de la norma pretoria, limita sus efectos a la dote, con exclusión de los restantes legados que de otra parte, pierden su antigua función y son sustituidos por otras disposiciones a favor de la mujer.

CONCLUSIONES

1.- No podemos partir de presupuestos y criterios modernos para tratar y estudiar de forma adecuada el Derecho de Familia y Sucesiones en Roma. Los presupuestos sociales de las relaciones familiares en Roma, son totalmente distintos a los actuales. La familia romana es el conjunto de personas que están sometidas a la única potestad del *paterfamilias*, ciudadano romano y varón, por haber nacido dentro de la familia o por haberse incorporado a la misma por acto jurídico. El *paterfamilias* tiene un poder pleno sobre todos los miembros de la familia, sin distinción de sexo, edad, etc. y es el único titular de derechos patrimoniales.

2.- A lo largo de la historia del Derecho de Sucesiones romano, se observa un principio de igualdad en el tratamiento de los derechos hereditarios entre los dos sexos, que se inicia con la Ley XII Tablas, y que continúa posteriormente con la jurisprudencia y la legislación pretoria e imperial.

3.- Durante el s.II aC., la aprobación de la *Lex Voconia* limitando el derecho de las mujeres a heredar por vía testamentaria, probablemente motivada por la influencia de las escuelas filosóficas helenísticas en las clases dirigentes romanas, choca con normas tradicionales, concepciones y formas de vida de los romanos, por lo que tuvo escasa

¹³⁴ D.30.4

¹³⁵ D.35.2.81

¹³⁶ D.33.4.6.1; D.33.4.1.7 y 9; D.33.4.1.6. Ver, BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, p.453 sobre sustituciones de bienes

¹³⁷ D.33.4.3; D.33.4.6.1 final

¹³⁸ C.5.13.3a

repercusión práctica, y fue ampliamente superada a través del recurso a los legados y fideicomisos a favor de las mujeres.

LA VIUDA EN EL DERECHO FORAL VASCO

Jaione Arieta-Araunabeña Alzaga

Antes de nada hay que decir que el ámbito al que me remito es el de la Comunidad Autónoma Vasca, lo que evidencia que no entra ni Navarra ni el otro lado de los Pirineos, que como todos sabemos además de tener semejanzas en el derecho también gozan en otros campos con multitud de similitudes.

VIUDA - SUPÉRSTITE

El siguiente problema con el que podemos encontrarnos es que si bien el título alude claramente a la **viuda** en el Derecho Civil Vasco, he de hacer algunas aclaraciones para acomodarnos a los nuevos tiempos que corren en torno a la organización familiar.

Así, La Ley 2/2003, de 7 de Mayo, aprobada por el Parlamento Vasco y reguladora de las parejas de hecho nos dice en su artículo 2:

1.-“ *A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho* “.

Asimismo, a pesar de que el título de la comunicación hace una clara referencia al término viuda, evidentemente la ley no discrimina el sexo en cuanto a la viudedad, por lo que todo aquello que digamos con respecto a la viuda será plenamente aplicable a los casos en que un miembro de la pareja de hecho muera, o cualquier cónyuge, hombre o mujer que haya celebrado matrimonio de acuerdo con los requisitos exigidos por el código civil fallezca y deje un miembro de la pareja superviviente.

A pesar de que nuestra referencia obligada es la Ley 3/1992 de 1 de Julio del Derecho Civil del País Vasco también quiero aclarar que voy a hacer continuas referencias a la reforma en ciernes de dicha Ley, ya que actualmente hay un anteproyecto de Ley por el cual se modificará la ley vigente, y, a pesar de que desconocemos los cambios finales que pueda sufrir el anteproyecto parece obligada la referencia a lo que posiblemente entrará en vigor próximamente. En el supuesto de que no entren en vigor las modificaciones expuestas en el actual proyecto también es interesante el estudio y comentario de dichas posibles modificaciones, puesto que son reflejo de la necesidad de cambio y adaptación a los nuevos tiempos.

ÁMBITO TERRITORIAL

Sin entrar a desmenuzar este apartado parece que es de obligada referencia el artículo 5 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, Ley 3/1992 de 1 de Julio y que dice lo siguiente:

“Este Fuero como legislación civil propia del Territorio Histórico de Bizkaia, rige en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana”

Por supuesto, a continuación el artículo 6 de dicha ley nos señala qué es el Infanzonado o Tierra Llana, de donde se excluye del Territorio Histórico de Bizkaia la parte no aforada de las villas de: Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugaleta y Plentzia, de la ciudad de Orduña y del término municipal de Bilbao.

El territorio no aforado se regirá por el régimen común general salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero.

Para que no hubiera problemas con respecto a las modificaciones urbanísticas el artículo 7 de la Ley de DCFPV especifica qué territorio es aforado dentro de las villas de acuerdo con el planeamiento urbanístico vigente a la entrada en vigor de la Ley.

ÁMBITO PERSONAL

Ámbito personal, es decir quiénes son los sujetos a los que se destina la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco

Artículo 12: *“A los efectos de este Fuero Civil, son vizcaínos quienes tengan vecindad civil en el Territorio histórico de Bizkaia.*

Aforado o Infanzón es quien tenga su vecindad civil en territorio aforado”.

La Ley DCFPV rige como legislación civil propia del Territorio Histórico de Bizkaia en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana.

Y como sabemos, la Tierra Llana es todo el Territorio Histórico de Bizkaia salvo la parte no aforada de las villas mencionadas en el artículo 6 de dicha Ley. Estas villas no aforadas se regirán por la legislación civil general salvo en lo que sea aplicable el presente Fuero, y que el artículo 7 delimita, por lo que incluso en parte de estas villas no aforadas se aplicará la LDCFV. Además, en la parte en la que no se aplica la LDCFV en su totalidad puede verse afectada en distintos puntos referentes al viudo/a/pareja de hecho, materia que nos interesa especialmente.

En este punto creo que hay que señalar que en el Anteproyecto de la Ley Civil Vasca, en su artículo 10.1 dice que el Derecho Civil foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplicará *a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca.*

Y el art.10.3 recoge que: *Las normas de derecho civil de esta ley que rigen con carácter especial en el territorio histórico de Bizkaia, y los municipios de Aramaio y Llodio se aplicarán a quienes tengan vecindad civil, aforada o no, en dichos territorios.*

En lo que a vecindad se refiere, en el Anteproyecto de la nueva ley se crea una vecindad civil vasca que hasta ahora era inexistente, puesto que lo que conocemos aquí es la vecindad ayalesa o la vizcaína y ésta se desdoblaba en vecindad de villa y vecindad de anteiglesia.

Con respecto a la vecindad civil parece de obligada referencia el CC., el cual regula la misma en sus artículos 14 y 15.

En el momento que el Parlamento Vasco redactó la ley de Parejas de hecho hubo de acudir a la vecindad administrativa porque no existía la vecindad civil vasca, con lo que esto supone de extraño en una ley civil.

Situémonos...viudos/as/parejas de hecho...y por el momento con vecindad en el territorio aforado para todas las disposiciones y también aplicables algunas de ellas a pesar de no ser aforado, aunque posiblemente en el futuro pueda aplicarse toda la ley con carácter general a toda Comunidad Autónoma Vasca. (El régimen económico matrimonial seguirá teniendo particularidades únicamente para los vecinos de la Tierra Llana)

Una vez hechas las anteriores aclaraciones podemos centrarnos en el derecho sucesorio que es básicamente el tema de la ponencia y que como es bien sabido los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, por lo cual muerto uno de los integrantes de la pareja nos encontramos una nueva situación patrimonial a la que la ley ha de dar respuestas.

Ahora bien, no debemos olvidar que nuestro Derecho Civil Foral permite y regula los pactos sucesorios por lo que en nuestro caso no siempre es preciso el hecho de la muerte para proceder a la sucesión.

El Capítulo IV del Título III del Libro Primero de la LDCFPV regula los mismos y el Anteproyecto de la nueva Ley en su artículo 17.1 señala: *“Los derechos y obligaciones de una persona se transmiten a sus sucesores desde el momento de su muerte, salvo lo que se establezca en pacto sucesorio de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.”*

DESIGNACIÓN DE SUCESORES

Es necesario una introducción a las formas de designación de sucesores porque el papel del miembro de la pareja superviviente tiene o puede tener en algunos supuestos que mencionaremos unos derechos de los cuales carecen los que no se ven amparados por legislaciones que no recogen estas formas de sucesión (Por ejemplo aquellos a los que obligatoriamente les rige el CC)

En la Ley de Derecho Civil Foral Vasco de 1 de julio de 1992 *“la designación de sucesor en bienes, sean o no troncales, tiene lugar por testamento, por ley, por pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación”* (art.27).

El CC. es mucho más restrictivo ya que opta por la sucesión a través de testamento o por ley, o por ambas a la vez (art. 658). Evidentemente no vemos recogidas las formas mencionadas en La Ley de DCFPV de 1992.

Con respecto a los testamentos, además de los admitidos en el CC. La LDCFV admite el testamento “*hil-buruko*”, particular en sí pero que para el tema que nos ocupa no es de especial interés.

En lo que a nosotros respecta creo que se puede obviar el entrar en las particularidades de los testamentos que casi todos conocemos o que por lo menos ya los tenemos estudiados por el CC para centrarnos en señalar que en el Derecho Civil Vasco existen formas de testar tales como el testamento mancomunado y el poder testatorio, prohibidos expresamente por el CC y que sí suponen particularidades importantes para el tema que nos compete.

Así, **todos los vizcaínos** no aforados (y aforados) pueden testar mancomunadamente y por comisario de acuerdo a este Fuero. (Art. 13 de la LDCFV). Este artículo fue recurrido por inconstitucionalidad tras la publicación de la Ley, si bien posteriormente fue retirado el recurso.

PODER TESTATORIO

Dice el artículo 32 de la LDCFV: “*El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión de los mismos*”. Cuando este poder se otorga al cónyuge o pareja se está garantizando una sólida posición frente a los herederos¹.

Si en un principio el objeto podía ser principalmente en salvar el escollo que podía suponer la muerte del causante dejando hijos o descendientes menores, hoy es evidente que este instrumento puede ser muy eficaz en una sociedad en que los hijos no contribuimos en la formación del patrimonio familiar, en muchos casos tampoco en las cargas familiares y sin embargo a la muerte de un miembro de la pareja el superviviente puede verse indefenso ante los derechos exigidos por aquellos hijos, algunas veces ingratos y prestos a recibir la parte que les corresponde en el más breve plazo posible, indiferentes a la situación de la persona que compartió su vida, sus bienes y un proyecto de vida con el causante.

En el poder testatorio el testador encomienda a otra persona, que puede ser su pareja, para que disponga de sus bienes al morir entre sus herederos. La persona autorizada es la llamada comisario. La designación ha de hacerse en testamento ante notario y dice el art. 33.2 de la LDCFV que los cónyuges antes o después del matrimonio, podrán además **nombrarse recíprocamente** comisario en la escritura de capitulaciones o pacto sucesorio. A esta designación entre cónyuges se denomina “*alkar-poderoso*”. (Cónyuge=pareja).

El cónyuge o pareja podrá hacer uso del poder testatorio como comisario en su propio testamento. (Art.46)

El Anteproyecto de la Ley Civil Vasca recoge que “*los miembros de la pareja de hecho podrán nombrarse recíprocamente comisario en el pacto regulador de su régimen*

¹ CELAYA IBARRA Adrián, *Curso de Derecho Civil Vasco*, Universidad de Deusto 1998, pp.72

económico patrimonial” o en pacto sucesorio, siempre que lo otorguen en documento público ante notario. Art.31.1

Hay que tener en cuenta la voluntad del otorgante del poder testatorio, pero nosotros vamos a referirnos a las disposiciones de carácter general. Así, el artículo 44.1ª de la L.DCFV dice *que el testador puede señalar plazo al comisario; y en el caso del cónyuge se le puede prorrogar por tiempo indefinido o por los años que viviere. (Cónyuge=pareja).*

Esta Ley no recoge en principio lo que sostiene la tradición foral en el sentido de que el comisario viudo tiene un verdadero derecho de viudedad, un usufructo poderoso que le permite no sólo administrar los bienes sino disfrutar de ellos sin someterse a la formación de inventario ni a la prestación de fianza.

Esta Ley deja en manos del otorgante del poder testatorio la decisión de asignar al viudo el derecho de usufructo y el disfrute de los bienes, aunque facilita el usufructo del viudo, ya que el testador puede otorgárselo por testamento en forma de usufructo vitalicio, que no se extingue aunque se haga uso del poder (art.61).

En el supuesto de que el otorgante no haya dicho nada al respecto el cónyuge o pareja también disfrutará del usufructo en tanto no haga uso del poder testatorio (art.105).

En el Anteproyecto de la Ley Civil Vasca se recoge en el artículo 41.3 este aspecto de una manera acorde con la práctica usual: *“El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder”.*

De esta manera, en el Anteproyecto de la nueva Ley se recoge lo que se venía haciendo de forma tradicional, ya que aunque el Fuero Nuevo fijaba el plazo de un año, cabía prórroga indefinida o para toda la vida en el supuesto de que el comisario fuera el cónyuge y además se entendía que si el testador no decía lo contrario existía la prórroga indefinida a favor de aquél², lo que evidentemente daba al viudo una fuerte posición en la familia.

Ahora bien el T.S ha sido siempre contrario a la prórroga indefinida a pesar de que la Compilación también permitía la prórroga si el testador así lo disponía art.19.

Es de señalar que la Disposición Transitoria tercera de la LDCF en previsión de lo que pudiera pasar con los poderes testatorios otorgados antes de su entrada en vigor, realizados en virtud de la Compilación y con una interpretación restrictiva por parte del T.S dice: *“En los poderes testatorios otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley, la designación de comisario a favor del cónyuge implicará la atribución del usufructo vitalicio, que no se extinguirá por el uso de dicho poder”.*

Expuesto lo anterior es evidente que el testamento por comisario puede ser un instrumento para fortalecer el papel del cónyuge en la sucesión, puesto que le da la posibilidad de obtener un usufructo sobre el total del patrimonio con carácter vitalicio y la

² LEZÓN Manuel R., *Cuestiones que plantea el testamento por comisario en el Fuero de Vizcaya*, Rev. Cr.de D. Inmobiliario, 1946, PP.341

posibilidad de reforzar su posición familiar por el poder que le otorga la posibilidad de distribuir los bienes del *de cuius* a su buen saber y entender.

TESTAMENTO MANCOMUNADO (o Testamento de hermandad)

Ya hemos dicho anteriormente que el artículo 13 de la LDCF incluso permite a los vizcaínos no aforados realizar testamento mancomunado, es decir testar en un mismo instrumento, algo impensable para el CC, el cual lo prohíbe de una manera tajante, al igual que la Compilación que no tuvo ningún reparo en prohibir esta forma de testar a pesar de tener gran raigambre popular.

Ahora bien, qué es el testamento mancomunado? El testamento mancomunado es algo más que la manifestación de dos voluntades en un documento testatorio, ya que los otorgantes al hacer testamento de forma conjunta buscan frecuentemente una vinculación entre las disposiciones de ambos otorgantes, los cuales han de mantenerlas cuando uno de ellos muera.

No debemos olvidar que el régimen económico patrimonial en tierra aforada es el de Comunicación de bienes, es decir todo el patrimonio pertenece a ambos por mitad, por lo que el testamento mancomunado tiene mayor sentido si cabe en este régimen económico matrimonial (También en el régimen de gananciales pueden darse situaciones semejantes).

Actualmente, la LDCF sólo permite el testamento mancomunado entre cónyuges, si bien tradicionalmente ha sido permitido entre personas ajenas a la institución matrimonial (en una época que no existía nada parecido a las parejas de hecho como hoy las entendemos, pero en la que la vinculación familiar hacía que en ocasiones testaran hermanos en el mismo documento).

El Anteproyecto de Ley Civil Vasca dice en su artículo 24: “*Dos personas, unidas por vínculos de parentesco o convivencia podrán testar en un sólo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad*”.

Si bien es verdad el otorgamiento de las últimas voluntades conjuntamente con otra persona puede originar problemas de revocabilidad, hoy este problema parece que puede ser soslayado con la regulación legal. La revocabilidad como característica esencial del testamento puede chocar frontalmente con las disposiciones correspondientes en las que los cónyuges no otorgan una disposición sino en función de la otorgada por el otro. Así, la LDCF da una serie de normas con respecto a la revocabilidad de estos testamentos para evitar en la medida de lo posible el daño que pudiera originar la irrevocabilidad absoluta del mismo.

En cuanto que se entiende que cuando una pareja realiza el testamento mancomunado es en base a una vida o proyecto de vida en común, el Anteproyecto de Ley Civil Vasca recoge en su artículo 28 que: “*Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de matrimonio entre ellos, dejarán sin efecto todas sus disposiciones, excepto las correspondientes en favor de un hijo discapacitado*”.

Respecto a los pactos sucesorios, que diferencia del testamento son irrevocables y, que como los contratos, se pueden extinguir por desistimiento, no creo necesario entrar en cuanto que no tienen especial relevancia en la situación del viudo /viuda.

Sin embargo, a pesar de que los pactos sucesorios no afecten de forma directa al cónyuge o miembro de la pareja superviviente, el pacto de comunidad de vida realizado entre los padres instituyentes con el nuevo matrimonio instituido, con frecuencia lleva una reserva de usufructo o el derecho de alimentos en favor de los padres y es evidente que aquí se unen tres instituciones importantes en Bizkaia como son, la libertad de testar, la troncalidad y la comunicación de bienes.

Es la vida familiar en su conjunto, la supervivencia del grupo lo que el pacto sucesorio intenta perpetuar, no los intereses de ningún particular.

En cuanto al supérstite de la pareja es de señalar el artículo 82 de la LDCFV dice: “*Si se hubiere pactado la comunidad de vida entre instituyentes e instituidos, reserva de usufructo o de otras facultades análogas a favor de los primeros, se entenderá que, por muerte de uno de los instituyentes, el cónyuge superviviente conserva íntegros y con carácter vitalicio los derechos que los mismos se hubieran reservado*”.

En el Anteproyecto de Ley en ciernes el artículo 104 recoge el mismo contenido señalado en el artículo anterior pero con la salvedad de que permite a las partes pactar lo contrario.

SUCESIÓN INTESTADA

Antes de entrar en la sucesión forzosa, con lo que uniremos lo expuesto anteriormente sobre el testamento mancomunado o de hermandad y el poder testatorio, creo conveniente hablar de la sucesión Intestada o *ab intestato* como la denomina la LDCF y regulada en sus artículos 67 a 72.

En el Anteproyecto de Ley Civil del País Vasco la regulación de la sucesión intestada o legal está recogida en los artículos 110 a 117.

Dice el artículo 67 de la LDCFV: “*La sucesión intestada se deferirá en favor de los hijos por derecho propio y de los demás descendientes por derecho de representación*”. No obstante hay que tener en cuenta que el supérstite de la pareja (viudo/a, pareja de hecho) tiene unos derechos legitimarios de los que luego hablaremos.

En el Derecho civil foral vasco siempre ha tenido mucha importancia el tema de la troncalidad, puesto que es uno de los pilares en los que se ha basado la costumbre o la normativa vigente, por lo que en este tema también es obligado mencionarla en tanto que limita o puede limitar en algunos casos los derechos sucesorios de algunas personas.

Dice Adrián Celaya³ que la propiedad en los territorios forales tiene un mayor sentido social que el que presenta en los sistemas en que el dominio de los bienes se considera como un derecho absoluto, con tímidas limitaciones. La sociedad foral mantiene una fuerte idea de

^{3 3} CELAYA Adrián, op.cit.p.55

la propiedad comunitaria, que se desarrolla ampliamente y establece relaciones entre los miembros de las anteiglesias e incluso de los barrios, que facilitan y humanizan la convivencia. Además de esto, la propiedad de los bienes inmuebles toma un significado de vinculación con la familia que la aleja de las concepciones individualistas. El propietario, lejos de ser un dueño absoluto, está sujeto a una suerte de limitaciones en favor de sus parientes más directos.

Hoy puede parecer extraña esta reflexión, pero los ciudadanos que no viven en grandes ciudades o aglomeraciones saben que esto es así y seguramente hoy que estamos viendo un mundo globalizado en crisis donde esta idea podía tener antes visos obsoletos, hoy puede ser vista de otra manera.

La familia troncal, o también conocida como *familia souche*⁴ enlaza los bienes a la familia troncal. El titular los posee y los disfruta en beneficio de la familia, y a la hora de transmitirlos, por venta, donación, testamento...o cualquier otro medio, la familia tiene un derecho preferente.

En Bizkaia no seguimos el concepto que de troncalidad dio Braga Da Cruz⁵, por limitarse a la sucesión intestada y sin descendientes. En Bizkaia la troncalidad no se limita a regir la sucesión, tanto testada como intestada, sino que rige también en los actos de disposición *inter vivos*.

La LDCFV dice en su artículo 17.1: “*La propiedad de los bienes raíces es troncal. A través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio*”. Y dice el art. 17.2: “*En virtud de la troncalidad, el titular, de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros*”.

La troncalidad es, desde el punto de vista del titular de los bienes, una limitación de su poder de disposición: no puede donar ni testar ni vender dichos bienes sino a los parientes tronqueros. Desde el punto de vista del tronquero no titular, es una preferencia que deriva de su pertenencia a la familia.

Suele ocurrir frecuentemente que cuando alguien designa un sucesor o heredero universal por testamento, nadie piensa que existan bienes sujetos a la sucesión *ab intestato*, cuando realmente la existencia de la institución de la troncalidad contemplada en la LDCFV y en el Anteproyecto de Ley Civil Vasca contradicen esta suposición.

En la troncalidad se encuentran tres elementos, el personal o parentesco, el real o el bien raíz y el causal o la causa por la que un bien raíz se convierte en troncal.

Con respecto al elemento personal el artículo 20 y 21 de la LDCFPV señala quiénes son parientes tronqueros (art. 66 y ss. del Anteproyecto de Ley Civil Vasca) y en los artículos siguientes encontramos en elemento reales, es decir, qué bienes tienen la consideración de troncales (art. 61-65 del Anteproyecto de Ley Civil Vasca : Tierra Llana, Aramaio y LLodio).

⁴ LE PLAY Federico, *La réforme social en France*,

⁵ BRAGA DA CRUZ Guilherme, *O direito datroncalidade*, Coimbra 1943

Ahora bien, cuándo un bien raíz es troncal??? Un bien es troncal cuando el titular, su actual propietario, tiene un ascendiente que anteriormente poseyó el bien raíz y es pariente común con el tronquero. No basta con el parentesco; es además, preciso que dicho ascendiente haya poseído el bien troncal.

El artículo 68 del Anteproyecto de Ley Civil Vasca recoge:

1º que : *“La troncalidad nace desde el momento en que un bien raíz es adquirido por una persona de vecindad civil local vizcaína y se extiende desde ese momento a todos sus descendientes, salvo lo establecido en el artículo 62.3 de esta Ley.*

2º.- *Una vez constituida, los parientes tronqueros, tengan o no vecindad civil vasca, mantienen su derecho de preferencia en cualquier acto de disposición que haga el titular tanto inter vivos como mortis causa.*

3.- *La troncalidad se extingue en una familia si al fallecimiento del titular no existen parientes tronqueros.*

Se extingue también si en el momento en que el titular pierde la vecindad civil local vizcaína no existen parientes tronqueros en la línea recta ni en el segundo y tercer grado de la colateral.”

Lo anteriormente expuesto no es sino una pincelada sobre la troncalidad puesto que no entramos en qué bienes son troncales, ni quiénes son parientes tronqueros así como sus derechos y las correlativas limitaciones que suponen estos para los sucesores o herederos del causante, en este caso nuestra viuda/o, pareja supérstite, tema en el que posteriormente entraremos.

Hechas algunas anotaciones con respecto a la troncalidad y sin perderla de vista hemos de seguir con la sucesión intestada para lo que hemos de mencionar el artículo 68 de la LDCFV que dice:

“A falta de los sucesores expresados en el artículo anterior, la sucesión se ordenará del modo siguiente:

a) Los bienes troncales de cada una de las líneas paterna o materna...Si en alguna de las líneas no hay ascendientes tronqueros los bienes corresponderán a los colaterales tronqueros de la misma.

b) En los bienes no troncales sucederán ambos padres...

Como vemos en estos dos primeros artículos no aparece para nada la figura del viudo/a o supérstite de la pareja de hecho, pero sin embargo las alusiones realizadas son obligatorias en la medida en que puede afectar a sus derechos, ya que no es pariente tronquero y no puede acceder a los bienes troncales.

Y en el artículo 69 encontramos lo siguiente:

A falta de descendientes y ascendientes sucederá el cónyuge viudo, con preferencia a los colaterales, en todos los bienes no troncales.

En los demás casos, conservará los derechos legitimarios recogidos en el art.58.

SUCESION FORZOSA

Por fin vamos a hablar de la sucesión forzosa en el Derecho foral, puesto que realmente los derechos del viudo/a o supérstite de la pareja vienen muy determinados por la sucesión forzosa.

En la medida que el testador tiene una parte de libre disposición es él/ella los que deciden qué parte dejan al supérstite, pero como todos sabemos hay partes de la herencia que forzosamente tiene unos destinatarios determinados, que es lo que conocemos como legítima.

Así, es aquí donde vamos a ver reflejado materialmente los derechos del viudo/a/supérstite de la pareja. Es aquí donde vamos a hablar de las cuotas que les corresponden y en su caso de las posibilidades que tienen de disfrutar de los usufructos correspondientes, temas que ya hemos tocado anteriormente y que tienen vital importancia.

La sucesión forzosa, más conocida como legítima supuso en el Derecho Romano una limitación a la libertad de testar y la cuota libre en el Derecho germánico supuso una excepción a la reserva absoluta de todos los bienes, es decir, en ambos derechos tenemos parte legítima y parte de libre disposición si bien los fundamentos de ambas en los dos derechos, germánico y romano tienen un origen totalmente opuesto.

De dónde procede la legítima del Derecho en nuestro derecho foral?? No parece que los entendidos en el tema vean raíces ni romanas ni germánicas en nuestro derecho foral. Otra vez aquí si queremos profundizar en el tema tendríamos que ir a la troncalidad y su trayectoria histórica desde la redacción del Fuero Viejo en 1452.

Dice el artículo 53 de la Ley vigente (LDCFPV):

“La sucesión forzosa, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere por el siguiente orden:

- 1.- A los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes.*
- 2.- A los padres y demás ascendientes.”*

Más adelante encontramos en el articulado que el testador puede elegir entre los tronqueros el que él quiera, apartando a los demás sin ninguna fórmula especial.

Dónde está el viudo/a/supérstite de la pareja de hecho? Vamos a ver que nuestro derecho otorga mayor protección a aquél que el derecho común, si bien no debemos olvidar que en algunos derechos la protección que se le dispensa es a través del régimen económico matrimonial.

No hemos mencionado hasta ahora el régimen económico matrimonial, y la verdad es que forma parte muy importante en este entramado, si bien hay que tener en cuenta que cuando hablamos de sucesión nos referimos siempre a la parte del *de cuius*, una vez disuelto el matrimonio, en este caso por muerte evidentemente.

Debemos añadir que cuando hablamos de régimen económico matrimonial en el caso de las parejas de hecho no funciona el mismo sistema y hay que ir a la ley 2/2003 de Parejas de Hecho de 7 de mayo para ver con qué derechos patrimoniales cuenta cada parte durante su convivencia en común. Art. 5 y ss. de la Ley 2 de 7 de mayo de 2003 reguladora de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma Vasca.

En el Derecho vizcaíno el capítulo XCVI del Fuero Viejo de 1452 reconocía al viudo amplios derechos en el régimen de bienes ya que todos los bienes se hacían comunes por mitad, troncales y no troncales, y además el viudo podía adquirir derechos importantes sobre la otra mitad en virtud de testamento o pacto sucesorio.

La Ley 1 del título XX del Fuero Nuevo de 1526 modificó el régimen existente y distinguió en el supuesto de que el matrimonio tuviera hijos o descendientes o no los tuviera; Si los tuviera el viudo adquiriría la mitad de todos los bienes, pero si carecían de hijos o descendientes decía la Ley 2, título XX que sus derechos se limitaban al llamado año de luto, la devolución de la dote, y el derecho de retención. No había legítima a su favor.

Posteriormente, la Compilación de 1959 reconocía al viudo sin hijos un derecho de usufructo sobre la mitad de los bienes de libre disposición; Una medida muy reducida si tenemos en cuenta que no recaía la propiedad sino el usufructo, además de que si concurría con los ascendientes (no había descendientes) era de una décima parte (la mitad del quinto de libre disposición), y concurriendo con colaterales equivalía a la mitad de los bienes no troncales, pues todos los troncales eran de reserva absoluta a favor de los tronqueros.

Afortunadamente la LDCFV ha reforzado la posición del viudo/a/pareja de hecho puesto que al parecer de muchos juristas se ha convertido en el personaje central de toda sucesión. No solamente por la cuantía e importancia de sus derechos, sino porque nunca puede ser apartado ni comparte sus derechos con ningún otro heredero.

Hoy, el Anteproyecto de Ley Civil Vasca nos dice en su artículo 47:

“Son legitimarios, por el siguiente orden: los hijos o descendientes en cualquier grado; el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos.

Las normas sobre la troncalidad en la zona aforada de Bizkaia, en Llodio y en Aramaio prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputarán a su legítima.”

Si bien es cierto que los derechos legitimarios del viudo/a/pareja de hecho recaen sobre el usufructo y no sobre la propiedad, también es cierto que se imponen a todo testador o titular, y tanto sobre los bienes troncales como los que no lo son, por lo que constituyen limitaciones efectivas del derecho de libre disposición.

Nuestro viudo/a/pareja de hecho no es heredero forzoso en el artículo 53 pero tiene derechos reconocidos jurisprudencialmente con respecto al caudal y a la comunidad hereditaria que se ven reforzados notablemente con el poder testatorio o los pactos sucesorios.

CUANTÍA:

La legítima de la viuda/o/pareja de hecho es siempre un usufructo y varía según los casos:

1.- Si concurre con parientes en línea recta, ascendientes o descendientes, el usufructo es de la mitad de todos los bienes del premuerto.

2.- Si concurre con colaterales, incluso tronqueros, su usufructo es de los dos tercios de todos los bienes.

El Anteproyecto de Ley Civil Vasca no ha modificado sino la redacción del artículo pero fundamentalmente tiene el mismo contenido. (Hay que hacer notar que el Proyecto sí recoge una modificación sustancial con respecto a la legítima de los descendientes sin olvidar que los ascendientes ya no son legitimarios. Los descendientes tienen la legítima de 2/3, no hay legítima estricta y el testador puede elegir entre sus descendientes)

Art.- 58-3.- El usufructo recaerá en último lugar sobre los bienes troncales de ambas líneas del causante, en proporción al haber de cada una de ellas. O lo que es lo mismo, en primer lugar el usufructo recaerá sobre los bienes no troncales y el artículo 55 de la LDCFV dice:” 1.- La legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador.

2.- El quinto restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo.”

En el supuesto que los parientes tronqueros soliciten la conmutación del usufructo sobre bienes troncales podrá transformarse en capital en efectivo, pero sólo si el usufructo recayera en bienes troncales. (El principio de libertad de la Ley foral no impide que las partes puedan pactar lo que crean al respecto si los bienes no fueran troncales)

Dice el artículo 60 en su último párrafo que no afectarán a la intangibilidad de la legítima, o de los bienes troncales, los derechos reconocidos al cónyuge viudo, ni el legado de usufructo universal a favor del mismo.

Es de señalar que el actual CC español señala como legítima viudal en su artículo 834 el usufructo del tercio de mejora si concurriere con hijos o descendientes. Su derecho asciende al usufructo de la mitad de los bienes del difunto si concurriere con ascendientes, y al usufructo de los dos tercios si no hubiere ni descendientes ni ascendientes. (Art. 834 y ss. Del CC, el cual es aplicable en las villas en cuanto derecho sustantivo, es decir aún cuando los vizcaínos puedan utilizar y lo hagan, el testamento mancomunado o el poder testatorio, en cuanto al derecho sustantivo no hemos de olvidar que es el Derecho Civil Común el vigente en la zona urbana de las villas por lo que los derechos de las viudas pueden ser radicalmente diferentes de unas zonas a otras)

No sería necesario especificar que el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario, pero además el artículo 58 de la LDCFV dice que el usufructo viudal se extingue en el caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho, o de que tuviere durante el

matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

El artículo 54 del Anteproyecto de Ley Civil Vasca otorga al viudo además se su legítima el derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho. Y el artículo 57 del mismo proyecto dice que: *“El testador podrá legar a su cónyuge el usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas que la legítima del artículo 47. Salvo disposición expresa del testador este legado será incompatible con el de la parte de libre disposición”*.

Este artículo no es igual al artículo 61 de la LDCFPV vigente pero sí muy semejante ya que el mismo dice: *“El testador podrá legar a su cónyuge el usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas que la legítima del art.58. Este legado será incompatible con el legado de la parte de libre disposición, pero si el testador los dispusiere de modo alternativo la elección corresponderá al cónyuge viudo”*. (Legado de usufructo universal)

En el supuesto de que este anteproyecto de Ley saliera adelante en el Parlamento Vasco hay que reconocer que sería un paso adelante en el tema que nos trae aquí, puesto que además de mejorar los derechos del sujeto que nos ocupa trata de unificar el régimen a todos los ciudadanos de la Comunidad Autónoma Vasca sin menoscabar los derechos de Ayala o Gipuzkoa principalmente.

Es evidente que tanto en la LDCF como en el actual Anteproyecto han intervenido prácticos del derecho que ven con estupefacción la desprotección de que es objeto la viuda/o/pareja supérstite en algunos regímenes jurídicos vigentes.

AYALA

Señala Víctor Angoitia⁶ que la Sección 4ª, Título II, Libro II del Anteproyecto, artículos 88 a 95, en los que se regula la libertad de testar en el Valle de Ayala es coincidente básicamente con la hoy en vigor por la LDCFPV, artículos 131 a 145.

El art. 131 de la ley vigente señala el ámbito geográfico en el que ha de aplicarse el Fuero de Ayala.

Lo más característico del Fuero de Ayala es la libertad de testar, simple y llanamente (Art. 134), y junto a ello el usufructo poderoso está regulado en el artículo 140: *“El usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito inter vivos o mortis causa de la totalidad de los bienes, en favor de todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo”*.

Lo hemos señalado porque es una institución utilizada a favor de los viudos, no obstante insisto en que entra dentro de la más amplia facultad que supone la libertad absoluta de testar que rige en el Fuero de Ayala.

⁶ ANGOITIA GOROSTIAGA Victor, *Jornadas Hacia la Primera Ley Civil Vasca*, Bilbao, Junio 2007, pp.91 y ss.

GIPUZKOA

Los artículos 153 y siguientes regulan la sucesión del caserío, pero hay que decir que con respecto al viudo/a/pareja, que a nosotros nos atañe, fundamentalmente la legislación aplicable es la del CC.

El Anteproyecto de Ley Civil Vasca intenta recuperar la libertad civil restringida por el CC, por lo que a juicio de Luis Elizegui⁷ ese es el punto de encuentro para la generalización de algunas de las instituciones recogidas en dicho Proyecto.

El Título Preliminar del Anteproyecto, donde se recogen las fuentes del derecho y los principios de Derecho patrimonial son de aplicación en toda la CAV. En las Sucesiones hay normas aplicables en toda la CAV como testamento *hil-buruko*, mancomunado, por comisario, los pactos sucesorios, la legítima y la sucesión intestada y otras disposiciones sólo se aplicarán en parte del territorio (la troncalidad por ejemplo). Sobre el Régimen económico matrimonial hay disposiciones comunes a todo el territorio y las que disponen el régimen de comunicación foral sólo para la Tierra Llana, Llodio y Aramaiona.

Con la nueva estructura del Anteproyecto resulta definitiva la aplicación de la Ley a toda La Comunidad Autónoma Vasca, tal y como proclama el artículo 4, y la determinación de la vecindad civil vasca a que se refiere el artículo 10.

Señalar que con respecto a Gipuzkoa el Anteproyecto de Ley reserva unos artículos para la regulación de la sucesión del caserío. (arts. 96-100).

BIBLIOGRAFIA

ANGOITIA GOROSTIAGA, V., (1999): *El Usufructo Poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava.

ANGULO LAGUNA, D.,(1903): *Derecho Privado de Vizcaya*, Hijos de Reus

ASUA GONZALEZ, C. I.,(1992): *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid

BALPARDA, G.,(1924): *Historia Crítica de Vizcaya y de sus Fueros*, Artes de la Ilustración

CARBALLO FIDALGO, M., (2005): *La Fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al testamento por comisario gallego*, Actualidad Civil, nº 12, 2º.quin. de junio

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., (1964): *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español*, Anuario de Derecho Civil, 367-381

CELAYA IBARRA, A., (1972): *El testamento por comisario*, Anuario de Derecho civil, 735-782

CELAYA IBARRA, A., (1998) : *Curso de Derecho Civil Vasco*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao

⁷ ELIZEGUI MENDIZABAL Luis, *Gipuzkoa ante la nueva ley*, Jornadas” hacia la primera ley civil vasca”, nº extr., Junio 2007, pp. 65-81

CELAYA IBARRA, A.,(1984): *Derecho Foral y Autonómico Vasco*, Tomo I, Universidad de Deusto, Bilbao.

CHALBAUD y ERRAZQUIN, L.,(1898): *La Troncalidad en el fuero de Vizcaya*, Clásicos de derecho vasco 3, Bilbao.

GALÍNDEZ, J.,(1933): *La Muy Noble y Muy Leal Tierra de Ayala, su Señorío y su Fuero*, Madrid.

JADO Y VENTADES, R.,(1900): *Comentarios al Fuero de Vizcaya*, Casa de la Misericordia, Bilbao.

MONASTERI, I., (1994): *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Colección de textos forales-Universidad de Deusto, Vol.IV, Bilbao.

SALINAS QUIJADA Francisco, (1979), *Elementos de Derecho Civil navarro*, Autor-Editor, Pamplona.

SOLANO POLANCO, J. ,(1918):*Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya*, Clásicos del Derecho Vasco .

THIBAUD y von SAVIGNY, (1970): *La Codificación*, Aparecen los artículos de ambos autores *Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania y De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, 1814, trad. Por José Díaz García, Ed. Aguilar, Madrid .

URIARTE y LEBARIO, J. M., (1912): *El Fuero de Ayala*, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J.,(1966) : *Significado jurídico-social de las legítimas y de las libertad de testar*, Publicaciones del Instituto Nacional de estudios Jurídicos.

VICARIO DE LA PEÑA, N. : *Derecho Consuetudinario de Vizcaya*, Diputación Foral de Bizkaia.

Superación de la incapacidad de la mujer casada para gestionar su propio patrimonio

Prof. Dra. Leire Imaz Zubiaur

I.-Introducción

Es un verdadero placer tomar parte, como ponente, en el Primer Congreso Multidisciplinar de la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho de esta Universidad. Sobre todo, por el tema que nos une a las ponentes y l@s comunicantes en este primer encuentro ‘multicolor’: “Mujer y Derecho: Pasado y presente”. Quisiera, en primer lugar, agradecer a la Profesora Jasone Astola la propuesta y organización del Congreso: sin su creatividad, su esfuerzo y su rigor estas ponencias no habrían tenido lugar, no al menos, en este momento y en la Sección vizcaína de nuestra Facultad. Eskerrik asko, Jasone.

En la adjudicación de los temas a tratar bajo el lema “Mujeres y Derecho: Pasado y presente”, decidí, obviamente, por mi dedicación profesional al Derecho privado, elaborar este breve informe en torno a la evolución de la situación jurídica de la mujer, en el ámbito privado, desde la promulgación del vigente Código civil de 1889 hasta nuestros días, principalmente en lo tocante a la incapacidad de la mujer casada para disponer de su propio patrimonio y la superación de tal discriminación. Contextualizando los datos estrictamente jurídico-legales con una previa descripción socio-política de cada periodo a tratar, el fundamento de la ponencia no es otro que el de efectuar un recorrido por las diferentes reformas que a lo largo del siglo veinte han modificado la redacción originaria del texto civil de 1889, palpando, de cerca, la orientación sexista del legislador español hasta después de aprobarse la Constitución de 1978. Desde una perspectiva temporal global, las tardías fechas en las que se consigue una igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en el marco del Derecho privado no dejan de producir intensos escalofríos.

No obstante, el verdadero logro de este Primer Congreso Multidisciplinar se cifra, a mi juicio, en el *feed-back* que pretende obtener del intercambio de información y conocimientos entre las mujeres y los hombres que nos dedicamos al estudio del Derecho en sus diferentes ‘ramas’. Se antoja vital que, al menos, nosotras y nosotros, los profesionales del Derecho, obtengamos una formación lo menos disgregada posible en torno a este tema tan crucial y que tanto nos afecta. Tender puentes formativos en este sentido resulta fundamental y, desde luego, muy oportuno. Uno de ellos pretende elevarse con este breve documento.

II.-La situación jurídica de la mujer en el Estado Español

1.-Siglo XIX: Promulgación del Código civil de 1889

El presente apartado nace con el objetivo de delinear los contornos jurídicos y legales que, en el marco del *Derecho privado*, afectan a la mujer durante la segunda mitad del siglo XIX. Con carácter previo resulta imprescindible, no obstante, ofrecer una panorámica socio-política y

discursiva de la época en torno a la figura de la mujer¹, lo que, sin duda, facilitará el encaje de la orientación de las disposiciones del Código civil de 1889 y su análisis jurídico.

En el siglo XIX, las mujeres conforman la mayoría de la población del Estado español. En mayor proporción las solteras, seguidas de las casadas y, finalmente, las viudas. Todas ellas son educadas, desde niñas, para el mantenimiento del hogar, el cuidado de los hijos y la atención de sus futuros esposos. Esta educación es proporcionada merced a la iniciativa privada, bien de órdenes religiosas o de particulares, ya que el Estado solo ofrece enseñanza pública masculina. Aunque salen a la luz varios proyectos legislativos en orden a establecer una enseñanza primaria pública también para el alumnado femenino [Ley de 21 de julio de 1838, auspiciada por Montesinos, y Ley de Claudio Moyano de 1857], la situación política que atraviesa el país durante todo el siglo XIX, así como los ‘problemas’ presupuestarios, merman la eficacia de las medidas citadas. Sigue predominando la idea de que, para la función social a la que está predestinada, la mujer no necesita de extensos conocimientos, puesto que solo se espera de ella un buen adiestramiento en las labores del hogar.

La vida de las mujeres de clase alta y media transcurre, básicamente, en la ‘casa’, aunque, debido a la falta de agua, gas y electricidad, las múltiples y diarias tareas domésticas devienen realmente arduas. Dependiendo, en efecto, de la clase social a la que la mujer pertenece, ésta cuenta con ayuda en la realización de todo este trabajo, principalmente la de otras mujeres en situación mucho más desfavorecida. Las condiciones de estas últimas son realmente indignas ya que, además de trabajar fuera de casa, realizan también las tareas domésticas de su propio hogar. Jornadas de diez a doce horas con salarios realmente irrisorios. Ha de advertirse, además, que la alta participación de estas mujeres en la población activa, los primeros conocimientos y uso de los métodos anticonceptivos y el claro descenso de la mortalidad infantil provocan una caída en los índices de natalidad. El proceso de urbanización induce también a reducir el tamaño de la familia; la creciente secularización de la sociedad, la transformación del núcleo doméstico en un tipo de familia patriarcal y la aspiración progresiva de la mujer a incorporarse a las diferentes facetas de la vida pública promueven, en efecto, cambios transgresores en las capas más profundas de la sociedad.

En el Estado español se instaura, desde el 12 de julio de 1564, en virtud de la Real Cédula de Felipe II, el matrimonio canónico como único y exclusivo sistema de unión marital, hasta que el 15 de septiembre de 1870 comienza a regir la Ley provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio, ‘complementada’, en 1875, con la introducción de un sistema ‘intermedio’ que restablece la legislación del Concilio de Trento y relega el matrimonio civil a una forma de carácter excepcional. A priori, pues, existe ‘libertad’ para contraer matrimonio en este periodo, tanto para el hombre como para la mujer; aunque en muchos espectros sociales, y por diversas razones, la mayoría de los enlaces acaban siendo concertados por los padres de los contrayentes. De hecho, subyace de forma intensa la idea de que, para contraer matrimonio, debe solicitarse permiso al padre. Las viudas pueden casarse también, siempre y cuando transcurra un año desde el fallecimiento de su marido. En todo caso, el matrimonio supone para la mujer **el deber de obedecer a su marido**. La falta de obediencia de la esposa trae

¹ Todo este recorrido histórico y socio-político se obtiene de Internet, sobre todo de la interesante página <http://centros5.pntic.es/ies.parque.de.lisboa>. Colaboran diversos autores y autoras en la redacción de la documentación que en este link puede encontrarse.

consigo el castigo de la autoridad competente, mientras que el marido, para ser castigado por dicha autoridad, ha debido maltratar a la esposa y dicho maltrato debe de haberse ‘probado’, por supuesto. A mayor abundamiento, si cabe, el adulterio de la mujer le hace a ésta perder todos los derechos en relación al patrimonio de la unión marital, además de tener que sufrir el castigo que le imponga el marido. El adulterio del hombre no está penado.

Todas estas durísimas consecuencias de índole social y jurídica tienen su fundamento, de facto, en el **discurso** que tanto la influyente Iglesia Católica como filósofos, moralistas y médicos mantienen en torno a la figura de la mujer y su función en la sociedad. La opinión más generalizada en la arena de dichos ‘agentes’ sociales radica, fundamentalmente, en la **‘inferioridad’ física e intelectual de la mujer** frente al hombre, dada **su naturaleza más ‘débil’**. El discurso católico, en especial, subraya la **resignación y la sumisión** de la mujer como *normas de vida*, y, como *virtud*, la adecuación a la función social a la que se le supone destinada. También las mujeres de los hombres laicos reciben este adoctrinamiento, ya que, según sus esposos, este discurso es ‘bueno’ para aquéllas, pues ‘frena claramente sus pasiones’. La virginidad es considerada *mérito religioso* y el destino de la mujer se reduce a ser esposa y madre. Curiosamente, se produce un aumento considerable de la prostitución femenina, como importante valor para la conservación de las familias, al resultar un buen ‘paliativo’ para sofocar las frustraciones sexuales de los hombres. Se postula la reducción de la laboriosidad de la mujer a lo doméstico y crece la desconfianza respecto de la educación femenina. Incluso si ésta existe, no debe notarse. La doble moral se hace notar.

En este contexto, y tras casi un siglo repleto de tentativas políticas y legislativas, se promulga el Código civil español el 24 de julio de 1889. Son numerosas las disposiciones que plasman lo descrito en normas legales de carácter imperativo:

NACIONALIDAD

-Art. 22: *La mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido. La española que casare con extranjero, podrá, disuelto el matrimonio, recobrar la nacionalidad española, llenando los requisitos expresados en el artículo anterior.*

MATRIMONIO

-Art. 45: *Está prohibido el matrimonio: (...) 2º. A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.*

-Art. 57: *El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido.*

-Art. 58: *La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero.*

-Art. 59: *El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384.*

-Art. 60: *El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador. No necesita, sin embargo, de esta*

licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento Civil.

-Art. 61: Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley.

-Art. 62: Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido, sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso y disfrute de tales objetos.

-Art. 63: *Podrá la mujer sin licencia de su marido: 1º. Otorgar testamento. 2º. Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos.*

-Art. 64: La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras no contraiga nuevo matrimonio.

-Art. 65: *Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente.*

PATRIA POTESTAD

-Art. 154: El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados (...)

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

-Art. 1.315: *Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.*

-Art. 1.384: La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiera entregado al marido ante un Notario con intención de que los administre. En este caso, el marido está obligado a constituir hipoteca por el valor de los muebles que recibiere o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales.

-Art. 1.387: La mujer no puede, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, a menos que sea judicialmente habilitada al efecto.

Como puede observarse de la mera lectura de las disposiciones transcritas, en 1889, el hombre y la mujer se encuentran en órbitas jurídicas completamente desiguales. La mujer queda expuesta como un ser inferior frente al hombre, también en el ámbito privado o doméstico. El marido es el representante legal de la mujer, por lo que ésta queda equiparada a los menores de edad o a los incapaces. La esposa ha de obedecer al marido, seguirle allá donde éste establezca su residencia y adquiere, automáticamente, tras contraer matrimonio, la nacionalidad que él ostenta. Sin licencia marital, es decir, **sin permiso del marido**, no puede

obligarse ni disponer autónomamente de su propio patrimonio. En lo que a los hijos se refiere, la patria potestad la ostenta el padre y, *en su defecto*, pero, **solo en su defecto**, la madre. La línea del legislador español resulta más que clara.

Claridad que no obsta a algunas contradicciones en el seno de todas estas disposiciones, como la que puede observarse entre la letra de los artículos 1.315 [*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código*] y 57 [*El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido*] del Cc. El primero de los preceptos parece tener origen en la *ideología liberal* que da la autoridad sobre los ciudadanos al Estado, en vez de a la Iglesia Católica. Los contratos se llevan a cabo entre partes con capacidad jurídica para ser titulares de derechos y obligaciones y capacidad de obrar para ejercitarlos: entre seres libres e iguales, emulando el discurso revolucionario galo. En virtud de esta norma, la mujer también puede, por tanto, administrar los bienes conyugales en igualdad al hombre [de hecho, ha de anotarse que el régimen de gananciales es escogido como el supletorio por el legislador español, principalmente, para favorecer la situación del cónyuge económicamente más desfavorecido: en su mayoría, la mujer]. Sin embargo, el artículo 57 del mismo texto legal tiene su origen en la llamada *ideología doméstica*, e implica la obediencia de la esposa a su marido, justificada, se dice, por razón de su estado civil. De ahí que el artículo 59 Cc disponga, en su redacción originaria, que es el marido el administrador del patrimonio conyugal, en ‘defecto de pacto’ y salvo lo dispuesto en el artículo 1.384 Cc, con relación a los bienes parafernales o privativos de la esposa. Ambas líneas ideológicas confluyen, pues, en un mismo texto legal, llegando a proponer, al menos desde una perspectiva teleológica, escenarios bien distintos, incluso opuestos. Si tal oposición era planteada en un pleito, los Tribunales tenían que decidir en cada caso concreto, sin perjuicio de la fortísima presión social para que lo dispuesto ‘formalmente’ por las disposiciones civiles más ‘aperturistas’ e ‘igualitarias’ no obtuviesen respaldo alguno. Y es cierto, algunos lo subrayarán, que en el Estado español la mujer no ha perdido nunca la posibilidad ‘legal’ de ser titular del derecho de propiedad. No se le ha excluido, pues, del derecho a ser propietaria. Pero las limitaciones para ejercer tal titularidad han resultado, para la mujer, tan imponentes que no han sido más que formas indirectas de **vaciar de contenido el derecho** ‘formalmente’ reconocido, hasta dejarlo inerte.

La mujer, a su vez, padece, en la primera redacción del vigente Código civil, otras restricciones de notable relevancia: *no puede ser tutora* (art. 237), *no puede formar parte del consejo familiar* (art. 294), *ni puede ser testigo en los testamentos otorgados por otras personas* (art. 681), al igual que los menores de edad, los ciegos, los sordos, los mudos o los que no están en su sano juicio. En estas disposiciones puede verse claramente que la actuación de la mujer está restringida por razón de sexo, emulando al Derecho romano, donde aquélla no es más que ‘*una cosa sometida al poder del pater familias*’.

2.-Siglo XX: Segunda República, Guerra Civil, Franquismo y Transición. Periodo de contrastes y logros.

El siglo XX ha sido un periodo de intensos pero oscilantes cambios en la situación social, política y jurídica de la mujer. Si bien es cierto que las primeras ideologías feministas en pro de la igualdad de la mujer emergen en la primera mitad del siglo XIX, el número de

reivindicaciones crece, en el Estado español, a partir de 1920, constituyéndose en Madrid, en 1918, la primera *Asociación Nacional de Mujeres Españolas*, en la que se sitúan *Clara Campoamor* y *Victoria Kent* como dos de sus dirigentes más representativas.

Si bien es cierto que Miguel Primo de Rivera instaura, en 1927, durante su dictadura, la llamada Asamblea Nacional –para la que, por vez primera, quince mujeres obtienen su escaño-, es la **II República** (1931-1936) la que más avances acarrea en el reconocimiento de los derechos de la mujer y su incorporación a la vida política. Ciertamente, se dice que estos primeros logros no son fruto directo de los constantes esfuerzos de las primeras sufragistas españolas, aunque el movimiento feminista alcanza, por primera vez en el Estado español, una cierta resonancia y participación social. Tales logros parecen llegar, sobre todo, gracias a la creación y consolidación de los partidos políticos y a la ideología que muchos de éstos propugnan, lo que obliga a una serie de reformas de las leyes discriminatorias, a la igualdad en los derechos de ambos sexos, a la concesión del voto femenino y a la posibilidad, para la mujer, de acceder a cargos públicos; como lo hace Victoria Kent con la Dirección General de Prisiones, introduciendo eficaces innovaciones. No obstante, el sufragio femenino no es defendido por todo el mundo. La utilización política de este derecho fundamental no se hace esperar. La propia Victoria Kent, adscrita al Partido Radical-Socialista, o Margarita Nelken, socialista, y ambas diputadas de las Cortes Constituyentes, argumentan en contra del voto femenino que las *mujeres aún no están preparadas para asumir el sufragio*. Proponen que éste se aplace. Kent y Nelken defienden esta postura junto a otros miembros de los partidos de izquierda; temen que las mujeres, al disponer del derecho a voto, opten por alinearse con los partidos conservadores, desestabilizando así la República. Son miedos con fundamento, sin duda, porque en aquellos momentos la población femenina está muy influenciada por el conservadurismo eclesiástico, el tradicionalismo que la Iglesia Católica imparte a través de sus dogmas y ‘enseñanzas’. En contra de esta tesis se posiciona, sin embargo, Clara Campoamor, diputada de las Cortes por el partido Radical, afirmando *sentirse ciudadana antes que mujer*. Finalmente, en las elecciones de 1933, los nombres de algunas mujeres engrosan las listas electorales: Concha Peña por el Partido Radical-Socialista, Clara Campoamor por el Partido Radical, Margarita Nelken por el PSOE, M^a Rosa Urraca por los tradicionalistas y Pilar Coreaga por Renovación Española. La derecha obtiene el cuarenta por ciento de los votos, mientras que la izquierda únicamente se hace con el veinte por ciento de ellos. Pronto se alzan los discursos que **culpan del ‘fracaso’ electoral a los avances en materia de derechos de la mujer**. Vuelve a resurgir, pues, la idea de que la mujer es un sujeto pasivo, inferior, incompleto y destinado a perpetuar la especie humana, por lo que es concebida como un ser de menor inteligencia que el hombre.

La *Constitución de la República de 1931* trata de superar drásticamente estas concepciones, proclamando en el texto, entre otros principios enmarcados en el *Derecho de familia*, los siguientes: la igualdad de derechos para ambos sexos como fundamento del matrimonio; la disolución del mismo mediante divorcio (art. 43); iguales deberes de los padres frente a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (art. 25) y la reglamentación de la investigación de la paternidad. De estos principios, solo obtiene desarrollo legislativo el de la disolubilidad del matrimonio, admitiendo la Ley de 2 de marzo de 1932 el divorcio por mutuo disenso, o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación de justa causa en este último caso.

Además, como consecuencia de la proclamada separación entre la Iglesia y el Estado, la Ley de 28 de junio de 1932 recaba para éste la totalidad de la competencia en materia de legislación y jurisdicción matrimonial, estableciendo las nupcias civiles como única forma reconocida. Asimismo, en el ámbito concerniente al *Derecho de la persona*, el texto constitucional republicano consagra significativos avances en la situación jurídica de la mujer: ésta no adquiere la nacionalidad del marido por el solo hecho de contraer matrimonio (art. 23.4) y tampoco debe seguir a éste donde quiera que fije su residencia tras el casamiento (art. 31). En el marco de otros relevantes *derechos sociales*, ha de anotarse, a su vez, que el Estado queda obligado a regular el trabajo de las mujeres y a la protección de la maternidad (art. 46), sin perjuicio del derecho de admisión de todos los ciudadanos en empleos y cargos públicos (art. 40). Se suprimen todas las normas de ámbito laboral que discriminan a las mujeres casadas, se reconocen a las mujeres los mismos derechos electorales que el hombre (art. 36) y la libertad de elegir profesión y de ejercer el comercio (art. 33). Si bien es cierto que, en el periodo republicano, el papel fundamental de la mujer sigue siendo el del hogar, se constata que dispone de una mayor –aunque aún pequeña– independencia, tanto en lo relativo a su situación económica a como a su status personal.

A partir del 18 de julio de 1936, el *alzamiento militar y la guerra civil* se erigen en acontecimientos decisivos también para las mujeres, puesto que se producen fuertes separaciones y dramas familiares, creándose nuevos grupos domésticos extensos, gobernados y mantenidos, en su mayoría, por ellas. Intensas transformaciones afectan, directamente, a la vida de las mujeres: algunas acceden a trabajos hasta entonces reservados únicamente a los hombres (confección de prendas militares, de armas...), mientras que otras son voluntarias en guarderías, corredores colectivos, hogares para refugiados y hospitales, además de sostener, más que nunca, a los familiares que de ellas dependen. Las militantes de los partidos de izquierda propagan la causa republicana, ocupando, incluso, algunas de ellas cargos políticos. Ha de advertirse, no obstante, que la sublevación militar de 1936 acarrió una **fuerte represión de la conciencia feminista y de las capacidades de la mujer**. El Estado dictatorial basará sus principios ideológicos conservadores y reaccionarios en la dominación y subordinación mediante una autoridad y jerarquía, donde el hombre ocupa el centro de la organización social, y, bajo éste, oprimidos los demás sujetos, en concreto las mujeres. Eso sí, cuando el Estado comienza a necesitar el trabajo de éstas, no duda en incorporarlas al mercado laboral, amparándose en circunstancias de imperiosa y excepcional necesidad, y como mano de obra mucho más barata que la del hombre. Tal es así que en el Fuero del Trabajo de 1938 se expresa, en *calidad de principio*, el propósito del Estado de relegar a las mujeres a las tareas domésticas. La mujer, al casarse, tiene la obligación de abandonar su trabajo, prohibiéndosele desempeñar ciertos cargos como el de abogado del Estado, notario, juez, etc. Según el Régimen, había que ‘liberar’ a la mujer del taller y de la fábrica. Asimismo, tras la supresión de la coeducación, se desarrolla una política de segregación de sexos en la escuela.

Con la dictadura franquista desaparecen, en efecto, todos los logros del periodo republicano, también en lo tocante a los derechos de la mujer. Se promulgan numerosas leyes discriminatorias que pretenden derogar todos los derechos igualitarios concedidos por la república: se suprime la ley del matrimonio civil y la del divorcio, se restablece el Código

civil de 1889 y se plantea el refuerzo de la autoridad paterna y marital. Junto a la maternidad, se exalta la feminidad como sumisión y espíritu de sacrificio; desaparece la capacidad intelectual, creativa y crítica de la mujer, convertida en una sombra del hombre. La Iglesia Católica, obviamente, contribuye a la formación de este modelo de mujer esposa y madre. Pretende sanear la sociedad ‘corrompida’ por la experiencia republicana, encaminando su pastoral a la ‘recristianización’ del hogar. El matrimonio canónico es el único válido en la España franquista y confesional. En consecuencia, las uniones que no formalizan sacramentalmente el matrimonio civil quedan excluidas de los subsidios familiares.

En el ámbito privado o ‘doméstico’, sigue, pues, rigiendo, en la dictadura franquista, el **Código civil de 1889**. Recuérdese que el texto decimonónico se muestra terminante en lo referente a la situación jurídica de la mujer. Se le condena, sobre todo a la casada, a una perpetua ‘minoría de edad’ respecto del hombre. La mujer no puede, sin licencia de su marido, adquirir a título oneroso ni lucrativo, ni enajenar sus bienes ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley. Se designa al marido administrador único de los bienes *gananciales* del matrimonio, salvo estipulación en contrario. En lo referente a los *parafernales*, es decir, los bienes propios de la mujer, y a los *dotaes inestimados*, aunque puede ésta administrarlos por sí misma no puede tampoco, sin licencia del marido, enajenarlos, gravarlos ni hipotecarlos. No puede aceptar herencias ni pedir la partición de bienes en el seno de un proceso sucesorio.

La primera reforma del Código civil de 1889 con relación a la situación jurídica de la mujer se articula mediante la **Ley de 24 de abril de 1958**². En esta ocasión, el legislador español se ocupa más de los aspectos personales que de los patrimoniales, ya que dicha ley se promulga con el objetivo de adecuar la legislación española al Concordato firmado con la Santa Sede en el año 1953. Las modificaciones más destacables de esta reforma consisten en hacer que la mujer casada pueda ser testigo en los testamentos otorgados por otros y albacea testamentaria, así como ocupar cargos tutelares, con la autorización del marido. No se suprime la licencia marital para la mujer casada, por entender que aquélla refleja, al decir de la Exposición de Motivos de la norma de 1958, *la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido*. La reforma de 1958 se llevó a cabo, principalmente, gracias a los esfuerzos de Mercedes Formica, abogada madrileña y miembro de la dirección de la Falange. A raíz de un suceso ocurrido en Madrid en el que un hombre apuñala a su mujer después de años de malos tratos, sin contar ésta con la posibilidad de separarse de él sin perder su casa, sus hijos y sus bienes, Mercedes Formica escribe un artículo en el diario ABC, denominado “domicilio conyugal”, en el que reclama la reforma de una ley que considera injusta, arbitraria y discriminatoria. La vivienda familiar es considerada como la casa del marido, de ahí que cuando una mujer intenta separarse, ya sea considerada culpable o inocente, debe abandonar el hogar conyugal para ser ‘depositada’ en otro domicilio, normalmente el de los padres, en el de algún familiar o en un convento. Como el

² La exposición relativa al periodo que comienza con la reforma del Código civil de 1958 se toma, fundamentalmente, y aunque combinada con otras fuentes bibliográficas, de la conferencia “Evolución de la situación jurídica de la mujer en España”, pronunciada por Amparo Rubiales Torrejón, Vicepresidenta del Congreso de los Diputados, el 31 de octubre de 2003.

administrador de los bienes gananciales es el marido, ella queda privada de recursos económicos y, en muchas ocasiones, sin la custodia de sus hijos. Contra esta situación reacciona Mercedes Formica reclamando el hogar compartido, pero tarda cinco años en conseguir su objetivo. Su activa participación en la reforma de 1958 y el escaso contenido de la misma hace que la modificación legal se conozca como “la reformica”, aludiendo tanto al apellido de su inspiradora como al carácter limitado de los avances.

Asimismo, el artículo 57 Cc sigue disponiendo que *el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido*. Norma injusta que da por supuesta la inferioridad de la mujer, institucionaliza la autoridad marital y está en el origen de tantas desgracias sufridas por las mujeres, entre otras, la más cruel de todas: la *violencia de género*. En dicho precepto se establece una dictadura matrimonial y, por si fuera poco, se mantiene la facultad exclusiva del marido para fijar el lugar de residencia del matrimonio.

En materia de filiación, los hijos se dividen en diferentes categorías: *legítimos e ilegítimos*. Los primeros son los engendrados dentro del matrimonio y dentro de los segundos se encuentran, por un lado, los naturales, que son los engendrados por personas capaces para contraer matrimonio (únicos que pueden ser reconocidos por el padre) y los estrictamente ilegítimos (sacrílegos, adulterinos e incestuosos, engendrados por personas impedidas para contraer matrimonio y sin posibilidad de ser reconocidos por el padre). Las categorías se articulan, en realidad, para favorecer al padre, ya que los hijos legítimos e ilegítimos no generan las mismas obligaciones para éste, pudiendo llegar a desentenderse de todos los no reconocidos por él y ‘librarse’ de sus deberes como progenitor y único titular de la patria potestad, aunque formalmente se argumenta que se trata de una clasificación que protege a la ‘familia legítima’. La finalidad de fondo sigue siendo, pues, la de blindar la posición del hombre en el seno de la familia y de la sociedad en su conjunto, aunque el discurso público haya de vestirse con ropajes socialmente menos reprochables.

Por su parte, el artículo 321 Cc fija la mayoría de edad en los 23 años, pero las hijas no pueden abandonar el hogar familiar hasta los 25, salvo para casarse o ingresar en una orden religiosa. Se argumenta que la motivación de este precepto es la de promover el decoro público y personal de las hijas. Esta discriminación se mantiene en vigor hasta la Ley 31/72, de 22 de julio, norma que permite a la mujer mayor de edad abandonar el hogar familiar sin el consentimiento del padre. A su vez, se prohíbe a la viuda contraer nuevo matrimonio durante los trescientos días siguientes a la muerte de su marido o antes de alumbramiento si está encinta, para garantizar la seguridad de la herencia. En definitiva, la regla general reside en la incapacidad de la mujer casada.

Entre la reforma de 1958 y la de 1975 se dictan algunas leyes que avanzan, en el marco del Derecho público, en la eliminación de discriminaciones por razón de sexo³, pero es, sin duda,

³ La Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, presentada por Pilar Primo de Rivera en nombre de la Sección Femenina de la Falange y que trataba de superar la discriminación laboral por razón de sexo, con excepciones relativas a su ingreso en la Administración de Justicia, cuerpos armados y Marina Mercante, que consagró ya la igualdad de salarios, hizo desaparecer la excedencia forzosa en el trabajo por razón de matrimonio y aunque mantenía la autorización previa del marido, el permiso se presumía concedido en el caso de que la mujer ya trabajase antes de contraerlo. Las limitaciones para el acceso a la Administración de Justicia fueron eliminadas, asimismo, por la Ley 96/1966, de 28 de

la **Ley de 2 de mayo de 1975**, en lo que al Derecho privado se refiere, la que reforma el Código civil, reconociendo, como se ha dicho, *la mayoría de edad de la mujer casada*. En virtud de esta norma desaparece, por fin, la licencia marital: la mujer no la necesitará, en adelante, para poder adquirir bienes y derechos a título oneroso o lucrativo, ni para enajenarlos ni para obligarse. Podrá disponer de sus bienes privativos, y, respecto de los dotales, se cambia la ‘autorización’ por el ‘consentimiento’ del marido (¡todo un alarde!). Sin embargo, los bienes adquiridos constante matrimonio bajo el régimen de gananciales seguirán siendo administrados por el marido. La reforma de 1975 modifica determinados artículos del Código civil y, también, del Código de comercio, suprimiéndose la licencia marital para el ejercicio de actividades mercantiles o comerciales. Se reconoce, al fin, que el matrimonio no tiene carácter restrictivo respecto de la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, por lo que el marido deja de ser el representante legal de la mujer, aunque se mantienen algunas limitaciones discriminatorias hacia ésta [p. ej: se establece que el domicilio conyugal ha de fijarse de común acuerdo por ambos cónyuges, pero, en el caso de que tal consenso no se produzca, la decisión le sigue correspondiendo al consorte que ejerce la patria potestad, que es, casi siempre, el marido]. La mujer conserva la nacionalidad en caso de matrimonio, esto es, que no adquiere, automáticamente, la del marido, y ambos pueden otorgar capitulaciones matrimoniales incluso después de celebrado el enlace. En el aspecto patrimonial se mantiene la administración de los bienes de la sociedad conyugal a manos del marido, salvo estipulación en contrario, aunque se amplían los supuestos en los que puede ser realizada por la mujer, pero siempre en caso de incapacidad del esposo. Cada uno de los consortes pasa, en virtud de la reforma, a ostentar la administración de sus bienes privativos, aunque todavía la igualdad entre ambos sexos está por conquistar.

Así se llega, en 1978, a la promulgación de la vigente **Constitución española**, aunque ninguna mujer participa directamente en la ponencia constitucional, a diferencia de lo que ocurrió en la de 1931. La máxima norma española supone una clara inflexión en el reconocimiento de los derechos y libertades de todos los ciudadanos, sin distinción de sexos. El propio artículo 14 CE es el eje de garantía jurídica de la igualdad, ya que en él se reconoce *la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo o religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Un derecho concreto y protegido, directamente, en su condición de fundamental, por el Tribunal Constitucional español. El texto de 1978 supone un cambio radical en materia de igualdad de los sexos. Ahora bien, el significado y alcance de la garantía constitucional de la igualdad ha necesitado, y aún sigue necesitando, de una labor de precisión e interpretación que no siempre resulta pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Además del citado artículo 14, otros preceptos constitucionales como los artículos 9, 23.2, 27.1, 32, 35 y 39.2 proclaman la igualdad entre sexos en diferentes ámbitos, los artículos 32 y 39 en ámbito matrimonial y familiar.

Después de aprobada la Constitución española, se produce una intensa actividad legislativa para desarrollar el principio de igualdad. En el espectro que aquí interesa, el Derecho privado,

diciembre. En 1970 se aprobó, por su parte, la Ley General de Educación, que proclamó la igualdad de ambos sexos en el sistema escolar e impuso la escolarización obligatoria de todos los niños españoles hasta los 14 años, medida que posibilitó el acceso universal de las niñas a la educación.

resulta imprescindible la mención de la **Ley 11/1981, de 13 de mayo**, que modifica el Código civil en *materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, siguiendo las pautas constitucionales marcadas por los artículos 14, 32 y 39 CE. Esta norma significa, al fin, el reconocimiento de la igualdad de la mujer casada, tanto en la administración y disposición de los bienes gananciales, que pasan a ser comunes para el marido y la mujer, como en el ejercicio de la patria potestad de los hijos, compartida por ambos. Se introduce una nueva regulación de la filiación, estableciendo, en consonancia con las pautas de Naciones Unidas, las mismas consecuencias para los hijos habidos o no dentro del matrimonio. Se regula, asimismo, en el artículo 55 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, en el artículo 198 del Reglamento del Registro Civil y en el artículo 109 Cc, la posibilidad de que el hijo, al llegar a la mayoría de edad, fijada por el texto constitucional de 1978 en los 18 años, pueda cambiar de orden sus apellidos⁴.

También en 1981, gobernando UCD⁵, se promulga la **Ley 30/81, de 7 de julio**, para *modificar la regulación del matrimonio en el Código civil y determinar el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. La reimplantación del divorcio en el Estado español se presenta como una consecuencia obligada del principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 32 del texto de 1978. Al mismo tiempo, el sistema de acuerdos del Estado con la Santa Sede impone una reforma del sistema matrimonial y el del juego del matrimonio religioso y el civil. El tratamiento de las crisis matrimoniales, cuyo número va incrementando, es, desde luego, hasta 1981, insuficiente. Esta es una reforma muy importante, tanto para hombres como para mujeres. Los sectores más conservadores de la sociedad se oponen rotundamente al cambio, argumentando que la admisión del divorcio acabará con la familia. Nada de eso ocurre, más bien lo contrario: la Ley viene a resolver un problema importante de la sociedad española de la época, modernizando la legislación estatal y acercándola a la de otros países europeos⁶. En virtud de esta Ley de 7 de julio de 1981 se da

⁴ En realidad, la redacción originaria del artículo 55 de la LRC parte de un supuesto de hecho muy concreto: la determinación sólo de la filiación materna no matrimonial. En este caso, lógicamente, el hijo lleva los dos apellidos de la madre y en el mismo orden en los que ésta los tiene inscritos. La posibilidad ofrecida al hijo mayor de edad de alterar el orden de los apellidos se contempla respecto de los dos apellidos de la madre, única progenitora inscrita y no casada, muy probablemente, para ‘tapar’ socialmente la ausencia de filiación paterna. Es, a partir de la **Ley 40/99, de 5 de noviembre**, cuando la posibilidad de invertir el orden de los apellidos se concede a ambos progenitores antes de la inscripción registral, y si no se ejercita la opción, el primer apellido será el paterno. El hijo mayor de edad sigue ostentando el derecho a modificar dicho orden si así lo solicita ante el encargado del Registro Civil.

⁵ Si el Gobierno de UCD fue el que llevo a cabo la reforma sobre el divorcio, al primer Gobierno socialista le toca realizar una reforma aún más complicada socialmente: la **despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo**. En efecto, en 1983, cuando solo llevan cinco meses gobernando, el Gobierno socialista presenta un Proyecto de Ley de reforma del Código penal por el que se despenaliza el aborto en tres supuestos: peligro para la vida o salud física o psíquica de la madre, en caso de que el embarazo sea consecuencia de una violación o que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas. La tensión social se hace notar. La reforma provoca el rechazo de la derecha y la insatisfacción de muchas mujeres. Pero también la aceptación de un amplísimo sector de la sociedad. La Ley no entra en vigor hasta el 5 de junio de 1985, porque el grupo parlamentario de Alianza Popular, tras perder una enmienda a la totalidad, presenta el entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad, que aunque al final no prospera, paraliza durante dos años la entrada en vigor de la ley.

⁶ Otras reformas: El Código penal mantenía un título dedicado a regular los denominados delitos contra la honestidad: violación, abusos deshonestos, etc., que pasaron a denominarse a partir de la Ley Orgánica 3/1989

carpetazo, al menos formalmente, a las discriminaciones que, en materia de Derecho civil, viene padeciendo la mujer a lo largo de los siglos. Soy consciente, sin embargo, de que las *discriminaciones legales* más candentes que en pleno siglo XXI sigue padeciendo la mujer son objeto de otras ramas del Derecho, como el penal o el laboral, además del administrativo con introducción de medidas concretas.

No obstante, aún quedan resquicios discriminatorios hacia la mujer en el marco del Código civil, tal y como refleja, en coordinación con la legislación relativa la Registro Civil, la letra del artículo 109: *La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre, de común acuerdo, podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de los apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.* Si no se ejercita, por los progenitores, la opción de alterar el orden de los apellidos cuando ambas filiaciones están determinadas, en virtud del artículo 194 Reglamento del Registro Civil, el *primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera.* En defecto de acuerdo, por tanto, vuelta al modelo patriarcal.

Para el ámbito privado, objeto principal de la presente ponencia, la última modificación del Código civil que pudiera afectar, directamente, a la esfera de la mujer –por ser la que, sin duda, estadísticamente, más se ocupa de las tareas domésticas y del cuidado de los familiares a su cargo-, se ha llevado a cabo en virtud de la **Ley 15/2005, de modificación del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.** Esta Ley añade un segundo inciso al artículo 68 Cc. Junto a los tradicionales deberes conyugales de convivencia, fidelidad y mutuo socorro, se impone hoy el deber de *compartir las responsabilidades domésticas y de cuidado de la familia*, si bien el incumplimiento de dichos deberes ya no es causa de separación matrimonial (al no haber necesidad de alegar causa alguna para iniciar un procedimiento de separación o divorcio), sino sólo de desheredación, *ex* artículo 855 Cc. En cualquier caso, la enumeración que el Código civil efectúa en torno a los derechos y deberes conyugales ha de situarse, hoy por hoy, en un plano más ético que jurídico, dada su nula coercibilidad. De hecho, no sobra subrayar que dicha medida ha sido

de 21 de junio, delitos contra la libertad sexual de las personas, por entender, lógicamente, que el bien jurídico protegido era la libertad sexual y no la honestidad. Esta modificación incluyó en el delito de violación, además del coito vaginal, el rectal y el bucal y, asimismo, los sujetos pasivos podían ser tanto hombres como mujeres.

También en el año 1989, la Ley 17/89, de 19 de julio, reguló el régimen del personal militar, haciendo efectiva la incorporación de la mujer a las fuerzas armadas, regulación que ha sido mejorada y ampliada por la Ley 17/99, de 18 de mayo, de régimen de personal de las Fuerzas Armadas.

Además de reformar la legislación, había que establecer instituciones públicas dedicadas a llevar a la práctica estas políticas; para ello, en el año 1977, se instaura, a nivel estatal, el Ministerio de Cultura y en él, la Subdirección General de la Condición de la Mujer, hasta el triunfo electoral del Partido socialista; éste crea el Instituto de la Mujer por Ley 16/83, de 24 de octubre, con rango ya de Dirección General, como órgano encargado de velar legalmente por la igualdad entre hombres y mujeres; después se han generalizado por las diversas Comunidades Autónomas, teniendo también la mayoría de los Municipios instituciones de esta o parecida naturaleza.

calificada, por algunos civilistas españoles, de “difícil de integrar en el sistema legal, pues utiliza frases muy generales, susceptibles de todas las interpretaciones posibles”⁷. La verdad es que, al margen de cuál sea la fórmula idónea para insertar esta imperante necesidad en los textos legales vigentes, los escenarios sociales, tanto los productivos como los reproductivos, no deberían tener adscripción de género⁸. Es sabido que, como propuesta de conciliación de la vida laboral y familiar, ronda, desde hace tiempo, la interesante idea de que el trabajo doméstico y el cuidado a los familiares dependientes sea remunerado, con su correspondiente cotización, como lo es la de la ‘corresponsabilidad’ de mujeres y hombres en la realización de todas esas tareas. Camino lento pero seguro. Para ello, obviamente, una educación libre de roles sexistas resulta imprescindible.

Con todo, me resulta muy sugerente, como broche final y con la mirada puesta ya en el marco del Derecho europeo, la nueva iniciativa presentada al Ministro francés de Asuntos Exteriores Bernard Kouchner por Gisèle Halimi, Presidenta de la asociación francesa “Choisir”. “Choisir la cause des femmes” (Elegir la causa de las mujeres) es una asociación de Ley 1901 de estatuto consultivo de la ONU. Creada en 1971, con motivo del proceso de Bobigny, por Simone de Beauvoir y Gisèle Halimi, su actual presidenta, defiende los derechos de las mujeres. La asociación Choisir decidió crear un blog para favorecer el debate alrededor del proyecto europeo que defiende: **La Cláusula de la Europea más favorecida**. Se trata de hacer aplicable al conjunto de la Unión las leyes europeas que existen en algunos Estados miembros y que se consideran las más favorables a la emancipación de las mujeres. Para Choisir, Europa es el medio más adecuado para hacer progresar la causa de las mujeres y para instaurar entre ellas una verdadera solidaridad. Esta defensa de los derechos de las mujeres a nivel europeo beneficiará al conjunto de la sociedad europea⁹. De ahí que el ‘techo normativo’ que países como el Estado español podrían haber alcanzado con las vigentes normas de Derecho privado pudiera ser ‘removido’ o ‘implementado’ con la perspectiva de la situación jurídica de las mujeres en países socialmente más avanzados. Un dato muy a tener en cuenta.

Como lo es también, a modo de ejemplo, y al abrigo de la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, esta otra línea de actuación. En noviembre de 2007 se puso en marcha **Gizonduz**, una iniciativa pionera auspiciada por Emakunde (Instituto Vasco de la Mujer) y dirigida a promover una mayor implicación de los hombres a favor de la igualdad de mujeres y hombres. En el marco de dicha iniciativa, en un acto público celebrado en Ajuria Enea el 23 de abril de 2008, el Lehendakari junto con otros 27 hombres de diferentes ámbitos de la sociedad vasca suscribieron la **Carta de los hombres vascos por la igualdad y contra la violencia hacia las mujeres**, dando inicio a un proceso con el que se pretende lograr que, al menos, 10.000 hombres vascos se adhieran a la misma.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 93.

⁸ “Las Consecuencias del Cuidado. Las Estrategias de Conciliación en la vida cotidiana de las Mujeres y los Hombres de la C.A.P.V”, *Informe de Emakunde*, 2007.

⁹ VIOLAINE LUCAS Y BARBARA VILAIN.: “Lo mejor de Europa para las mujeres”, *Le Monde Diplomatique*, edición española, número 152, junio 2008.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

-DÍEZ PICAZO, L.:

-*Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

-*Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 93.

-< <http://centros5.pntic.es/ies.parque.de.lisboa> >

-INFORME DE EMAKUNDE: “Las Consecuencias del Cuidado. Las Estrategias de Conciliación en la vida cotidiana de las Mujeres y los Hombres de la C.A.P.V”, 2007.

-MERCADÉ, A.: *El despertar del feminismo en España*, 1976.

-MORENO, A.: *Mujeres en lucha. El movimiento feminista en España*, 1979.

-RUBIALES TORREJÓN, A.: “Evolución de la situación jurídica de la mujer en España”, *Conferencia pronunciada en su calidad de Vicepresidenta del Congreso de los Diputados*, el 31 de octubre de 2003.

-SARMIENTO, C.: *La mujer, una revolución en marcha*, 1976.

-SEISDEDOS MUIÑO, A.: *La patria potestad dual*, UPV-EHU, Bilbao, 1988.

-VIOLAINE LUCAS Y BARBARA VILAIN.: “Lo mejor de Europa para las mujeres”, *Le Monde Diplomatique*, edición española, número 152, junio 2008.

LAS DONACIONES OTORGADAS CON OCASIÓN DEL MATRIMONIO DE LA MUJER*

ANA SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES

Profesora Asociada Doctora de
Derecho Civil de la Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. DERECHO ROMANO. 1. La donación nupcial. Precedentes orientales .2. La situación patrimonial de los cónyuges en los derechos republicano y clásico de roma. La sponsalicia largitatis. 3. Función y régimen jurídico de las donaciones por razón de matrimonio en el bajo imperio. La legislación de los sucesivos emperadores cristianos. 3.1. *Introducción. Concepto y finalidad de la donación nupcial en la legislación imperial.* 3.2. *Legislación de Constantino.* 3.3 *Legislación de Valentiniano, Valente y Graciano.* 3.4. *Legislación de Teodosio I.* 3.5. *Legislación de Teodosio II.* 3.6. *Legislación de Justiniano.* **II. DERECHO GERMANICO.** 1. Precedentes de la dote en el primitivo derecho germánico. 2. Régimen de la dote visigoda en el derecho recopilado. **III. DERECHO HISTORICO ESPAÑOL.** 1. Derecho altomedieval. 1.1. *La herencia visigoda en las relaciones patrimoniales entre cónyuges.* 1.2. *Régimen jurídico de las arras en el derecho posgótico castellano-leonés.* 2. Derecho de la recepción y las recopilaciones. **IV. CODIGO CIVIL.** 1. Reformas del código civil en este ámbito. Ley 11/1981, de 13 de mayo. 2. Concepto de donación por razón de matrimonio. 3. Diferencias con el régimen anterior a la reforma. 4. Ineficacia. 4.1. *Ineficacia automática.* 4.2. *Ineficacia provocada.* 5. Contenido y límites. 5.1. *Donación matrimonial de bienes presentes.* 5.2. *Donación matrimonial de bienes futuros.* 6. Elementos personales. Capacidad. 7. Forma de la donación. 8. Titularidad conjunta. 9. Conclusión.

I. DERECHO ROMANO

1. LA DONACION NUPCIAL. PRECEDENTES ORIENTALES

La institución de las donaciones por razón de matrimonio tiene hondas raíces históricas, dándose en todas las sociedades y en todos los tiempos. Así, desde el derecho romano hasta el derecho de la recepción existe una gran variedad de liberalidades que pueden encuadrarse como donaciones nupciales (donaciones *propter nuptias*, arras, donaciones esponsalicias...).

El origen más remoto de la donación por razón de matrimonio se encuentra en Oriente y fue introducida vía consuetudinaria mucho antes de que el derecho romano se hubiera ocupado de la institución.

El testimonio más antiguo de esos usos o costumbres nupciales lo encontramos en el Código babilónico de Hammurabi donde se hace referencia a liberalidades matrimoniales tales como el *nudundu*, cuya finalidad era precisamente la misma que la de la *donatio ante nuptias* romana, es decir, asegurar medios de vida suficientes a la viuda o divorciada sin su culpa, así como a los hijos.

Más tarde, en el pueblo hebreo, también se observa la práctica de ciertos usos como la compra de la mujer mediante el *mohar*¹ o precio que, con el transcurso del tiempo, fueron

* Vid. FERNANDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA, Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil, Comares, Granada, 2006. El *excursus* que se desarrolla en el texto no es sino un extracto de esta obra, en la que el lector puede abundar en detalles y consultar más precisas referencias bibliográficas.

dejando paso a una auténtica obligación por parte del marido (fijada en documento escrito o *khetubah* paralela a la del padre de la mujer de entregar la dote) de dar a aquélla una suma pactada para el caso de viudedad o de divorcio sin su culpa ².

2. LA SITUACION PATRIMONIAL DE LOS CONYUGES EN LOS DERECHOS REPUBLICANO Y CLASICO DE ROMA. LA SPONSALICIA LARGITATIS.

El derecho romano, por lo que a las donaciones por razón de matrimonio se refiere, cuenta con dos precedentes, uno para cada una de las partes (oriental y occidental) del Imperio.

En los pueblos orientales del Imperio estaba muy arraigada la costumbre de realizar donaciones a la novia en correspondencia a la dote, que cumplían la función de asegurar a la mujer un patrimonio para el caso de que el matrimonio se disolviera, y cuya relevancia jurídica y económica era considerable.

En Roma, por el contrario, y a pesar de que era un uso muy frecuente que el novio hiciera donaciones a la novia con ocasión de los esponsales (*sponsalia*), éstas eran meras muestras de afecto que no revestían importancia tanto desde el punto de vista patrimonial o económico (dada su escasa cuantía) como desde el punto de vista jurídico, pues carecían de régimen propio, aplicándose a todas ellas el derecho común de las donaciones *inter vivos*.

En tal estado de cosas puede afirmarse que al derecho romano antiguo y clásico de Roma le fue prácticamente desconocida la institución de la donación por razón de matrimonio propiamente dicha, practicándose únicamente la referida costumbre de los obsequios o *munera* entre prometidos con ocasión de los esponsales (*sponsalicia largitas*).

3. FUNCION Y REGIMEN JURIDICO DE LAS DONACIONES POR RAZON DE MATRIMONIO EN EL BAJO IMPERIO. LA LEGISLACION DE LOS SUCESIVOS EMPERADORES CRISTIANOS

3.1. INTRODUCCION. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA DONACION NUPCIAL EN LA LEGISLACION IMPERIAL

Sin embargo, esta situación cambia notablemente durante el Bajo Imperio. En efecto, al comenzar la época postclásica, la costumbre de las donaciones, sobre todo en la parte oriental, suponía que fuese cada vez mayor la parte del patrimonio del esposo que pasaba a manos de la mujer. Ante esta situación, los emperadores cristianos debieron reaccionar, e incluyeron en su legislación dicha costumbre, otorgándole un régimen jurídico propio que regulase detalladamente la institución.

La costumbre de las donaciones, sobre todo en la parte oriental, iba adquiriendo cada vez más relevancia del mismo modo que era cada vez mayor la parte del patrimonio del esposo que pasaba a manos de la mujer. Con la finalidad de dar respuesta a esta situación, los

¹ Sobre el papel que desempeñaban las instituciones de la compra de la novia y del *mohar* entre los pueblos de Oriente Medio, vid. GOODY, J., *L'Évolution de la famille et du mariage en Europe* (trad. de BLINOFF, M.), París, 1985, p. 246.

² Vid. VISMARA, G., *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, en *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, pp. 314 a 336.

emperadores cristianos establecieron una regulación jurídica especial para las mismas, diferenciándolas así definitivamente de las donaciones ordinarias.

La donación nupcial en la legislación imperial aparece como una aportación del marido que tiene la finalidad de constituir un patrimonio familiar que puede servir en su día a la viuda y que debe reservarse a los hijos. Ello se hace especialmente patente, como más adelante se aludirá, en la legislación de Valentiniano I, Valente y Graciano.

La normativa imperial a pesar de su extensión, pues abarca las disposiciones de sucesivos emperadores desde Constantino hasta Justiniano, más que dar una regulación completa de esta institución la presupone, y se ocupa sólo de delimitar aquellos aspectos o cuestiones que podrían dar lugar a controversias a la disolución del matrimonio, como es el caso del divorcio o del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Como característica común a toda esa normativa imperial, seguramente como consecuencia de la influencia ejercida por el cristianismo, es el claro disfavor mostrado hacia las segundas nupcias y el divorcio sancionándose al cónyuge bínubo o culpable del divorcio con la pérdida de la dote y la donación nupcial en favor del inocente.

De entre todas las disposiciones imperiales, merecen una especial consideración las de los emperadores Constantino y Justiniano. Como consecuencia de la legislación de ambos emperadores, se producen las dos transformaciones más relevantes sufridas por la institución en cuanto condicionantes de su evolución jurídica posterior: la elevación, a condición legal de validez, de la celebración del matrimonio; y la transformación de la *donatio ante nuptias* en *donatio propter nuptias*.

3.2. LEGISLACION DE CONSTANTINO

El emperador Constantino, en una Constitución del año 319, dispuso que las donaciones nupciales quedaran sometidas a la condición de que el matrimonio se realizara. Por tanto, la celebración del matrimonio fue elevada a condición legal de validez, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior donde las donaciones eran válidas aun en caso de no tener lugar el matrimonio.

Dicha medida es de una gran importancia pues supuso, tal y como se acaba de indicar, que el matrimonio se contemplase como una auténtica *conditio iuris* en cuanto a la validez de las donaciones, lo que conllevó un cambio respecto al régimen anterior, que hacía válidas las donaciones aún en caso de no seguirse el matrimonio ³.

Ahora bien, si el matrimonio no llegaba a celebrarse porque el esposo rompía deliberadamente el compromiso, perdía todo lo que había donado ya a la esposa y debía entregarle también los restantes bienes que le había destinado pero que no le había entregado aún (lo donado y no entregado).

En caso de que también hubiese arras (figura introducida a través de la Iglesia para reforzar los esponsales como supervivencia del *mohar* o precio entregado por la novia reconocido en

³ Vid. BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I., *Diritto di Famiglia*, Milano, 1963, pp. 387 a 389.

el derecho semítico), perdía las propias y debía restituir las recibidas en un múltiplo de su valor (el cuádruplo, cuantía que con Justiniano se reduce al duplo).

Asimismo, la esposa debía restituir todo lo que había recibido, incluidas las arras cuadruplicadas, si la ruptura era imputable a ella o a sus padres ⁴.

En el supuesto de muerte de uno de los esposos, si el que fallecía era el donante, el que sobrevivía debía devolver todo lo que le había sido donado a los padres del donante o a los hijos de su primer matrimonio. En ausencia de estos sucesores, el donatario o donataria adquirirían definitivamente los bienes donados.

En el año 336, en virtud de otra Constitución de Constantino, tuvo lugar una importante modificación conocida como la «ley del ósculo»⁵, célebre disposición que dejaría una importante huella en nuestro derecho donde, tal y como se verá, se encuentran continuas referencias a ella, comenzando por el Fuero Juzgo. Según dicha ley, en el supuesto de muerte del esposo con anterioridad a la celebración del matrimonio, si había mediado ósculo, la mitad de los bienes se reservaban para la esposa, restando sólo la mitad a los herederos del premuerto, con lo que su adquisición se veía reducida ostensiblemente respecto al régimen anterior ⁶.

A la vista de lo señalado, en la legislación del primer emperador cristiano se observa una primera regulación de las donaciones nupciales que presenta una clara tendencia a la protección de la mujer viuda y de sus hijos, así como al favorecimiento de las uniones matrimoniales al castigar al esposo culpable de que el matrimonio no se celebre, con la pérdida de aquéllas ⁷.

3.3 LEGISLACION DE VALENTINIANO, VALENTE Y GRACIANO

Por lo que a la legislación de los emperadores Valentiniano I, Valente y Graciano se refiere, cabe destacar su Constitución del año 368, pues en ella termina de consolidarse la finalidad de la donación nupcial como forma de proporcionar suficientes medios de subsistencia a la mujer en caso de viudedad.

⁴ Sobre este instituto de las arras esponsalicias, vid., en general, IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6ª ed., 1972, p. 562; y KASER, M., *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1982, p. 259. Asimismo, y más en particular, puede consultarse VOLTERRA, E., *Voz Arrha sponsalicia*, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. I, vol. II, Torino, 1968, pp. 1003 y ss., y la bibliografía allí referida.

⁵ El “ósculo” o “beso del ritual” era acostumbrado después de los esponsales que ordinariamente precedían al matrimonio. Con la celebración de aquéllos coincidían los regalos, de ahí la denominación de *sponsalitia largitates* y lo dispuesto por Constantino al respecto (vid. ISÁBAL, M., *Voz Donación esponsalicia*, *Enciclopedia Jurídica Española*, T. XII, Barcelona, 1910, pp. 600 y 601).

⁶ En opinión de ANNÉ, L. (*Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain, 1941, pp. 300 y ss.), a la que se suma GARCÍA GARRIDO, M. J. (*El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, T. I, *La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p. 151), esta Constitución no se refiere a la mitad de todos los bienes donados hasta el momento del fallecimiento del esposo, sino que se limita a los bienes que le fueron entregados a la esposa el mismo día de los esponsales con ocasión del beso del ritual.

⁷ Esta política, tal y como advierte NUÑEZ PAZ, Mª. I., en su estudio *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, pp. 150 a 152, es coherente con la tendencia hacia la restricción de divorcios, consecuencia de la nueva filosofía cristiana.

En la misma se establecía, para el caso de premoriencia de la mujer, que la totalidad de las cosas donadas debían volver al donante, sin corresponder a los herederos de aquella derecho alguno a la donación. Al desaparecer la mujer, y en consecuencia su necesidad de ser protegida, dejaba de tener sentido la donación nupcial ⁸.

Queda así evidenciado que es precisamente esa especial finalidad de proteger a la mujer en caso de viudedad, la que apartaba a esta figura del régimen ordinario de la donación ⁹.

La legislación de Constantino, aunque importante, no había sido más que un primer paso en la definición del régimen jurídico de las donaciones nupciales. La vida cotidiana iba poniendo de relieve nuevas necesidades y había que dar respuesta a éstas a medida que se presentaban, tal y como sucedió con la problemática surgida a raíz de que el viudo o viuda contrajesen nuevas nupcias.

3.4. LEGISLACION DE TEODOSIO I

En la Constitución *Feminae* del año 382 (CI. 5, 9, 3), Teodosio I impuso a la mujer que contraía segundas nupcias la obligación de reservar a los hijos del primer matrimonio todo lo que había percibido del marido (ya fuese a través de donaciones nupciales, de donaciones *mortis causa*, de testamento, o por cualquier acto de liberalidad), concediéndole sólo el derecho de usufructo ¹⁰.

La mujer podía dar preferencia entre sus hijos al que quisiese, pero en el caso de que el hijo preferido muriese, los bienes pasaban a sus hermanos y no a la madre. Solamente en el supuesto de que no existiesen hijos del primer matrimonio, o de que muriesen antes que la madre, ésta tenía la plena propiedad de los bienes procedentes del marido ¹¹.

Sin embargo, al marido viudo que contraía nuevas nupcias se le aconsejaba, pero no se le imponía, el referido régimen ¹². De esta disposición resultaba, en consecuencia, una situación legal de injusta disparidad y discriminación entre marido y mujer a la que más tarde puso fin Teodosio II.

Conforme a lo referido no cabe duda de que la tendencia proteccionista hacia la mujer viuda se trunca cuando ésta se volvía a casar. El fundamento de esta quiebra es más que

⁸ Vid. NUÑEZ PAZ, M^a I., *Estudio histórico en torno a la suerte de los bienes donados por razón de matrimonio al finalizar la sociedad conyugal*, RDN, 1988, p. 218.

⁹ Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, T. I, *La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p. 152.

¹⁰ Así lo establecía el citado pasaje del *Codex Iustinianus*: «*Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis, aut testamenti iure directo, aut fideicommissi vel legati titulo, vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis, ut dictum est, priorum maritorum fuerint assecutae, id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios...Nec quidquam eadem feminae ex iisdem facultatibus alienandi*».

Un resumen de la regulación contenida en dicha Constitución sobre esta reserva binupcial o clásica, puede encontrarse en el interesante estudio realizado al respecto por ROCA SASTRE, R. M^a, *Elogio del criterio electivo de la ley "Feminae" y otras cosas acerca de la Reserva Binupcial*, en *Estudios sobre Sucesiones*, T. II, Madrid, 1981, pp. 349 y ss.

¹¹ Vid. GARCÍA GARRIDO, M^a J., *op. cit. y loc. ult. cit.*

¹² Vid. NUÑEZ PAZ, M^a I., *Estudio...cit.*, p. 219.

probable que residiera en la cada vez mayor incidencia de las opiniones de los padres de la Iglesia, siempre desfavorables a las segundas nupcias¹³, aunque tampoco pueden descartarse motivaciones de otro tipo como el interés que se observa ya en la legislación patrimonial del Bajo Imperio por mantener la unidad del patrimonio familiar¹⁴.

3.5. LEGISLACION DE TEODOSIO II

Las normas legales de Teodosio II constituyen un cúmulo de disposiciones complejo y abundante que en parte mantienen el sentido de la legislación dictada por sus predecesores y en parte la completan intentando colmar las lagunas que aquélla contenía.

De entre sus disposiciones, ha de destacarse, por su carácter innovador respecto a la legislación anterior, la contenida en la Constitución *Feminae* del año 382 en cuanto suprime la disparidad de tratamiento entre viudo y viuda que contrajesen nuevas nupcias. De otra parte se mantiene la línea de protección a los hijos del primer matrimonio, reservando para ellos las donaciones, así como la facultad de los padres, ya reconocida por Teodosio I respecto a la mujer, de dar preferencia a uno de ellos¹⁵.

En caso de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, la legislación de este emperador dispuso que si el matrimonio se disolvía por muerte de la mujer, la donación volviese a manos del marido, y si era por muerte del marido, conservase la viuda la propiedad sobre la donación nupcial siempre y cuando no contrajese nuevo matrimonio. Esta condición era consecuencia, al igual que ocurría con la Constitución precedente, del claro disfavor del que gozaban las segundas nupcias¹⁶.

Para el supuesto de que el matrimonio se disolviese por divorcio o repudio, se conjugaban de nuevo las ideas de culpabilidad de los cónyuges con las de protección a los hijos, perdiendo el cónyuge culpable, en favor del inocente y de los hijos, la dote y la donación nupcial¹⁷.

3.6. LEGISLACION DE JUSTINIANO

Justiniano, por su parte, fue el artífice del definitivo establecimiento de una verdadera regulación especial de este tipo de donación, así como de la transformación de la *donatio ante nuptias* en *donatio propter nuptias*, al exceptuar a las mismas de la prohibición de las donaciones entre cónyuges a la que se encontraban sometidas las donaciones ordinarias, y al hacer posible su constitución con posterioridad al matrimonio.

¹³ Diversos autores se ocupan de estudiar la legislación imperial romana desde esta vertiente relativa al tratamiento que se otorga a las segundas nupcias. Entre ellos, cabe reseñar a TROP LONG, R. T., *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, 3ª ed., París, 1868, pp. 183 a 191; y HUMBERT, M., *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milán, 1972, pp. 417 a 457.

¹⁴ Vid. NUÑEZ PAZ, Mª. I., *op. cit. y loc. ult. cit.*

¹⁵ Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio...cit.*, pp. 153 a 155; y NUÑEZ PAZ, Mª I., *Estudio histórico...cit.*, pp. 220 y 221.

¹⁶ Vid. HUMBERT, M., *Le remariage à Rome...cit.*, pp. 435 a 441.

¹⁷ Así lo pone de relieve NUÑEZ PAZ, Mª. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988, pp. 152 a 154.

Del mismo modo, Justiniano estableció un perfecto paralelismo y correspondencia entre *dote* y *donatio propter nuptias*, que culmina con la equiparación cuantitativa de ambas aportaciones llevada a cabo a través de su Novela 97.

Ello se explica desde el momento en que su reforma de las donaciones nupciales vino a completar la ya efectuada sobre el régimen de la dote y del patrimonio conyugal, de tal modo que ambas discurrieron paralelas¹⁸; paralelismo que tuvo un claro reflejo en las distintas disposiciones que conformaron el contenido de su reforma¹⁹.

Así, y en primer lugar, la donación nupcial, al igual que la dote, había de constituirse obligatoriamente, debiéndola prometer el marido a la mujer como aportación en compensación de la dote («*donatio propter dotem et propter nuptias*»). Por ello se afirmaba su carácter de contradote.

En segundo lugar, a través de su Novela 97, donación nupcial y dote se equipararon cuantitativamente, igualándose sus respectivas cuantías²⁰. Se abandona de este modo el criterio proporcional de la igualdad en los pactos, para acoger el de la igualdad aritmética entre dote y donación nupcial introducido por Valentiniano III y Mayorano, y abolido por Livio Severo. De la misma manera ambas debían colacionarse, siguiendo en este punto la línea marcada por León I.

Las donaciones nupciales, al igual que la dote, presuponían la existencia de un matrimonio civilmente válido pues se constituían bajo la condición de que el matrimonio se celebrase; es decir, la celebración del matrimonio era para ambas requisito de validez.

Asimismo, las sanciones establecidas para los supuestos de divorcio y de segundas nupcias eran aplicables tanto a la dote como a la donación por razón de matrimonio; esto es, concernían a ambas en cuanto a su pérdida.

Por otro lado, destinada la donación nupcial, al igual que la dote, a asegurar una reserva en favor de la mujer, se le aplicaba a aquélla el mismo régimen de la dote. Ello explica que el régimen de garantías que aseguraba la pretensión de la mujer a la dote se extendiera también a la donación matrimonial, pues del mismo modo que ocurría con aquélla la *donatio* se hallaba administrada generalmente por el marido; especialmente, en lo referente a la prohibición de enajenar inmuebles y también a la hipoteca general sobre sus bienes, aunque sin privilegio alguno de rango.

¹⁸ Vid. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 6ª ed., pp. 396 a 398.

¹⁹ Acerca de estas disposiciones puestas de relieve por la casi totalidad de la doctrina romanista, puede verse BIONDI, B., *Il Diritto Romano cristiano*, T. III, *La famiglia-Rapporti patrimoniali-Diritto Pubblico*, Milano, 1954, pp. 354 a 356; TIMBAL, P. C., *Droit Romain et ancien Droit Français, Regimes matrimoniaux, Successions-Liberalités*, París, 1960, pp. 17 a 20; ARANGIO RUIZ, V., *Istituzione di diritto romano*, 14ª ed. revisada, Napoli, 1968., pp. 560 y 561; BONFANTE, P., *Corso...cit.*, vol. I, pp. 533 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El patrimonio...cit.*, pp. 160 a 162; y NUÑEZ PAZ, Mª. I., *Estudio Histórico...cit.*, pp. 222 a 224.

²⁰ Cfr. Nov. 97, 2: «*Primum quidem illud sancimus, ne aliqua fiat circumscriptio, sive augere voluerit dotem aut propter nuptias donationem, non licere alii quidem facere, alii autem in prioribus manere, sed utrumque celebrare omnino augmentum, et non in electione, sicuti prius, sed in necessitate causam consistere*». Por consiguiente, donación y dote debían ser de igual montante, de manera que cada cónyuge, en su caso, había de aumentar la una o la otra en la medida en que lo hacía el otro.

En último lugar, y por lo que al aspecto formal se refiere, también se observaba la influencia unificadora entre dote y *donatio propter nuptias* en el hecho de que Justiniano, al igual que dispuso respecto a la constitución de dote, exceptuaba a la *donatio* del requisito de la *insinuatio*²¹.

Una vez expuestas las principales manifestaciones de ese perfecto paralelismo entre dote y donación²², se hace preciso examinar el concreto régimen aplicable, en tiempo de Justiniano, a la donación nupcial. A este respecto podían distinguirse tres supuestos en función de si el matrimonio no llegaba a celebrarse, estaba constante, o si, por el contrario, se disolvía.

En caso de no celebración del matrimonio, si éste no había tenido lugar por culpa de la novia, se justificaba la reclamación de la *donatio* otorgándose al prometido y a sus herederos una *condictio* para hacer valer su derecho a la donación. Si era por muerte de cualquiera de los novios, la *donatio* podía asimismo ser reclamada, si bien sólo podía hacerse por razón de la mitad cuando los esponsales habían sido concluidos *ósculo interviniente*²³.

En cuanto al régimen aplicable constante matrimonio, se consideraba al marido como propietario de los bienes objeto de la donación aunque sobre este derecho de propiedad se establecían ciertas limitaciones, ya referidas, como la prohibición de enajenar los inmuebles o la hipoteca general constituida sobre sus bienes con la finalidad de asegurar que se hiciese efectivo el derecho de la mujer a la donación nupcial.

Por último, en caso de disolución del matrimonio por divorcio²⁴ sobrevenido por culpa del marido, éste perdía la dote y la donación nupcial en favor de la mujer inocente.

En caso de que la disolución se produjese por muerte del marido, la mujer recibía la donación según la medida de lo pactado, o en la totalidad si no medió pacto²⁵. La viuda, mientras no contrajese segundas nupcias, era usufructuaria de todos los bienes objeto de la donación, correspondiéndole también una cuota de propiedad en concurrencia con sus hijos. Por el contrario, si tenía hijos y contraía nuevo matrimonio, la *donatio* se dividía entre éstos por partes iguales de manera que ella quedaba excluida de toda participación.

²¹ Esta formalidad consistía, conforme a lo señalado por PETIT, E., [*Tratado elemental de Derecho Romano* (trad. de la 9ª ed. francesa y aumentado con notas originales por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.), Madrid, 1926, pp. 434 y 435], en la transcripción en registros públicos de aquellos escritos que comprobaban una donación superior a doscientos sueldos. De no verificarse dicho requisito, la donación era considerada nula en lo que excedía de dicha tasa.

La *insinuatio* era exigida por un doble motivo. En primer lugar, para proteger al donante y a su familia de donaciones exageradas, y, en segundo lugar, en interés de los terceros, pues la publicidad constituía un medio para ponerles en guardia contra las liberalidades clandestinas.

²² En este sentido es muy significativa una frase de Justiniano que contiene la esencia de todas esas disposiciones relativas al cada vez mayor acercamiento entre dote y donación nupcial, y que dice así: «... *et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*» (CI. 5, 3, 20).

²³ En este punto Justiniano confirma lo dispuesto por Constantino en cuanto a la revocación de donaciones.

²⁴ Para un estudio en profundidad del sistema de justas causas de divorcio llevado a cabo por Justiniano, me remito a la detallada exposición que al respecto realiza NUÑEZ PAZ, Mª. I., *Consentimiento matrimonial...cit.*, pp. 154 a 156.

²⁵ Se mantuvo así, tal y como advierte BONFANTE, P. (*Corso...cit.*, vol. I, pp. 529 y 530), el principio de protección a la viuda, que recibía su donación incluso faltando el *pactum de lucranda donatione*.

Con todas estas disposiciones, tomadas en gran parte de las Constituciones precedentes y en parte innovadas, sobre todo respecto al perfecto paralelismo entre dote y donación, Justiniano estableció un nuevo régimen jurídico patrimonial entre cónyuges que evidencia la progresiva tendencia, al final del derecho romano, hacia un régimen económico-matrimonial de comunidad limitada de bienes.

Efectivamente, las innovaciones justinianeas supusieron que el patrimonio de los cónyuges se considerase como un patrimonio familiar, superándose con ello los principios clásicos de rigurosa separación de bienes; pues si bien de una parte se mantuvo la distinción formal entre las distintas masas patrimoniales (*dos*, *parapherna* y *donatio propter nuptias*), y se conservaron las reglas para el caso de una eventual restitución, reforzándolas incluso, de otra parte se tiende a considerar el patrimonio de los cónyuges durante el matrimonio como un patrimonio común destinado a la familia bajo la suprema gestión del marido, con lo que quedan establecidas las bases de la comunidad de bienes entre los cónyuges.

II. DERECHO GERMANICO

1. PRECEDENTES DE LA DOTE EN EL PRIMITIVO DERECHO GERMANICO

El patrimonio de la mujer casada en el primitivo derecho germánico estaba constituido por tres clases de bienes. En primer lugar, por su ajuar personal o *Gerade*; en segundo, por el *Wittum* o *pretium nuptiale*; y, en tercer y último lugar por la *morgengabe* o donación de la mañana, a menudo calificada de *pretium virginitatis*, que consistía en regalos de pequeña consideración que era costumbre que el marido hiciera a la mujer al día siguiente del matrimonio.

Como consecuencia del *Munt* o potestad del marido sobre la mujer, tanto el *Wittum* como el *pretium nuptiale* quedaban durante el matrimonio bajo la *Gewere* del marido, mientras que con relación a la *Gerade*, a la mujer sólo le correspondían su administración y aprovechamiento.

En caso de disolución del matrimonio sin hijos, todos los bienes que conformaban el patrimonio de la mujer revertían de nuevo a la familia de donde procedían: el ajuar a la *Sippe* de la mujer, y el *Wittum* y la *Morgengabe* a la del marido.

En consecuencia, antes que las expectativas patrimoniales de la mujer viuda, primaban las de las respectivas familias cuyos bienes conformaban el patrimonio de la mujer mientras estaba casada. Por este motivo surgió la dote marital, para poner fin a esa total desprotección en que se encontraba la viuda y asegurarle de esa manera suficientes medios para atender a su subsistencia.

El origen de la dote marital es fruto de la evolución sufrida por el *Wittum* o *pretium nuptiale* que en un principio era entregado a quien tenía la potestad sobre la novia para, con

posterioridad y siguiendo el ejemplo de la *donatio ante nuptias* romana, ser entregado a la novia misma, convirtiéndose así en donación o dádiva (*dos*) del marido a la mujer.²⁶

La innovación más importante que presentan las leyes visigodas en materia de donaciones matrimoniales es, sin lugar a dudas, la dote marital. Sin ella, tanto el matrimonio como los hijos en él habidos eran considerados como ilegítimos.

Prueba del carácter fundamental e innovador que poseía la dote visigoda es que la atención del derecho visigodo en lo relativo al destino de los bienes aportados al matrimonio con motivo de su celebración, se centra de forma exclusiva en los que el marido entrega y la mujer recibe; es decir, en la “dote” en sentido germánico, de forma que nos encontramos ante una casi total ausencia de regulación de la dote en sentido romano y, como tal, aportada por la mujer.

2. REGIMEN DE LA DOTE VISIGODA EN EL DERECHO RECOPILO

Que la constitución de la dote era requisito necesario para la validez del matrimonio en el derecho recopilado es algo sobre lo que no cabe ninguna duda, pues así se disponía expresamente en *Liber Iudiciorum*, 3, 1, 1: «*nullum sine dote fiat coniugium*»; es decir, sin dote no había matrimonio, sino simple concubinato²⁷.

Ciertamente, la dote era, según la tradición germánica, requisito esencial para los matrimonios “nobles”, calificación que se aplicaba a las uniones bendecidas por la Iglesia²⁸, para diferenciarlas de las puramente civiles²⁹.

²⁶ De la referida práctica ya se hicieron eco los primeros historiadores. A estos efectos, basta con acudir al nº 18 de las *moribus germanorum* de TÁCITO, C., *Agrícola-Germania-Diálogo sobre los oradores* (trad. de REQUEJO, J. M.), Cambridge, 1970, pp. 125 y 126, donde, al exponerse las diferencias entre las formas germánica y romana de matrimonio, se evidencia que «la mujer no aporta la dote al marido, sino el marido a aquélla» («*dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*»). A este pasaje obra de Tácito se refieren, entre otros, CÁRDENAS, F., *Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias desde el origen de la legislación española hasta nuestros días*, en *Estudios Jurídicos*, T. II, Madrid, 1884, p. 10; y GOODY, J., *L'Évolution de la famille et du mariage en Europe*, París, 1985, p. 248.

Debe hacerse notar aquí que también entre los cántabros y pueblos septentrionales de España era antiguamente costumbre que el marido dotase a la mujer y no la mujer al marido. De ellos nos ofrece testimonio ESTRABÓN en sus investigaciones históricas dedicadas a Iberia [STRABO, *The Geography* (translation by JONES, H. L.), vol. II, London, 1988, *Geography*, 3, 4, 18, p. 115].

²⁷ Vid. OURLIAC, P. y MALAFOSSE, J. de, *Histoire du droit privé*, T. III, *Le droit familial*, París, 1968, p. 242.

²⁸ Opina CÁRDENAS, F., *Ensayo histórico...cit.*, pp. 15 y 16, que no es tan fácil asegurar con certeza lo que entonces se entendía por matrimonio noble, pues esta calificación podía referirse no sólo a la naturaleza y forma del enlace (civil o religioso), sino también a las personas que contraían el mismo. En este caso, la prohibición de contraer matrimonio sin dote, hubiera afectado únicamente a los nobles; es decir, a los godos conquistadores y, por consiguiente, la mayoría del pueblo, que no pertenecía a esta clase, hubiera estado dispensada de aquella obligación.

²⁹ Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., *El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico*, AHDE, nº 29, 1959, p. 422; MEREJA, P., *O dote visigótico*, en *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948, p. 29; e HINOJOSA NAVEROS, E. de, *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil*, Obras, T. II, Madrid, 1955, pp. 356 y 357, quien sostiene (al igual que hace respecto a la exigencia de igualdad entre dote y *donatio propter nuptias* del derecho romano justiniano) la influencia del cristianismo en la exigencia de la dote para la validez del matrimonio.

Asimismo, tanto BRISSAUD, J. (*Manuel d'Histoire du Droit Privé*, 2ª ed., París, 1935, p. 718), como MEREJA, P. (*O dote visigótico...cit.*, p. 30), coinciden en señalar la influencia de la Iglesia en la extensión de esta doctrina que, en opinión de GOODY, J. (*L'Évolution de la famille...cit.*, p. 253), ya se encontraba presente en el concilio de Arlés del 524.

La cuantía de la dote quedó fijada en el año 645 a través de la ley 3,1,5 del Liber Iudiciorum, que dispuso que aquella no debería ir más allá de la décima parte de los bienes del marido.

En lo relativo a los derechos de disposición de la mujer sobre la dote en el derecho recopilado, en un primer momento, el derecho de la mujer en relación con la dote, a diferencia de lo que ocurría en el primitivo derecho germánico donde el *Wittum* se encontraba bajo la *gewere* del marido, era un derecho de propiedad pleno o ilimitado. La mujer podía disponer de la dote entregada por su marido con entera libertad, incluso constante matrimonio, y estaba facultada asimismo, a atribuirle en su testamento a quien quisiera.

Cuando por muerte del esposo o por otra causa, no llegaba a verificarse el matrimonio, de conformidad a lo establecido por Constantino, la dote entraba en el pleno dominio de la esposa si los esponsales se habían celebrado *ósculo interviniente*³⁰.

A la disolución del matrimonio por muerte del marido, la mujer conservaba la dote como un especial patrimonio a ella destinado y disponía de la aportación dotal libremente. Originariamente podía disponer de ella por testamento, pero a partir de Chindasvinto (LV 4,5,2) debía reservar las tres cuartas partes a los hijos. Únicamente en caso de que la mujer muriese sin hacer testamento y no dejase hijos, la dote se devolvía al marido o a sus herederos.

Así es como ese derecho de propiedad vino a quedar limitado en favor de los hijos, siguiendo así los principios inspiradores de la legislación romana del Bajo Imperio sobre la obligación de reserva de la aportación del marido a los hijos.

En caso de divorcio, si la mujer se separaba del marido o daba lugar al divorcio por adulterio, debía restituir la dote al marido, y si era el marido el que la repudiaba injustamente, debía restituir a la mujer la donación (*donatio dotis*) y todos los bienes de ella recibidos.

De ello se deduce la clara influencia ejercida por los principios romanos del Bajo Imperio, en cuanto preveían idénticas sanciones en caso de repudio y divorcio injustificado: la pérdida de la *dote* y de la *donatio* impuesta al cónyuge culpable en beneficio del cónyuge inocente.

III. DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

1. DERECHO ALTOMEDIEVAL

1.1. LA HERENCIA VISIGODA EN LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONYUGES

Nuestro derecho medieval de familia, por lo que a las relaciones patrimoniales entre cónyuges se refiere, siguió la tradición visigótica de la *dote ex marito*, si bien la misma no sólo fue conocida con la designación, propia de la época visigoda, de dote (dos), sino que se añadió una nueva denominación para referirse a ella: la de arras.

³⁰ Vid. HINOJOSA NAVEROS, E., *Sobre la condición de la mujer casada...cit.*, p. 357.

Ciertamente, tanto en los reinos de León y Castilla, como en Cataluña, Aragón y Navarra, se siguió la ley gótica (en virtud de la cual era siempre el marido u otro en su nombre quien constituía la dote a la mujer) hasta la publicación de las Partidas, y aun hasta el s. XV en aquellos pueblos donde conservó su autoridad el Fuero Juzgo y se desconocía el uso adoptado en los gobiernos modernos de Europa de que la mujer dotase al varón³¹.

Los fueros municipales también autorizaron las leyes góticas, pero en ellos se sustituyó el nombre de dote por el ya referido de “arras”³², y se varió en la cuota y naturaleza de la dote, que muchos fueros redujeron a una suma pecuniaria y otros dejaron al arbitrio de las partes contratantes o intervinientes en la celebración de las bodas.

³¹ Vid. MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla, Obras escogidas de Martínez Marina*, T I; Madrid, 1966, pp. 154 y 155. En términos similares, vid. CÁRDENAS, F., *Ensayo histórico...cit.*, p. 23.

³² La razón alegada por MARTÍNEZ MARINA, F. (*op. cit. y loc. ult. cit.*) como explicación de esta sustitución terminológica residía en que la dote era como arra y prenda segura del futuro matrimonio, y porque a continuación del otorgamiento de las “tablas dotales” el esposo entregaba a la esposa el anillo o arra con que se indicaba la próxima unión matrimonial.

En este sentido se manifiesta MEREÁ, P., *Sobre a palabra arras*, en *Estudos de Direito Hispánico Medieval*, T. I, Coimbra, 1952, pp. 139 a 145, para quien la aproximación entre ambos conceptos ya se venía produciendo desde la época visigótica, pero apenas quedaron documentos en los cuales se encontrara la palabra *arrahae* en el sentido de *dote ex marito*. Esta opinión la fundamenta en el hecho de que en el Código Visigodo (*Liber 3, 1, 3: «De non revocandis datis arris»*) se mantuvo el uso romano del anillo de arras, haciendo depender de su entrega la irrevocabilidad de los esponsales.

Asimismo, prosigue dicho autor, es perfectamente admisible que, en ocasiones, la dote visigoda (al igual que sucedía con la *donatio ante nuptias* en las célebres leyes de Constantino) llevase a cabo una función de “arra penitencial”. Ello lo demuestra el hecho de que una ley de Recesvinto (ley 3, 3, 3) hubiera adaptado al *pretium puellae* la pena romana del cuádruplo, disponiendo que se castigase con una pena de tal proporción al padre que después de haber prometido a su hija a un individuo determinado, consintiese en el matrimonio de ella con el raptor, precepto que, en su opinión, se encontraba manifiestamente inspirado en el derecho romano, pero siendo aquí la dote, y no la *donatio ante nuptias*, la que funcionaba como arra (vid. MEREÁ, P., *Sobre a palabra arras...cit.*, p. 142, n. 80).

También GACTO FERNÁNDEZ, E., *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1975, p. 69, coincide en señalar esa función arral que venía a cumplir la dote visigoda.

Según ZEUMER, K., *op. cit.*, pp. 220 y 221, el nombre de arras y quizás también su uso en el contrato esponsalicio, o la consideración del anillo como arras, fueron tomados con seguridad de los romanos por los godos.

No obstante, como ya se apuntó, en un principio las arras visigóticas, a diferencia de las romanas, sólo obligaban al vendedor. Es a partir de la ley de Chindasvinto cuando esta situación cambia y se obliga a ambas partes al cumplimiento de lo prometido. En consecuencia, con posterioridad a la entrega del anillo de arras que acompañaba frecuentemente a la promesa de dote, ninguna parte podía dejar de cumplir independientemente la promesa dada de celebrar matrimonio.

En cualquier caso, concluye MEREÁ, *Sobre a palabra arras*, en *Estudos de de Direito Hispánico Medieval*, T. I, Coimbra, 1952, pp. 141 y 143, para aceptar con facilidad una aproximación cada vez mayor de los dos conceptos, además de lo ya señalado, bastaría con tener presente que ya en el siglo IV se producía la confusión entre *dos*, en el sentido de *donatio ante nuptias*, y *arra*, hasta el punto de que San Agustín confundía las dos cosas cuando figuraba jurídicamente las nupcias místicas de Cristo con la Iglesia.

Siguiendo el estudio de MEREÁ al respecto, OTERO, A. (*«Liber iudiciorum 3, 1, 5» En tema de dote y de donatio propter nuptias*, AHDE, núm. 29, 1959, p. 549, n. 5) se ocupa de esa confusión entre *donatio* y *arraha* realizada por San Agustín, para considerar este suceso como prueba de su teoría de que la dote visigoda es la *donatio* del derecho postclásico: «[...] una prueba más de que la *dote* visigoda es la *donatio* del derecho postclásico, y de que se mantiene en su línea evolutiva, nos la proporciona el Fuero Juzgo al traducir sistemáticamente *dos* por *arras*. El Fuero Juzgo no sólo confirma el carácter de donación nupcial de la dote visigoda, sino que revela la misma confusión entre *donatio* y *arraha* realizada por San Agustín, que probablemente sería general.

La confusión fue posible en sede de esponsales desde el momento en que la *donatio* adquirió una función arral, tendente a lograr una obligatoriedad indirecta de los esponsales. Así se hizo posible llamar arra a la *donatio*, y como a ésta se la denominaba vulgarmente dote, se pasó a llamar *arras* a la dote».

Tanto lo relativo a la persistencia de la ley gótica como las variaciones introducidas a su regulación por los distintos fueros, son cuestiones que tendremos ocasión de examinar seguidamente al abordar el estudio del concreto régimen jurídico de las arras en el derecho postgótico castellano-leonés.

1.2. REGIMEN JURIDICO DE LAS ARRAS EN EL DERECHO POTGOTICO CASTELLANO-LEONES

Su destino en los primeros siglos de la Reconquista nos fue dado a conocer en gran medida por las cartas dotaes o cartas de arras, a través de las cuales los cónyuges establecían el régimen económico que regiría entre ellos durante el matrimonio.

Del mismo modo que acontecía en la legislación visigoda, el derecho castellano-leonés de la Edad Media se ocupó casi exclusivamente de los bienes aportados al matrimonio por el marido, la dote visigótica, llamada ahora en los textos romanceados “arras”, mientras que silenció lo relativo a la aportación de la mujer, de la que sólo se tienen noticias por alusiones indirectas, como la contenida en el Fuero de Madrid.

La tasación cuantitativa de la dote, tal y como resulta del examen de los documentos de cartas de arras de las regiones galaico-portuguesas, se mantuvo, en la mayoría de los casos, en la décima parte de la fortuna marital.

Por lo que concierne a los derechos de disposición de la mujer sobre las arras, del análisis de las fórmulas contenidas en tales documentos se infiere que las arras eran propiedad de la mujer. Sin embargo, y siguiendo también en este punto la tradición visigótica, se imponía a aquélla la obligación de conservar la dote en salvaguardia del derecho de los hijos, con lo que su derecho quedaba reducido a un usufructo vitalicio sobre los bienes dotaes, lo que efectivamente era, al igual que ocurría con la dote visigoda, la función esencial de las arras.

Los fueros locales y municipales, principalmente los correspondientes a la familia del fuero de Cuenca y los del territorio leonés, conservaron la costumbre goda de entregar arras el futuro esposo a su futura esposa, aunque se modificó notablemente en ellos la tasa de la liberalidad, pues mientras que unos la abolieron por completo dejando libertad al marido para determinarla, otros establecieron una cantidad fija de diez o veinte maravedises en función de si la mujer era doncella o viuda.

El derecho territorial castellano contenido en el Fuero Real acogió, en su normativa, los criterios del Fuero Juzgo acerca de las arras y restableció la práctica del diezmo, con lo que se puso fin a la discriminación de las viudas en materia de arras.

De igual modo, la doctrina visigoda sobre la disposición de las arras por la mujer apareció recogida íntegramente en el Fuero Real. En consecuencia, se permite a la mujer disponer libremente de las arras siempre y cuando no tuviese hijos, ya que si los tenía, debía reservar para ellos, conforme a lo establecido en la ley de Chindasvinto, las tres cuartas partes, pudiendo disponer con entera libertad del cuarto restante.

2. DERECHO DE LA RECEPCION Y LAS RECOPIACIONES

Al mismo tiempo que las Leyes de Partida introducían, a mediados del siglo XIII, la importante novedad de la dote en sentido romano, transigían con las costumbres del país

admitiendo las arras en la forma en que entonces existían, ya que ambas instituciones se conciliaban perfectamente y contribuían de común al bienestar de la familia. De este modo, nuestros legisladores trasladaron completamente la dote de Roma, sin alteración alguna y admitieron su compatibilidad con las arras.

Hasta las leyes de Toro no hubo orden y claridad en el complejo entramado de conceptos fruto de la legislación de las Partidas, cuando de su regulación resultó que las donaciones *propter nuptias* eran lo que los prácticos llamaban la “dote de los varones”; es decir, aquella cantidad que los padres entregaban a los hijos al contraer matrimonio para que constituyera su aportación al mismo.

Consiguientemente, aunque en las Leyes de Toro se conservara la denominación de donación *propter nuptias*, con esta expresión ya no se significó la institución regulada por el derecho romano de Justiniano y el castellano del rey sabio, sino otra muy distinta como es esa donación de los padres a los hijos para ayudarles a sostener las cargas del matrimonio conforme a varias de las leyes de Toro (ley 53) que pasaron luego a serlo de la Novísima Recopilación (ley 4ª, título III, libro X de la Novísima Recopilación).

La constitución de la misma era voluntaria y no estaba sometida a otros límites que los derivados del sistema de legítimas que permitía dar al hijo en concepto de dote no sólo la legítima estricta, sino la mejora de tercio y quinto (ley 29 de Toro y ley 5, título III, libro X de la Novísima Recopilación).

En lo relativo a las arras, la ley 50 de Toro restableció la antigua prohibición de dar en arras más de la décima parte de los bienes del marido, terminando así con la falta de fijación de tasa alguna para las arras, situación que se encontraba vigente desde la legislación de las Partidas.

Los derechos de disposición de la mujer sobre las arras fueron regulados por la ley 51 de Toro, que introdujo una gran novedad sobre esta materia en cuanto privó al marido del derecho a heredar las arras cuando la mujer moría sin hijos y sin haber dispuesto de ellas, declarando que, en este caso, pasarían a los herederos legítimos de la mujer.

Las donaciones esponsalicias constituidas normalmente por joyas y vestidos, hechas antes de celebrarse el matrimonio por el esposo a la esposa y alguna vez al contrario, terminan de configurar el cuadro de donaciones matrimoniales que nos presenta el derecho histórico español, en esta etapa posterior a la recepción del derecho romano.

Esta liberalidad se encontraba limitada cuando era del esposo a la esposa, en cuyo caso no podía exceder de la octava parte de la dote aportada por la mujer (leyes 6ª, 7ª y 8ª, título III, libro X de la Novísima Recopilación). Sin embargo, a las donaciones hechas por la esposa no se les imponía tasa alguna, de modo que podía realizarlas ilimitadamente.

En lo relativo al destino de las referidas donaciones, la célebre ley constantiniana del ósculo también aparece inserta, con alguna variante, en la ley 52 de Toro y en la ley 3ª, título III, libro X de la Novísima Recopilación.

Lo cierto es que es en la Novísima donde dicha ley, tenedora de una gran raigambre y tradición en nuestro derecho histórico, termina de completar su evolución: desde los textos

romanizados al Fuero Juzgo (3, 1, 5) y a los códigos de recepción romano-canónica (Fuero Real 3, 2, 5 y Partidas 4, 11, 3) para finalmente insertarse en las leyes de Toro (Ley 52) y en la Novísima Recopilación (ley 3ª, título III, libro X).

En estas dos últimas disposiciones se regulan el destino de las donaciones esponsalicias una vez disuelto el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges. Aparecen así como una novedad respecto a los textos anteriores (Partidas 4, 11, 3) que regulaban exclusivamente el destino de las donaciones esponsalicias cuando la unión aún no se había celebrado.³³

A estos efectos, se distingue si a la disolución del matrimonio simplemente había mediado beso o si, por el contrario, el matrimonio ya se había consumado.

En el primer caso la esposa ganaba la mitad de lo donado: «*Qualquiera esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane (si el esposo la hobiere besado) la mitad de todo lo que el esposo la hobiere dado antes de consumado el matrimonio, ora sea precioso o no; y si no la hubiere besado, no gane nada de lo que la hubiere dado, y tornese a los herederos del esposo [...]*».

En el segundo caso se dispone que si a la mujer se le hubiesen prometido arras además de la donación esponsalicia, solamente tienen derecho, ella o sus herederos, a escoger una de las dos cosas en un plazo de veinte días contados desde que fuesen requeridos por los herederos del marido: «*[...] si cualquier de ellos muriere despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que, seyendo desposados, la hobo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio; pero si arras hobiere, que sea en escogimiento de la muger, o de sus herederos, ella muerta, tomar las arras, o dexarlas y tomar todo lo que el marido la hobo dado, siendo con ella desposado; lo qual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y si no escogieren dentro de dicho término, que los dichos herederos escojan*».

IV. CODIGO CIVIL

1. REFORMAS DEL CODIGO CIVIL EN ESTE AMBITO. LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO.

La promulgación del Código Civil supuso, en esta materia, una importante labor de unificación y simplificación.

Bajo la denominación genérica de «*donaciones por razón de matrimonio*», rúbrica que encabeza el capítulo II, título III del libro IV, queda englobado el abigarrado sistema de donaciones matrimoniales de nuestro derecho histórico constituido por las figuras de las arras, donaciones esponsalicias y donaciones *propter nuptias*.

³³ En relación a esta disposición, vid. ÁLVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las leyes de Toro*, Madrid, 1796, pp. 309 a 311; ISÁBAL, M., *Voz Donación esponsalicia*, *Enciclopedia Jurídica Española*, T. XII, Barcelona, 1910, p. 600; RIAZA, R. y GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1934, pp. 703 y 704; CÁRDENAS, F., *Ensayo histórico...cit.*, p. 61; DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, 1852, pp. 428 y ss.; y ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, *Voz Donación esponsalicia*, T. I, 2ª ed., Madrid, 1838, pp. 832 y 833.

En virtud de la reforma introducida por la ley 11/1981, de 13 de mayo, el nuevo Título III del Libro IV pasa a titularse «*Del régimen económico matrimonial*» (antes de esta reforma se denominaba «*Del contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio*») y regula ahora la materia en el Capítulo III (antes era en el Capítulo II del mismo título y libro) conservando el mismo rótulo aunque cambia la numeración de los artículos (los anteriores 1327 a 1335 ahora corresponden a los artículos 1336 a 1343), con reducción de uno.

Si bien la ley de 2 de mayo de 1975 supuso un evidente avance en la situación de la mujer casada en cuanto conllevó la supresión de la licencia marital, todavía quedaban ciertas desviaciones respecto al principio de igualdad jurídica sancionado en la Constitución española y mencionado expresamente en el artículo 66 del Código Civil.

Por ello no es de extrañar, según se indicaba en el proyecto de ley remitido por el gobierno, que la idea de igualdad sea la clave de la reforma³⁴.

Conforme a la misma, los cónyuges se equiparan en derechos y deberes y, por tanto, se igualan sus facultades de administración, disposición y endeudamiento de los bienes gananciales.

Asimismo, desaparecen las prerrogativas del marido y se suprime la regulación específica de la dote de la mujer y de sus bienes propios o parafernales³⁵.

2. CONCEPTO DE DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO

A modo de definición, es el propio Código el que se encarga de dar el concepto legal de las donaciones *ante nuptias* o *propter nuptias*, al preceptuar en su artículo 1336 que son donaciones por razón de matrimonio «*las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos*».

Conforme al mismo, puede decirse que son donaciones por razón de matrimonio todos aquellos actos de liberalidad por los que una persona, antes de la celebración del matrimonio y en consideración a éste dispone gratuitamente de una cosa en favor de uno o de los dos futuros cónyuges, que la aceptan.

3. DIFERENCIAS CON EL REGIMEN ANTERIOR A LA REFORMA

De una parte, se mantienen sustancialmente los preceptos definitorios del concepto y régimen jurídico, coincidiendo esencialmente los actuales artículos 1336 y 1337 con los antiguos 1327 y 1328.

De otra, las diferencias más notables respecto al régimen anterior pueden resumirse de la siguiente manera: desaparece la peculiaridad de que en estas donaciones no se precisaba la

³⁴ Así se subraya expresamente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 (BOCG, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, Núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979, en *Código Civil (Reformas 1978-1983)*, *Trabajos Parlamentarios*, T. I, Madrid, 1985, p. 170).

³⁵ Acerca de los principios inspiradores de esta ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, vid., más ampliamente MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., «*El nuevo derecho de familia*», T. I (*Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*), 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 109 y ss.; y DE LOS MOZOS, J. L., *La reforma del derecho de familia, en España, hoy*, vol. I, Valladolid, 1981, pp. 13 y ss.

aceptación que mantenía el derogado artículo 1330; el antiguo artículo 1398 se sustituye por el 1339 en cuanto que lo donado conjuntamente a los esposos pertenece *pro indiviso* a ambos, salvo que el donante disponga otra cosa; y la responsabilidad de éste por evicción o por vicios ocultos sólo tendrá lugar en caso de mala fe (art. 1340).

Como modificación significativa y en consonancia con la libertad contractual proclamada en el artículo 1323, desaparece el artículo 1331 sobre la limitación decimal de las donaciones entre desposados, así como la norma prohibitiva del art. 1334. Ahora, por razón de matrimonio, se establece a través del artículo 1341 que los futuros esposos podrán donarse bienes presentes e igualmente podrán donarse, antes del matrimonio, en capitulaciones, bienes futuros, con los límites ya existentes de la sucesión testada, sin que aparezca limitación alguna en cuanto a las donaciones entre cónyuges constante matrimonio.

Ciertamente, nuestro Código Civil originario seguía en este punto la tradición romana contraria a las donaciones entre cónyuges, tradición seguida por nuestras leyes de Partida (ley 4, título 11, Partida 4³⁶).

Asimismo, al margen de la alusión a los motivos romanos y de Partidas que justificaban la prohibición, puede hablarse de una absoluta dependencia personal y patrimonial de la mujer respecto al marido antes de las reformas del derecho de familia. Era esta supremacía del marido lo que constituía el principal impedimento a la posibilidad de relaciones contractuales entre ellos.

4. INEFICACIA

4.1. INEFICACIA AUTOMÁTICA

En cuanto a la ineficacia de estas donaciones (art. 1342), se establece que quedarán sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año desde que se hizo la donación, elemento temporal añadido al anterior artículo 1333.2, que configuraba este supuesto como causa de revocación.

Como verdadero avance de la reforma en esta materia, el artículo 1342 viene a suprimir la principal incongruencia que se advertía en la regulación anterior ya que no tenía sentido que disponiéndose una donación en capitulaciones matrimoniales, ésta dejara de producir efectos con carácter automático, mientras que si se disponía fuera de capitulaciones su ineficacia por no llegar a celebrarse el matrimonio dependía únicamente de la voluntad revocatoria del donante (antiguo art. 1333.2).

³⁶ Así lo disponía la referida ley de Partidas: «Durando el matrimonio fazen a las vegadas donaciones, el marido a la muger, o ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro. E tales donaciones como estas son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen despojandose el uno al otro, por amor que han de consuno: e porque el que fuesse escasso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. E por ende si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer, si el uno se fiziere por ello mas rico e el otro mas pobre: fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la reuocasse: nin la desfiziesse en su vida: ca estonce fincaria valedera. Mas si reuocasse la donacion en su vida el que la fiziesse, diziendo señaladamente: tal donacion como esta que fize a mi muger, no quiero que valga, o si callasse non diziendo nada, e la diesse despues a otro, o la vendiesse, o si muriesse aquel que rescibiera la donacion ante de aquel que la fizo, desatarse y e por qualquier destas razones la donacion primera.»

En la actualidad, tanto si se hacen en capitulaciones como fuera de ellas, las donaciones por razón de matrimonio «*quedarán sin efecto*» en el caso de no contraerse el matrimonio en el plazo de un año.

Se produce así una uniformidad de criterio entre las donaciones hechas en capitulaciones y fuera de ellas que se manifiesta tanto en el establecimiento de la consecuencia: ineficacia automática, como en el plazo de caducidad marcado para que ésta tenga lugar, que en ambos casos es de un año ³⁷.

Así es como, una vez transcurrido dicho plazo, el donante adquiere la certeza de que la donación ha quedado resuelta *ipso iure*, sin necesidad de manifestación alguna por su parte.

Ello no obsta para que la donación haya de entenderse resuelta antes del transcurso de dicho plazo si ya es seguro que el matrimonio no tendrá lugar, como cuando uno de los prometidos muere o se casa con un tercero ³⁸.

La causa por la que el matrimonio deje de celebrarse es totalmente irrelevante: sea por razones atribuibles a ambos esposos, a uno solo de ellos, o por motivos completamente ajenos a la voluntad de ambos, si el matrimonio no se celebra, la donación deviene ineficaz.

Esta circunstancia marca una clara diferencia entre el régimen legal de la ineficacia de las donaciones por razón de matrimonio por no celebración del matrimonio y el de su revocación en caso de sobrevenir crisis matrimoniales. Mientras que la ineficacia *ex art.* 1342 no presenta ni el más mínimo atisbo de sanción respecto del esposo donatario, el régimen especial

³⁷ Precisamente, la finalidad que se entiende como propia de la caducidad es la protección del interés en la pronta certidumbre de una situación jurídica que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación y así dar seguridad al tráfico jurídico (vid. PUIG I FERRIOL, L.; GETE-ALONSO y CALERA M.^a C.; GIL RODRÍGUEZ, J.; y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil*, T. I., *Introducción y derecho de la persona*, 3^a ed., Madrid, 2001, p. 552 y ss.).

Ello explica que los plazos de caducidad que establece la ley sean normalmente unos plazos cortos (como el de un año establecido por el art. 1342) y que, frente a la prescripción, la caducidad sea automática y el juez pueda acogerla de oficio aunque el interesado no la alegue (vid. GÓMEZ CORRALIZA, B., *La caducidad...cit.*, p. 456).

³⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Barcelona, 1982, p. 344.

Así se pone de relieve en la sentencia de 28 de mayo de 1999 de la Audiencia Provincial de Zamora (AC 1999\ 5570): «no es necesario que el donante espere a que transcurra el año desde la fecha de la donación para instar la acción del artículo 1342 Cc, pues existen supuesto ya analizados, entre ellos la falta de acuerdo de los cónyuges para contraer el matrimonio. La negativa del donatario a contraerlo, que no exigen agotar el plazo del año previsto en la norma para instar la acción, pues se sabe anticipadamente que será imposible la celebración del matrimonio».

Aunque relativo a su ineficacia provocada (revocación), el nuevo **Código de Familia de Cataluña** de 15 de julio de 1998 se ha mostrado más previsor que el artículo 1342 Cc. En su art. 32 dispone que las donaciones por razón de matrimonio celebradas fuera de capitulaciones serán revocables tanto si el matrimonio no se celebra en el plazo de un año como si antes de dicho momento el matrimonio resultara imposible, y además regula detalladamente el régimen de las mejoras realizadas en el bien donado en ese caso.

Tal y como alude dicho precepto, estas donaciones están supeditadas al hecho de que llegue a celebrarse el matrimonio. Si éste deviene imposible o no se celebra en el plazo de un año desde la entrega del bien donado, el donante puede revocar la donación y reclamar la restitución de la misma. En este caso el donante ha de indemnizar al donatario por las mejoras necesarias y útiles que hizo el donatario en el bien.

En cuanto a las mejoras de lujo, el donatario podrá quedarse con ellas siempre que la cosa no pierda valor o se dañe (art. 32.2 CF). El donatario no es responsable del deterioro ocasionado por el uso conforme a la naturaleza del bien (art. 32.1 CF). Vid GETE-ALONSO, M.C.; YSÁS, M.; y SOLÉ, J., *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, Barcelona, 2003, p. 197; y PUIG FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, *Dret de la persona i dret de família*, 6^a ed., Valencia, 2005, pp. 383 y 384.

revocatorio de las donaciones nupciales ex art. 1343 en caso de declaración de nulidad matrimonial, separación o divorcio se fundamenta inequívocamente como veremos más adelante en la idea de sancionar al cónyuge donatario por comportamientos que el legislador considera reprobables³⁹.

Sin embargo, no siempre las liberalidades nupciales han dejado de surtir efectos en caso de no celebrarse el matrimonio. Así, como tuvimos ocasión de ver al abordar el estudio del derecho de la Recepción y de las Recopilaciones, las donaciones esponsalicias podían llegar a conservar su eficacia a pesar de no verificarse el enlace matrimonial, basta con recordar aquí la célebre ley constantiniana del ósculo que aunque con variaciones se mantuvo en nuestro derecho histórico desde los textos romanizados al Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación.

En virtud de dicha ley, en el supuesto de muerte del esposo con anterioridad a la celebración del matrimonio, si había mediado ósculo, la mitad de los bienes se reservaban para la esposa, restando sólo la mitad a los herederos del premuerto.

Incluso nuestro proceso codificador (art. 1248 Proyecto García Goyena) se hizo eco de esa célebre disposición recogiendo unos efectos parecidos a los que se producían en el derecho histórico para la mujer cuando había mediado ósculo, pero sin necesidad de ósculo interviniente, reteniendo para sí la mitad de los regalos de boda siempre que no hubiera mediado culpa suya en la no celebración del matrimonio (esto es, por muerte del marido o por otra causa no culposa).⁴⁰

Por lo demás, el plazo de caducidad comenzará a contarse desde el momento en que se hace efectiva la donación. Una vez transcurrido dicho plazo, procederá, aunque no lo exija el donante, la restitución de los bienes donados en caso de que éstos hayan sido entregados. Los

³⁹ Tan sólo en una ocasión el régimen especial revocatorio contenido en el art. 1343 en caso de sobrevenir una crisis matrimonial no tiene por finalidad sancionar al esposo donatario. Se trata de la nulidad matrimonial, siempre y cuando la donación hubiere sido otorgada por un tercero, el cual podrá revocar la donación con independencia de que el esposo donatario hubiere o no actuado con mala fe. Por tanto, en este caso, al igual que sucede en el art. 1342, el Código intenta ajustarse a la voluntad del donante (donar en consideración a un matrimonio que o bien o no se celebra, o bien posteriormente), y no de sancionar al esposo donatario. Vid. MARTÍN LEÓN, A., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Navarra, 2002, pp. 101 y 102.

⁴⁰ En los derechos forales podemos encontrar reminiscencias de la referida disposición en el art. 17.4 de la **Compilación catalana** (redacción anterior a la ley 8/1993, de 30 de septiembre), relativo al régimen de las donaciones esponsalicias, donde se dispone que «el culpable de la ruptura del proyectado matrimonio perderá lo donado y devolverá lo recibido. Si ambos fuesen culpables no habrá acción entre ellos» (acerca de este precepto vid. PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E., *Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1987, pp. 329 y 330).

En este ámbito puede verse el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de julio de 1990 (RJ 1992\2578), que se refiere a las donaciones esponsalicias del art. 17 para distinguirlas de las donaciones hechas en contemplación de un determinado matrimonio (art. 13 del citado texto legal en su redacción anterior a la ley 8/1993, de 30 de septiembre): «el art. 17 se refiere a las donaciones esponsalicias *«strictu sensu»*, históricamente *«sponsalitia largitates»* (larguezas esponsalicias), conocidas también por “donadíos”. Su régimen jurídico tiene un antiguo precedente en el Código de Justiniano (en cuyo Libro V, título III, Ley 16 se regulaba el supuesto de que hubiera mediado ósculo, y deben entenderse comprendidas dentro de las mismas solamente las denominadas donaciones ordinarias o corrientes –típicos regalos de boda-, hechas en atención a la celebración del matrimonio en prueba de afecto o cariño. Es un concepto notoriamente más reducido que el del art. 13 de la Compilación que se refiere a *«les donacions fetes en contemplació d’un determinat matrimoni»* (las cuales serán ineficaces si el matrimonio no llega a celebrarse aunque sea sin culpa del donatario), pues abarca a los regalos mutuos o ajenos con motivo de unas nupcias futuras acordadas que se hacen de costumbre, expresión ésta que delimita su ámbito y naturaleza».

frutos, rentas o intereses que se hayan podido percibir durante ese plazo de esos bienes entregados en donación, no deberán ser restituidos, dada la eficacia *ex nunc* de esa resolución: la donación «*quedaré sin efecto*» desde el momento de cumplirse el año, no antes⁴¹.

4.2. INEFICACIA PROVOCADA

Sólo serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos, puntualizándose cuándo existirá incumplimiento de cargas según se trate de donaciones otorgadas por terceros o por los propios contrayentes (art. 1343).

Tras la reforma de 1981, al configurarse en el artículo 1343 la separación y divorcio como un supuesto de incumplimiento de cargas que autoriza al donante a revocar la donación, parece que ahora lo importante ya no es únicamente que el matrimonio se celebre, sino que también subsista.

Sin embargo, además de que no debe olvidarse que en la separación el vínculo aún subsiste, creo que de lo dispuesto en el artículo 1343 para las hipótesis de separación y divorcio se sigue desprendiendo, igual que con anterioridad a dicha reforma, que las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil se realizan fundamentalmente en contemplación a la celebración del mismo y no en atención a su permanencia.

De lo contrario se habría autorizado la revocación de este tipo de donaciones en todos los casos de separación y divorcio, y no se ha hecho. Así se deduce de la exigencia de imputabilidad al cónyuge donatario de los hechos que causaron la separación o divorcio.

Es como si el legislador hubiese querido sancionar las desviaciones en las normales relaciones entre los cónyuges debidas a la conducta “culpable” del cónyuge al que es imputable la causa de separación o divorcio, lo que evidencia una incongruencia, pues precisamente la ley 30/1981, de 7 de julio, tiende a suprimir la idea de culpabilidad conyugal en la regulación de las causas de separación y divorcio.

Además, la técnica empleada por el legislador es sumamente defectuosa ya que, dependiendo de quien haga la donación, un mismo hecho puede dar lugar o no a la revocación o reputarse ingratitud o incumplimiento de cargas.

Ciertamente, por lo que concierne a las causas específicas de revocación de estas donaciones, atendiendo a si la donación la hace un tercero o un contrayente al otro (a diferencia del antiguo art. 1333 que no distinguía la procedencia de la donación), el artículo 1343 nos lleva de modo desconcertante a que algunas veces un mismo hecho pueda dar lugar o no a la revocación, y otras veces a que ese mismo hecho se repute ingratitud o incumplimiento de cargas.

Prueba de esto último son los supuestos de separación y divorcio, que según si la donación la otorga un tercero o el otro contrayente se va a reputar en el primer caso incumplimiento de cargas y en el segundo ingratitud.

⁴¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit. y loc. ult. cit.*; de cuya opinión participan COBACHO GÓMEZ, J. A., *Comentario a los artículos 1336 a 1343*, en *Comentario del Código Civil*, T. II, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 627; y MONTÉS PENADÉS, V. L. y OTROS, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Valencia, 1995, p. 211.

Sólo en el caso de que al cónyuge donatario le sean imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron, se autoriza al donante (configurándolo como incumplimiento de cargas o como ingratitud según sea un tercero o un contrayente) a revocar la donación.

Por último, en esta materia se hace imprescindible aludir a la reciente ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil, que a pesar de eliminar las causas de separación y divorcio no prevé la modificación del art. 1343.

En el nuevo sistema que se ha instaurado no van a producirse separaciones y divorcios que, según la sentencia, sean imputables a uno de los cónyuges. Por este motivo se hace patente la desconexión entre el nuevo sistema de separación y divorcio ajeno por completo a la imputabilidad de la crisis matrimonial y el régimen de revocación de donaciones por razón de matrimonio previsto en ese precepto.

En un intento de conciliar el art. 1343 con el nuevo sistema de separación y divorcio introducido por la reciente ley, pueden plantearse varias opciones. Entre ellas, la opción que considero acertada es entender tácitamente derogado el art. 1343 en todo lo relativo a la separación y el divorcio.

5. CONTENIDO Y LIMITES

En relación con su contenido y límites, se hace preciso distinguir si la donación matrimonial es de bienes presentes o si por el contrario es de bienes futuros.

5.1. DONACION MATRIMONIAL DE BIENES PRESENTES

Para la donación de bienes presentes entre futuros esposos rige lo dispuesto en el primer párrafo del nuevo artículo 1341, que establece: *«por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes»*.

A primera vista, lo establecido en dicho precepto no sería más que una reiteración de la regla general establecida en el artículo 634 del Código Civil que autoriza a cualquier donante a realizar donación de bienes presentes ⁴².

Sin embargo, esta regla encontraría justificación si se tiene en cuenta que con anterioridad a la reforma de 1981 sólo podían donarse los futuros esposos hasta la décima parte de sus bienes presentes.

Ciertamente, si se compara lo establecido en el artículo 1341 con lo dispuesto en el derogado artículo 1331 ⁴³, es evidente la supresión del límite de la décima parte de tales bienes aplicable a las donaciones entre desposados ⁴⁴ (ahora *«futuros esposos»* ⁴⁵).

⁴² Vid. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, 8ª ed., Barcelona, 1997, p. 146; y MONTÉS PENADÉS. V. L. y OTROS, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Valencia, 1995, p. 209.

Por su parte LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Familia conforme..cit.*, p. 344, se refiere a lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 1341 como una «frase afirmativa innecesaria».

⁴³ Cfr. antiguo art. 1331 Cc: *«Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes»*.

Así lo establecía el antiguo precepto que, siguiendo el derecho tradicional castellano, recogió en una sola disposición uniformadora todo lo establecido en leyes anteriores respecto a la cantidad que en concepto de arras y donación esponsalicia podían entregarse los prometidos, y estableció que los desposados podían darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes.

Se comprendían así, dentro de la tasa del diezmo, todas las donaciones matrimoniales en general, cualquiera que fuese el nombre con que se las hubiese conocido ⁴⁶. La razón de esta limitación, ya tradicional en nuestro derecho, residía en la intención de la ley de defender a los interesados del peligro a que podía arrastrarlos su propia “pasión” evitando así que su exagerado cariño y la natural tendencia a la prodigalidad en tales casos, comprometiese la fortuna del donante ⁴⁷.

De esta manera, desaparecieron de su regulación las tasas y restricciones que, para este tipo de donaciones (a excepción de las Partidas), se habían fijado en nuestro derecho histórico. Así, la del diezmo del Fuero Juzgo y Fuero Real declarada luego irrenunciable, como ya tuvimos ocasión de ver, por las leyes de Toro.

Tras la ley de 13 de mayo de 1981, el artículo 1341 no establece ningún límite a la donación de bienes presentes, por lo que hay que convenir en que es menos restrictivo que el derogado artículo 1331.

No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque se supriman sus límites específicos, subsistirían los generales de toda donación. Esto es, lo dispuesto, entre otros, en los artículos 634 ⁴⁸ y 636 ⁴⁹.

⁴⁴ Acerca del significado de la palabra «desposado», se hace preciso apuntar aquí que dicho término no estaba tomado en su sentido equivalente a recién casado, sino en el viejo significado presente en nuestras leyes históricas, parificándolo con *prometido*.

En efecto, las Partidas hablaban de «los desposorios y casamientos» y de quién había de apremiar a los desposados para que cumplieran el casamiento; luego el precepto había de entenderse referido únicamente a los prometidos, sobre todo si tenemos en cuenta que las donaciones entre cónyuges se encontraban prohibidas en virtud del art. 1334 (vid. ISÁBAL, M., *Voz Donación propter nuptias.*, *Enciclopedia Jurídica Española*, T. XII, Barcelona, 1910, p. 640, n. 1; y PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, T. II, vol. 1, Madrid, 1947, p. 391, n. 15).

⁴⁵ Especialmente desafortunada es esa expresión de «futuros esposos» que, según su tenor literal se refiere a quienes van a ser, como se decía antes, «novios formales» pero no lo son todavía, pues la palabra esposo en su acepción más exacta, como ya indiqué en su momento, no designa al marido sino al que va a casarse. Así lo hace el Código Civil, con propiedad en el art. 1336 (vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Familia conforme...cit.*, pp. 344 y 345).

⁴⁶ En esta dirección, vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. V, vol. 1, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Madrid, p. 808; MOUTÓN OCAMPO, L., *Las donaciones matrimoniales en el Código Civil y en las legislaciones extranjeras*, RGLJ, 1909, pp. 398 a 400; y PUIG PEÑA, F., *Tratado...cit.*, T. II, vol. 1, p. 391.

⁴⁷ Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, T. IX, 2ª ed., Madrid. 1908, p. 235.

Esta limitación, recordemos aquí, goza de una larga tradición histórica. Se inició en el Fuero Juzgo y se mantuvo en el Fuero Real (ley 1, tit. II, libro III) y las leyes de Toro (ley 50), para pasar, finalmente, a la Novísima Recopilación (Ley 6ª, tit. III, libro X). Solamente el Proyecto de Código Civil de 1851, como ya es sabido, se apartó de esta corriente marcada desde antiguo por nuestras leyes históricas, y no consignó nada en concreto respecto a la tasa legal de estas donaciones.

⁴⁸ Cfr. art. 634 Cc: «La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias».

⁴⁹ Cfr. art. 636 Cc: «No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento».

Por esta razón, el donante deberá reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, y la donación deberá ser reducida si al abrirse la sucesión resultase inoficiosa por haber sobrepasado la cantidad de que pudiera disponer libremente por testamento, perjudicando de esa forma el derecho a las legítimas⁵⁰.

En cuanto al concepto de bienes presentes, por tales hay que entender, a *sensu contrario* de lo establecido en el artículo 635, aquéllos de que puede disponer el donante al tiempo de la donación⁵¹.

5.2. DONACION MATRIMONIAL DE BIENES FUTUROS

Junto a la donación de bienes presentes, el artículo 1341, en su párrafo segundo, establece que *«los futuros esposos igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada⁵²»*.

De la redacción de este artículo se extraen los siguientes requisitos para la validez de tales donaciones: en primer término, que se trate de la donación por razón de matrimonio de un futuro esposo al otro⁵³; en segundo término, que se haga antes del matrimonio⁵⁴ en capitulaciones, no fuera de ellas; y, por último, que sea *«para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada»*.

Se hace preciso calificar tal donación como *inter vivos* dado su carácter irrevocable y vinculante (válido) de presente, en la medida en que tal vinculación representa un efecto actual, aunque la transmisión de la propiedad tenga lugar tras la muerte del donante, asimilándose a un supuesto de sucesión contractual.

La donación será inoficiosa, en todo lo que exceda de esta medida».

⁵⁰ La aplicación a las donaciones por razón de matrimonio de los límites generales a toda donación resulta de lo dispuesto en el art. 1337. Así lo evidencian ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...cit.*, T. IV, 8ª ed., p. 146; y MONTÉS PENADÉS, V. L. y OTROS, *Derecho de Familia...cit.*, 2ª ed., p. 209.

⁵¹ Vid. Díez-Picazo, L., *Comentario a los artículos 1336 a 1343*, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid, 1984, p. 1576; y Santos Briz, J., *Derecho Civil, Teoría y Práctica*, T. V, Derecho de Familia, Madrid, 1982, p. 141.

⁵² La **ley de Derecho Civil de Galicia 4/1995**, de 24 de mayo (BOE núm. 152, de 27 de junio), en su art. 114 apartado 2º establece que *«Las donaciones por razón del matrimonio podrán comprender bienes presentes o futuros e incluso también para caso de muerte, en igual medida que la fijada para la sucesión testada»*.

En consecuencia, la **ley gallega** amplía el ámbito de las donaciones por razón de matrimonio en el caso de los bienes futuros, ya que no limita su posible donación, como hace el Código Civil, para el caso de muerte. Además, tampoco limita quien pueda donarlos (sólo los futuros cónyuges en el Código Civil), porque en el derecho gallego puede ser donante de bienes futuros un tercero extraño.

⁵³ De ello se deriva que para las donaciones por razón de matrimonio hechas a los futuros esposos por los padres, parientes o extraños, rigen las reglas generales y, por consiguiente, están excluidos los bienes futuros conforme a lo establecido en el art. 635 Cc: *«La donación no podrá comprender los bienes futuros»*.

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación».

⁵⁴ Este requisito de antenuptialidad a mi juicio es innecesario, pues según lo establecido en el artículo 1336 estas donaciones son, por definición, antenuptiales.

Se estimarían como bienes futuros aquellos de los que no pudiendo disponer el donante en el momento de donar, le perteneciesen el día de su muerte, ya fuesen recién adquiridos o hubiesen estado en su patrimonio desde la donación ⁵⁵.

La donación quedaría subsistente respecto a los bienes que tuviese a su fallecimiento, con respeto, claro está, de las correspondientes legítimas, de lo contrario sería reducible por inoficiosa. Ése es el sentido que había que darle a la expresión *«en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes a la sucesión testada»*.

El esposo donante garantiza así al futuro consorte una situación sucesoria irrevocable (contra todo cambio en su voluntad), respecto a los bienes que existiesen en el momento de su muerte (la totalidad o una cuota), aunque con el límite del debido respeto de las prescripciones legitimarias, pudiendo ser atacada por inoficiosa por los herederos legitimarios, si a ello hubiere lugar, a la muerte del donante.

6. ELEMENTOS PERSONALES. CAPACIDAD

Como ya es sabido, solamente los esposos pueden recibir donaciones por razón de matrimonio, sin embargo pueden otorgarlas los padres, los parientes o extraños, o los mismos esposos.

La única regla especial que dicta ahora el Código en materia de capacidad para este tipo de donaciones es la del artículo 1338, según el cual *«el menor no emancipado que con arreglo a la ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el Título II del Libro III de este Código»*.

Si el menor está emancipado se aplicaría la norma general establecida en el artículo 323 del Código Civil que supone que puede hacer donaciones por sí mismo siempre que no tengan por objeto bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales u objetos de extraordinario valor (bienes muebles de importancia económica), en cuyo caso precisa del consentimiento de sus padres o curador ⁵⁶.

En cuanto a la exigencia de complemento de capacidad en el donante menor no emancipado, se observa un manifiesto paralelismo con lo establecido en el artículo 1329 en la medida en que el mencionado precepto dispone que *«el menor no emancipado que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación»*.

Por lo demás, en las donaciones hechas por terceros parece indudable que el donante ha de reunir la capacidad exigida para las donaciones comunes (arts. 624 y ss).

⁵⁵ Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios...cit.*, T. IX, 6ª ed., p. 277. En términos similares, vid. PUIG PEÑA, F., *La donación matrimonial de bienes futuros*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. IV, Pamplona, 1969, pp. 589 y 590.

⁵⁶ Vid. PUIG I FERRIOL, L.; GETE-ALONSO Y CALERA, Mª C.; GIL RODRÍGUEZ, J.; y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil, T. I...cit.*, 2ª ed., p. 174.

Para aceptarlas, como dice el último inciso del art. 1338, «*se estará a lo dispuesto en el título II del libro III de este Código*». Esto es, la capacidad para ser donatario se rige por las normas generales, aunque a la misma solución se llegaría en virtud de lo dispuesto en el art. 1337, sin necesidad de dicha previsión. Quizá el legislador ha querido evitar toda duda al respecto y dejar bien clara la diferencia en relación con lo establecido bajo el régimen anterior.

De conformidad con lo establecido en dicho régimen general (artículos 625 y 626), el donatario puede aceptarlas aunque no pueda contratar siempre y cuando no se trate de donaciones condicionales u onerosas.

Por último, por una evidente razón de analogía, la misma regla ha de entenderse aplicable al incapacitado que quiera hacer o recibir donaciones por razón de matrimonio.

7. FORMA DE LA DONACION

Bajo el régimen anterior ahora derogado, el Código Civil parecía presuponer que las donaciones matrimoniales se otorgaban necesariamente en capitulaciones matrimoniales.

Tras la reforma, es evidente, a la vista del artículo 1338⁵⁷, sobre el que se volverá más adelante en sede de capacidad, que las donaciones por razón de matrimonio no son contenido necesariamente capitular.

En virtud de dicho precepto, como novedad introducida por la ley 11/1981, de 13 de mayo, se contempla expresamente la posibilidad de que estas donaciones, tratándose de menores, puedan hacerse en capitulaciones matrimoniales o «*fuera de ellas*»⁵⁸.

En consecuencia, y dejando aparte las donaciones de bienes futuros sobre las que el artículo 1341.2 se muestra claro en el sentido de considerarlas hechas en capítulos matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio pueden hacerse tanto en capitulaciones matrimoniales como fuera de ellas⁵⁹.

Si se hacen en capitulaciones, que lógicamente habrán de ser antenupciales por serlo las donaciones, requerirán su forma específica. Esto es, en virtud de lo dispuesto en el art. 1327 del Código Civil, deberán constar en escritura pública.

Si se hacen fuera de ellas, se observarán las reglas de forma de las donaciones ordinarias según la naturaleza mueble o inmueble de los bienes donados.

⁵⁷ Cfr. art. 1338 Cc: «*El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el título II del libro III de este Código*».

⁵⁸ Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.^a L., *Contenido y Concepto de las Capitulaciones matrimoniales*, RCDI, núm. 634, 1996, pp. 865 y 866.

⁵⁹ Incide en esta idea Díez-Picazo, L., *Comentario a los artículos 1336 a 1343...cit.*, p. 1571, para quien no existe relación directa y necesaria entre donaciones nupciales y contrato de bienes con ocasión del matrimonio o capitulaciones matrimoniales.

Por consiguiente, si consiste en cosas muebles (supuesto del art. 632⁶⁰), la donación puede hacerse verbalmente o por escrito, exigiendo la primera la entrega simultánea de la cosa donada⁶¹. Si, por el contrario, tiene por objeto bienes inmuebles (supuesto del art. 633⁶²), deberán constar en escritura pública.

8. TITULARIDAD CONJUNTA

Como puede verse, este precepto no presenta ninguna particularidad en relación a lo dispuesto en el artículo 637⁶³ por el que, con carácter general, cuando una donación ha sido realizada en favor de varias personas conjuntamente, la misma se entenderá realizada por partes iguales⁶⁴.

Asimismo, la previsión contenida en el mismo resultaría plenamente consecuente con el hecho de que siendo estas donaciones antenupciales, los donatarios aún no están casados y por tanto no rige todavía entre ellos régimen económico-matrimonial alguno que establezca otro tipo de comunidad, sociedad o patrimonio especial que pueda recibir los bienes donados⁶⁵.

Por «*pro indiviso ordinario*» hay que entender la copropiedad romana por cuotas ideales regulada en los artículos 392 y siguientes. Se marcaría así la diferencia con las liberalidades hechas conjuntamente a los cónyuges casados bajo el régimen de gananciales, que se declaran en principio bienes comunes por el artículo 1353 del Código Civil: «*los bienes donados o dejados a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario*»⁶⁶.

⁶⁰ Cfr. Art. 632 Cc: «*La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito.*

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada.

Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación».

⁶¹ Así es puesto de relieve en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 1993 (La Ley, 1993-4, p. 546), en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma: «*[...] debe tenerse en cuenta, además, que (según el art. 1337) estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes, y que tratándose de bienes muebles, como el dinero, puede hacerse verbalmente o por escrito y que la verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación».*

⁶² Cfr. art. 633 Cc: «*Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.*

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras».

⁶³ Cfr. art. 637 Cc: «*Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.*

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario».

⁶⁴ Vid. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...cit.*, T. IV, 8ª ed., p. 145.

⁶⁵ Vid. DíEZ-PICAZO, L., *Comentario a los artículos 1336 a 1343...cit.*, p. 1574.

⁶⁶ En opinión de LACRUZ BERDEJO, J. L. (*La Reforma del Derecho de Familia del Código Civil Español*, Fascículo I, Madrid, 1979, p. 27), la utilidad del precepto radicaría en que marca la diferencia con lo establecido en el art. 1353.

De este modo, la comunidad del art. 1339 se apartaría de la comunidad que tienen los cónyuges sobre los gananciales, que se estima copropiedad en mancomún, ajena a la división en cuotas atendiendo al modelo de la comunidad germánica ⁶⁷.

Por otra parte, el art. 1339 establece una regla de carácter dispositivo, pues como señala el propio precepto *in fine* («salvo que el donante haya dispuesto otra cosa»), hay que estar a la voluntad del donante quien puede estipular que las partes o cuotas de los esposos sean desiguales o introducir modificaciones en cuanto al régimen de comunidad ordinaria establecido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Lo que no podrá hacer el donante es ordenar para los bienes donados un sistema económico conyugal distinto al establecido por los esposos ⁶⁸.

Por último, de lo dispuesto en el artículo 637 párrafo 2º se deduce que en las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer existe la posibilidad de acrecer. A partir de aquí, podemos preguntarnos si en el caso de una donación hecha conjuntamente a los esposos por un tercero cabe la posibilidad de acrecimiento por parte de uno de los esposos si el otro no quiere o no puede aceptarla.

Si el donante prevé expresamente este derecho de acrecer o, por el contrario, lo excluye, no se plantea ningún problema, pero si no dice nada, la doctrina se muestra unánime en entender que sí se daría el derecho de acrecer entre los esposos ⁶⁹.

Ello se justifica por la identidad de razón existente entre la donación conjunta a los cónyuges (supuesto del artículo 637, párr. 2º) y la hecha a los que se supone que lo serán en un futuro próximo (supuesto del art. 1339).

9. CONCLUSION

Para concluir, es evidente que el fundamento de esta legislación especial reside en el principio del “*favor matrimonii*”. Esto es, el legislador trata de proteger y favorecer la institución del matrimonio y el medio o instrumento jurídico del que se vale para ello es la incentivación o estímulo de las donaciones por razón matrimonio, dotándolas de una normativa especial más favorable que para el resto de las donaciones

El legislador ha querido que sólo las realizadas por razón de matrimonio antes de la celebración del mismo se beneficien de ese régimen especial en materia de capacidad, contenido, causas de revocación ...etc.

De este modo, las otorgadas después de celebrarse el matrimonio son donaciones ordinarias, aunque se hayan realizado en consideración al mismo y su motivación haya sido el

⁶⁷ Vid. SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil, Teoría y Práctica...cit.*, pp. 142 y 143.

⁶⁸ En este sentido vid. NUÑEZ PAZ, M.ª I., *Estudio histórico...cit.*, pp. 245 y 246; DíEZ-PICAZO, L., *Comentario a los artículos 1336 a 1343...cit.*, p. 1574; y MONTÉS PENADÉS, V. L. y OTROS, *Derecho de Familia...cit.*, 2ª ed., p. 211.

⁶⁹ A favor de entender aplicable el derecho de acrecer entre los esposos, se pronuncian GÓMEZ CORRALIZA, B., *Derecho de acrecer y donaciones por razón de matrimonio*, AC, 1991, p. 507; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil...cit.*, T. IV, 8ª ed., p. 145; y DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario a los artículos 1315 a 1343 del Código Civil, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO, M.), T. XVIII; vol. 1, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 279.

favorecimiento de la economía conyugal, siéndoles de aplicación lo establecido en los artículos 618 y siguientes.

En este punto el legislador común podía haber optado por ampliar el ámbito de las donaciones por razón de matrimonio a las realizadas después de la celebración del mismo tal y como lo ha hecho el legislador foral para los ordenamientos gallego y catalán.

En ambas legislaciones, común y foral, el principio del *favor matrimonii* estaría presente, aunque en la regulación del Código Civil con doble carácter puesto que además del mantenimiento del matrimonio (se configura la separación y el divorcio como causa de revocación) favorecería la celebración del mismo. En el caso de la legislación autonómica únicamente favorecería el mantenimiento del mismo, puesto que los cónyuges se habrían casado sin tener en consideración la donación.

La incidencia de las Leyes para la Igualdad de género en el acceso de la mujer a los Consejos de Administración de las sociedades y empresas

Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL

Profesora de Derecho mercantil de la UPV/EHU

SUMARIO: 1. Presentación.- 2. Legislación: 2.1. Ley Orgánica 3/2007, de de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (art. 75); 2.2. Ley 4/ 2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Euskadi (arts. 38, 40 y 42 LIMH); 2.3. Comisión Europea.- 3. Conclusiones

1. Presentación

Mi experiencia profesional y académica, como la de todas las mujeres, ha estado marcada por la perspectiva de género incluso sin haber sido, en muchos casos, consciente de ello. Sin entrar a considerar la experiencia profesional previa a la Universidad, mi formación académica (Licenciada en Ciencias Empresariales y Derecho) y la naturaleza de la disciplina jurídica que imparto en esta institución, Derecho mercantil o Derecho de la Empresa, me han situado en un entorno en el que tradicionalmente ha sido feudo de los hombres. Esto es, el ámbito de los negocios y de la empresa.

No obstante, pertenezco a una generación formada en la Universidad de la joven democracia que, desde la perspectiva de género, ha tenido cualitativa y cuantitativamente muchísimas más oportunidades que la generación precedente.

Aun así y a pesar de que el ordenamiento jurídico de nuestro entorno (Euskadi, España y Europa) está incorporando sucesivamente instrumentos jurídicos fundamentales para el acceso de la mujer al escenario de las grandes empresas y del gobierno corporativo, éste todavía se nos resiste. Y la resistencia no estriba, o por lo menos no únicamente, en la oposición del sexo opuesto a perder su cuota de poder en los negocios sino que la resistencia gravita todavía en el conjunto de valores sociales y culturales que configuran la mentalidad de la mujer occidental del Siglo XXI. Mentalidad en la cual el pasado pesa demasiado todavía.

Este verano asistí a uno de los Cursos de Verano de la UPV/EHU en el que se planteaba si el dinero tenía sexo. Todas las expertas que trataron el tema, tanto desde la perspectiva privada como desde la pública, coincidieron en que el dinero y los negocios tienen identidad de género propia. Hoy en día todavía es habitual que el varón sea el titular de las acciones de una sociedad o compañía mercantil y del rol de los negocios fuera y dentro de casa. Incluso en el supuesto de exitosas empresarias, es habitual que éstas incorporen al marido a sus empresas y le asignen el área financiera. El modelo jerárquico de poder económico se mantiene y mientras éste no cambie la mujer no tendrá autonomía. Esto es, no se le atribuirá la capacidad de adoptar decisiones¹.

¹ CORIA, Clara, *El dinero en la pareja: Algunas desnudeces sobre el poder*, Paidós, 1991, 131 ss.; *El sexo oculto del dinero: formas de dependencia femenina*, Paidós, 1991; *Las negociaciones nuestras de cada día*, Paidós, 1998.

Esta perspectiva afecta igualmente al ámbito de las relaciones económico privadas. El sistema económico familiar en el que trabajan ambos cónyuges, a pesar de que se define como un modelo igualitario, en la praxis la desigualdad es patente. Las grandes decisiones económico familiares las adopta actualmente el varón, como tradicionalmente lo ha hecho. A pesar de la visión igualitaria y la paridad, el dinero de la mujer no ha supuesto superar la desigualdad a la hora de decidir. No ha contribuido a que la mujer sea autónoma. Los tradicionales roles de género se han perpetuado. De ahí que haya que releer el pasado y haya que plantearse unas relaciones más igualitarias en este ámbito también².

Si bien es cierto que en el sector empresarial y mercantil son cada vez más las mujeres que ocupan puestos de responsabilidad, su presencia en los equipos directivos sigue siendo minoritaria. Además la diversidad de principios y valores entre mujeres y hombres deriva en que esa situación de desequilibrio tienda a perpetuarse constituyendo una rémora para el objetivo de la paridad. Mientras que los deseos de los hombres se enmarcan por orden de preferencia en la responsabilidad, autonomía en el puesto, reconocimiento de la empresa y en la remuneración. Las mujeres prefieren un buen ambiente laboral, el reconocimiento dentro de la empresa y la flexibilidad de horarios³.

A partir de este planteamiento, el tema de esta comunicación pasa por analizar, siquiera de forma somera, la incidencia de varias normas y en concreto de dos textos legales en el acceso de las mujeres a los centros de decisión de las organizaciones corporativas. En primer lugar, la Ley Orgánica 3/2007, de de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (artículo 75). Y en segundo lugar, la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Euskadi (artículos. 38, 40 y 42).

2. Legislación

2.1. Ley Orgánica 3/2007, de de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (art. 75 LOIMH)

La LOIMH recoge en el artículo 75 la delicada y polémica cuestión de la participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles. Así, el texto prevé que a partir de la entrada en vigor de esa Ley “Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años”.

El párrafo segundo del precepto incorpora, además del plazo para conseguir el objetivo de paridad, la forma que se presume menos gravosa para alcanzar dicho fin. En este sentido el texto legal propone que: “Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor” de la Ley.

² DÍAZ MARTÍNEZ, Capitolina (Dir.) [DÍAZ MÉNDEZ, C.; IBÁÑEZ PASCUAL, M.; DEMA MORENO, S.], *Dinero, amor e individualización: Las relaciones económicas en las familias/parejas contemporáneas*, KRK, Oviedo, 2004, 207-208.

³ *Estudio Cátenos de Satisfacción Laboral y Calidad de Vida 2008*.

Por lo tanto, la Ley contempla que las empresas de más de 250 trabajadores *procurarán*, en ocho años, y a medida que venzan los mandatos de los anteriores consejeros, incorporar un 40% de mujeres en los Consejos de administración⁴. Del texto legal se desprende que, en cualquier caso, se trata de una medida voluntaria: “procurarán”. El legislador ha abordado la cuestión con extrema cautela y prudencia. El motivo descansa, posiblemente, en la naturaleza mercantil de las relaciones jurídico-sociales sobre las que incide. Cabe pensar que esa es la razón, y no otra, el motivo de la laxitud y la moderación que imbuye la norma. Si fuese una norma de carácter laboral el legislador habría resultado más preciso⁵.

No obstante su naturaleza mercantil, el mencionado precepto ha despertado interés y polémica en los diversos sectores socio-económicos y en la doctrina. La norma ha sido calificada como conflictiva por su vertiente laboral y sobre todo por ser un recurso para la consecución del efectivo objetivo de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en un ámbito tradicionalmente reservado a los varones⁶.

El plazo estipulado para lograr la paridad (2015) y la forma en que plantea que han de hacerse los nombramientos también ha sido objeto de controversia. Esto es, la previsión normativa del párrafo segundo del precepto propone que los nuevos nombramientos del Consejo se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de la LOIMH. La razón de la controversia descansa en que se ha de conjugar, por una parte, la cuestión de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles⁷. Y por otra parte, el propósito declarado en la Exposición de Motivos de la propia Ley, el cual refiriéndose al Título VII recoge que: “el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional, ya que, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección”⁸.

Sin embargo, la eficacia de estas medidas en el ámbito empresarial está por demostrar. En determinados momentos de la vida de la empresa incorporar o aplicar este tipo de medidas

⁴ La Ley entiende en la Disposición Adicional Primera que: “La presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”.

⁵ LUJÁN ALCARAZ, José, “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, *Aranzadi Social*, nº 12, 2007 (Tribuna), 10-11.

⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Coords.), *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, 188 ss.; MERCADER UGUINA, J. R. (Coord.), *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 435 ss.

⁷ Exposición de Motivos: “El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración”.

⁸ LUJÁN ALCARAZ, José, “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, *Aranzadi Social*, nº 12, 2007 (Tribuna), 10-11.

igualitarias puede conllevar costes, difíciles de cuantificar, por enmarcarse en el ámbito de las relaciones personales y de género con una repercusión económica indirecta e importante. Este tipo de planes despierta desconfianza y suspicacias en el tejido empresarial establecido, de por sí bastante convencional y reactivo a los cambios en las relaciones de poder. De ahí que hasta ahora no se hayan adoptado este tipo de políticas o por lo menos no masivamente.

Por lo tanto, la construcción legal de los planes paritarios para las mujeres y los hombres en los órganos de decisión de las grandes compañías mercantiles apoyados única y exclusivamente en medidas discrecionales no parece que vaya a tener gran proyección a corto y medio plazo. Si a esta valoración se le añade el hecho de que la norma no menciona el tipo de sanción que puede devenir del incumplimiento de estos planes igualitarios puestos en marcha en el periodo señalado de 8 años⁹, la reserva del sector empresarial y societario puede ser aun mayor.

Ahora bien, a pesar de la naturaleza voluntarista del artículo 75 LOIHM, éste no deja de ser una norma necesaria para incidir y favorecer el cambio. Parece difícil que, a partir de meras propuestas facultativas, se alcancen para el 2015 las cuotas de poder económico y decisorio, disputadas tradicionalmente por los hombres, en la proporción mencionada por las mujeres. Sin embargo, es una forma de iniciar el camino.

Otra medida persuasiva de la Ley para alcanzar la paridad guarda relación con uno de los criterios a tener en cuenta para otorgar a las empresas el distintivo de igualdad. Este criterio es el relativo a “la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección” (art. 50 LOIHM). Del mismo modo, el artículo 34 LOIHM recoge otras medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Entre ellas cabe destacar la incorporación de esas medidas en los contratos de la Administración del Estado y de sus organismos públicos. La Administración, ante ofertas similares, contratará con la compañía mercantil más igualitaria.

Los planes estratégicos de subvenciones que, en el ejercicio de sus competencias, otorguen las Administraciones públicas, contemplarán también, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, bases reguladoras que valoren actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes¹⁰.

El artículo 75 LOIHM cuenta con un precedente. Así, la norma de conducta 15 del Código Unificado de Buen Gobierno corporativo¹¹, defiende bajo la forma de Recomendación que: “Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes: a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras; b) La

⁹ Además, el plazo inicialmente proyectado de cumplimiento del objetivo se ha suavizado pasando de 4 a 8 años [www.master.com - Consulta: 18 de agosto 2008].

¹⁰ LUJÁN ALCARAZ, José, “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, *Aranzadi Social*, nº 12, 2007 (Tribuna), 11.

¹¹ Aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 22 de mayo de 2006.

compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado”.

El Informe realizado por el grupo especial de trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006, justificó la incorporación de la mencionada Recomendación desde la perspectiva de la ética, de la política o de la “responsabilidad corporativa”, pero también desde la óptica de los objetivos y criterios de eficiencia a medio plazo. De ahí que se reconociera la importancia del potencial talento empresarial del 51% de la población que configuran las mujeres. En este sentido el grupo de trabajo animó al sector empresarial a realizar un esfuerzo adicional para elevar la presencia femenina en el ámbito de la alta dirección y en los Consejos de administración de las sociedades cotizadas. Asimismo instaba a las empresas con escasa presencia femenina en sus Consejos a que promocionen la cobertura de vacantes del mencionado órgano con mujeres, especialmente con el carácter de independientes¹².

El mencionado documento integra igualmente la necesidad de incorporar como criterio la perspectiva de género en la configuración de la Estructura del Consejo (Recomendación 10) y la obligación de comunicar sobre la cuestión de género por parte de la Comisión de Nombramientos al Consejo (Recomendación 55). En el marco de los estudios realizados sobre el buen gobierno corporativo, cabe advertir que los Informes Aldama y Olivencia nada recogían sobre la perspectiva de género y mucho menos sobre la comunicación de la Comisión de Nombramientos. Sin embargo, el Código Unificado de Buen Gobierno de 2006, ha seguido miméticamente las pautas europeas y en concreto la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005 (Función 1.2.2) que hace referencia a la comunicación de la mencionada cuestión de género al Consejo por parte de la Comisión de Nombramientos.

La Recomendación del CUBG de las sociedades cotizadas no ha sido recibida con entusiasmo por todos los sectores. Al contrario, ha sido objeto de numerosas críticas. Y no han faltado ocasiones en las que se ha criticado con acritud la forma en que se ha querido superar el *ceiling glass* que afecta a las mujeres en la progresión de sus carreras profesionales y directivas.

Retomando la LOIMH, cabe señalar en relación al mencionado artículo 75 que el legislador, con buen criterio a mi juicio, ha excluido del objetivo de la promoción paritaria a las PYMES, esto es, a las pequeñas y medianas empresas, cuyo órgano de administración no se constituye en Consejo. Asimismo deja al margen a las formas asociativas que no sean propiamente “sociedades” y a las personas jurídicas que, pese a realizar actividades jurídico mercantiles, se constituyen bajo formas jurídicas de naturaleza no mercantil. Entre otras, a las Fundaciones y asociaciones. No obstante, todas ellas pueden adoptar medidas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en sus órganos de dirección y gestión¹³.

¹² Informe realizado por el grupo especial de trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006, 19.

¹³ “Comentario al art. 75 LOIMH”, *Comentarios de la Ley de Igualdad* (Dir. GARCÍA NINET, J.I.), CISS, Valencia, 2007.

En este sentido, cabría la aplicación analógica del artículo 75 LOIMH y de los artículos 34 y 50 del mismo texto legal en lo que se refiere a la obtención del distintivo en materia de igualdad, subvenciones, contratos, etc.

2.2. Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Euskadi (arts. 38, 40 y 42 LIMH)

La previsión que realiza la Ley Vasca en relación a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en las empresas se materializa fundamentalmente en el fomento de medidas que regulan la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo (art. 38 LVIMH) y la formación (art. 39).

No obstante, el artículo 40 de la mencionada Ley, al tratar de concretar el contenido de los planes y políticas de igualdad de mujeres y hombres, recoge en su primer apartado que: “Las empresas participadas mayoritariamente con capital público en todo caso, así como las empresas privadas que según el número de personas empleadas u otros criterios que determine reglamentariamente, elaborarán planes o programas que incluyan medidas concretas y efectivas dirigidas a promover la igualdad de mujeres y hombres en su funcionamiento interno y en su actividad hacia el exterior”¹⁴.

Por lo tanto, la Ley vasca ha optado, al igual que la Ley estatal, por la cautela y ha preferido promover, ayudar y premiar este tipo de objetivos de paridad en el funcionamiento interno de las empresas mercantiles que obligar y exigir.

Del texto legal cabe interpretar que el desarrollo reglamentario de los planes o programas dirigidos a la igualdad de hombres y mujeres se centrará más en el acceso paritario al empleo en la empresa que en la incorporación de las mujeres a los órganos de decisión y dirección o al Consejo de Administración de las compañías. A nuestro juicio, la amplitud de la norma no impide, sin embargo, que pueda interpretarse la inclusión de la paridad en los Consejos de Administración de las empresas participadas con capital público en todo caso y en las empresas privadas según el número de personas empleadas.

No obstante el criterio discrecional utilizado por la norma vasca para que la organización empresarial incorpore planes de igualdad en la empresa, el Instituto Vasco de la Mujer-Emakunde ha promulgado, fundamentalmente desde la perspectiva de las políticas de empleo, criterios prácticos para diagnosticar las desigualdades de género en las empresas; estrategias de acciones positivas para los procesos de selección y promoción no

¹⁴ En el apartado segundo recoge asimismo que: “Reglamentariamente se establecerán también los mecanismos para el seguimiento y evaluación y los contenidos mínimos obligatorios que habrán de incluir los citados planes o programas de igualdad. Dichos contenidos mínimos obligatorios no podrán referirse al ámbito de las relaciones laborales”.

El apartado tercero, sin embargo, se centra más en el tema de las ayudas para poder implantar este tipo de planes y programas en las empresas. Así, el art. 40.3 prevé que: “Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer ha de establecer ayudas para la elaboración de planes de igualdad de mujeres y hombres y para la contratación de personas expertas en la materia por parte de las empresas. La concesión de las ayudas se condicionará a la presentación por parte de la organización beneficiaria de un informe sobre el impacto de la ayuda.

discriminatoria así como medidas para la configuración de ayudas para la elaboración de planes de igualdad de mujeres y hombres¹⁵.

Asimismo fue iniciativa de Emakunde la creación en 1994 de un distintivo pionero en el Estado, cuya finalidad es reconocer a las empresas y entidades el hecho de que hayan asumido el compromiso de avanzar en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el seno de su empresa u organización. Empresas y organizaciones por todos conocidas se han sumado a participar e incorporar los planes de igualdad, pasando dicho distintivo a consolidar el prestigio de la imagen corporativa¹⁶.

2.3. Comisión Europea

La complejidad de la estructura político social europea con situaciones muy diversas en la incorporación de la perspectiva de género y los objetivos de paridad entre mujeres y hombres tanto en el sector público como privado, ha sido la causa de que el Parlamento Europeo rechazase el pasado verano el acuerdo de alcanzar un aumento de hasta el 40% de la presencia de mujeres en los Consejos de Administración de empresas públicas y privadas¹⁷.

Ahora bien el desequilibrio entre hombres y mujeres en la ocupación de puestos de toma de decisiones, tanto políticos como económicos existe. Menos del tercio de los directivos son mujeres y los Consejos de administración de las cincuenta empresas europeas más importantes que cotizan en bolsa sólo disponían de una mujer por cada diez hombres en 2005. En los parlamentos nacionales, la proporción media de las mujeres sólo es del 24 %. El porcentaje asciende al 33 % en el Parlamento Europeo¹⁸.

Con todo, la Eurocámara admitió la propuesta que conlleva la incorporación de un plan de igualdad para las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) con el objetivo de fomentar la contratación de mujeres, así como de obligar a las grandes empresas y compañías a alcanzar planes de igualdad negociados¹⁹.

Una vez más el acuerdo europeo sobre la obligatoriedad de los planes de igualdad y la cuestión de género en el ámbito privado y mercantil se postergan para un futuro y no alcanzan la categoría de vinculantes. Nuevamente nos quedamos en el plano de la declaración de intenciones.

¹⁵ En este sentido la Resolución 5/2007, de 14 de febrero, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno “por el que se aprueban las directrices para la realización de la evaluación previa del impacto en función del género y la incorporación de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres”.

¹⁶ Entre otras: Guggenheim S.L., Eroski S. Coop. y Fundación BBK.

¹⁷ La referencia a seguir, en este caso, es la de Noruega que tiene esa cuota fijada por Ley. Asimismo desde 2005 el país nórdico sólo concede licencia a las empresas extranjeras que cuentan con un número equiparable de mujeres y hombres en la dirección ejecutiva.

¹⁸ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre hombres y mujeres – 2007 Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 7.2.2007- COM(2007)49, 6.

¹⁹ www.ElEconomista.es [Consulta: 18 de agosto de 2008], 1.

En este sentido los parlamentarios han difundido un informe consultivo no vinculante, en el que se aborda la necesidad de que las empresas desarrollen planes de acción para fomentar la igualdad de género. La Eurocámara reivindica en el citado informe la presencia equilibrada de hombres y mujeres en el órgano de administración de las empresas, sobre todo en el supuesto de que el Estado o la Administración sea accionista de la sociedad²⁰.

Por lo tanto, y sin perjuicio de la reserva que deriva de la naturaleza no vinculante del informe, la inclusión de medidas para compartir el poder en los Consejos de administración de las sociedades y empresas es una aportación novedosa que establece un punto de partida para actuaciones reguladoras futuras.

3. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo expuesto en los epígrafes anteriores, en los albores del nuevo Siglo y refiriéndonos exclusivamente a la sociedad occidental, no hemos hecho “más que empezar a hacer el camino” de la paridad del poder de económico decisorio.

En el caso español, en 2006 tenían alguna mujer en el Consejo de administración de la sociedad un total de 19 compañías del Ibex 35, el 54,3% del conjunto de sociedades que lo integran. La mencionada cifra supuso un aumento del 58,3% respecto del año precedente, en el cual únicamente eran 12 las que contaban con alguna mujer en el órgano de administración²¹.

No obstante, y a pesar de que las mujeres ocupan hoy en día en España un 30% de los puestos de dirección en las empresas públicas y privadas, la presencia en los cargos de mayor responsabilidad, retribución económica y reconocimiento sigue siendo residual. Esta circunstancia se constata con el dato de que un 76% de las mil principales empresas españolas no cuenta con una mujer en su Consejo de Dirección²².

Por lo tanto, se ha empezado a caminar pero el ritmo es lento, posiblemente excesivamente lento. Las compañías mercantiles empiezan a incorporar mujeres al órgano decisorio y gestor de la organización pero el *ceiling glass* sigue existiendo para la generación

²⁰ www.ElEconomista.es [Consulta: 18 de agosto de 2008], 2.

²¹ “Informe anual de Gobierno Corporativo de las compañías del Ibex 35 del ejercicio 2006”, CNMV, 2007.

Según este informe, las 19 sociedades del Ibex mencionadas tenían, en concreto, 26 consejeras en 2006, frente a las 17 de 2005, con un promedio de mujeres en los Consejos de 5,1% frente al 3,3% del año anterior. Del total de las consejeras, el 42,3% eran independientes, el mismo porcentaje que de dominicales, y el 15,4% eran ejecutivas.

El informe recoge igualmente que en 2006 seis sociedades, que en el ejercicio anterior no contaban con ninguna mujer en su Consejo, nombraron cada una de ellas a una consejera, de las que cuatro eran independientes y dos dominicales.

El sentido ascendente del acceso de la mujer a los puestos directivos se confirma en las conclusiones presentadas por Asesor, empresa española especializada en el suministro de información empresarial por Internet. Este estudio destaca la presencia de las mujeres en la alta dirección empresarial. Un total de 1.015.746 altos cargos en España, del conjunto de más de 5.000.000 millones de cargos contabilizados en el BORME, son ya ocupados por mujeres (20.30%).

²² Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Presentación del Estudio de la Profesora Elena Martínez Tola, www.camaraomercio.bilbao, Información, 2006, 1 [Consulta: 5 de septiembre de 2008].

de mujeres mejor preparadas de la historia. La mujer sigue teniendo dificultades para acceder a los puestos de alta dirección. Los factores son múltiples.

Dada la brevedad del trabajo que únicamente pretende difundir el marco legal actual que afecta al objetivo de la paridad en los Consejos de administración de las organizaciones corporativas, no vamos a enumerarlos. Sin embargo, si procede mencionar que las variables que inciden en la situación actual integran valores culturales y sociales difíciles de modificar. De ahí que el voluntarismo y la discrecionalidad de los agentes titulares del sector empresarial no serán suficientes para alcanzar la paridad.

Desde una perspectiva de política legislativa, y sin perjuicio de valorar positivamente la incorporación al ordenamiento acciones positivas que coadyuven a que la mujer acceda a esos puestos, en nuestra opinión, se requiere de una norma que obligue a que las empresas, sean éstas, pequeñas, medias o grandes, a incorporar mujeres a sus puestos de dirección y en sus Consejos de administración en igualdad con los hombres.

Por lo tanto, y desde una perspectiva realista, es obvio que la solución más racional pasa por “concienciar y sensibilizar” a todos los actores sociales para que incorporen en sus organizaciones mujeres en los Consejos de administración y dirección. Sin embargo, la experiencia demuestra que la mayor parte de los logros sociales y la corrección de las desigualdades y perversiones del sistema económico social conllevan la aplicación de una norma de obligado cumplimiento, al igual que en Noruega. Esto no quiere decir que en un futuro no haya que analizar la eficacia de la aplicación de esa norma y modificarla si procede. La declaración de buenas intenciones y el voluntarismo ayudan pero no son suficientes.

Como advierte la Profesora E. MARTÍNEZ TOLA, “desaprovechar la excelente formación de las mujeres en el siglo XXI, además de incomprensible, no es favorable desde el punto de vista económico. Cada vez hay más estudios que identifican mejores resultados económicos en las empresas que son más diversas con la perspectiva de género”²³. No lo desaprovechemos.

²³ Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Presentación del Estudio de la Profesora Elena Martínez Tola, www.camaraomercio.bilbao, Información, 2006, 1 [Consulta: 5 de septiembre de 2008].

El régimen vigente del velo islámico en los centros educativos públicos de Francia y el Principio de laicidad¹

M^a Lourdes LABACA ZABALA

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco

Doctora por la Universidad de Oviedo

Sumario: Introducción. I.- El principio de laicidad en Francia. 1.- El principio de laicidad a través de la historia y en el ordenamiento jurídico. 1.1.- Fundamentos históricos de la laicidad. 1.1.1.- Fundamentos teóricos: de la laicidad sin libertad a la laicidad en tolerancia. 1.1.2.- La etapa revolucionaria: el primer periodo de laicización en la sociedad francesa. 1.2.- La laicización en los centros escolares públicos. 1.2.1.- La ley de 28 de marzo de 1882 de enseñanza obligatoria. 1.2.2.- La Ley de 20 de octubre de 1886 sobre la organización de la enseñanza en primaria. 2.- La separación Iglesia-Estado. 2.1.- La Ley de 9 de diciembre de separación Iglesia-Estado. 2.2.- El pacto laico o el umbral de la segunda laicidad. 2.3.- La laicidad cuenta con ciertas especificidades. 3.- Particularidades aplicadas en ciertos territorios de la República francesa. 3.1.- El reconocimiento del principio de libertad de enseñanza en determinados centros educativos privados. 3.2.- El régimen jurídico que se desprende de la Ley de 31 de diciembre de 1959. 3.3.- El estatuto de Alsacia-Moselle. 3.4.- Los demás territorios con estatuto particular. II.- La laicidad francesa, un modelo original a confirmar. 1.- El modelo francés de laicidad. 1.1.- ¿La laicidad francesa: un modelo original? 1.1.1.- La influencia extranjera. 1.1.2.- Un modelo único en su género: el caso de la enseñanza religiosa. 1.2.- La laicidad multiforme: los ejemplos extranjeros. 1.2.1.- La diversidad de modelos europeos. 1.2.2.- La influencia de los modelos europeos en la actitud ante el problema de los símbolos religiosos en la escuela. 2.- El debate en relación con el fenómeno religioso en el Proyecto de la Constitución europea. 2.1.- Los términos a debate en el seno de la Convención. 2.2.- La disposición de compromiso contenido por la Convención. 2.- El modelo de laicidad en crisis. 2.1.- La adhesión del Islam al pacto laico. 2.2.- El intento de una redefinición de la laicidad a la francesa. 3.- La reafirmación de la laicidad como ideal de integración. III.- Las manifestaciones de la pertenencia a una confesión religiosa o política traslucen dificultades en la escuela como lugar de integración. 1.- La escuela como lugar de aprendizaje de vivir en sociedad y de preservar la identidad de los valores de la República. 2.- Los nuevos retos que se plantean como consecuencia del respeto de la laicidad en la escuela. 3.- ¿Puede el diálogo y la mediación acabar con los equilibrios frágiles que se han logrado en la sociedad? 4.- La posición de algunas asociaciones de alumnas. 5.- La escuela debe ser el lugar de aprendizaje de los alumnos. 6.- Los conflictos y reivindicaciones comunitaristas no pueden producirse dentro de los centros educativos. 7.- La escuela como lugar de integración social, sobre todo, de los jóvenes más desfavorecidos. 8.- ¿Podemos considerar que el llevar símbolos religiosos o políticos es una de las manifestaciones del comunitarismo? a) Llevar el velo y la búsqueda de la identidad. b) El llevar el velo, los ghettos y el incremento de la violencia. c) Llevar el velo y el estatuto de la mujer en la sociedad. d) Otros símbolos de pertenencia religiosa suponen un símbolo de identidad. 9.- El fundamentalismo religioso como telón de fondo. a) Las asociaciones integristas tratan de ocupar el espacio que se ha dejado libre en las ciudades. b) La lucha de las mujeres musulmanas por la emancipación en Francia y la oposición al velo islámico. c) Los conflictos internacionales y la exacerbación de la violencia sobre las jóvenes. IV.- Estudio, elaboración, entrada en vigor y aplicación de la Ley que prohíbe los símbolos religiosos ostensibles en Francia. V.- Conclusiones.

Introducción

El principio de laicidad se contiene en el artículo primero de la Constitución, en el que se destacan los valores de respeto, tolerancia y diálogo, siendo el centro de la identidad de la República francesa.

¹ Investigación realizada en el Centro de Documentación e Investigación Europea, de la Facultad Pluridisciplinar de Bayona, dependiente de la Universidad de Pau y de los Países del Adour.

Podemos destacar que, la laicidad garantiza la libertad de conciencia de todos los ciudadanos, protege la libertad de creer y de no creer, asegurando a cada ciudadano la posibilidad de vivir y manifestar su fe y de practicar su religión.

Durante los últimos años, a pesar del peso que ha tenido el principio de laicidad en la sociedad francesa, se ha iniciado un proceso en el que se manifiestan dificultades que han suscitado un gran debate en la sociedad francesa, especialmente relacionados con ciertos servicios públicos, como centros educativos, hospitales....

Por ello, la reafirmación del principio de laicidad en la escuela, adquiere un lugar destacado, tanto en la adquisición como en la transmisión de valores comunes de la República, instrumento que tiene su base y fundamento en la idea de República, cuestión que hoy día se ha convertido en indispensable.

Así pues, la escuela debe preservar y asegurar la legalidad del cambio, ya que estamos en presencia de un lugar especialmente privilegiado en el que se adquieren y transmiten los valores comunes de la sociedad, que tienen su base en la igualdad de los niños y niñas, quienes deben respetar y preservar la laicidad de la escuela de la República. Sólo la neutralidad de la escuela puede asegurar el respeto de la libertad de conciencia de los alumnos, así como, el respeto de todo tipo de convicciones.

En relación con todo ello, a partir del trabajo desarrollado por Bernard Stasi, a propuesta de la Asamblea Nacional francesa, los partidos políticos, las autoridades religiosas, los representantes de las grandes corrientes de pensamiento, el Presidente de la República, ha tenido la ocasión de manifestar, en su discurso del 17 de diciembre de 2003, que está prohibido en todo tipo de centro educativo público, llevar símbolos religiosos manifiestamente ostensibles de pertenencia a una confesión religiosa.

Fruto de este debate se ha iniciado el estudio del Proyecto de Ley, que se ha incluido en el artículo L.141-5-1 del Código de educación de Francia, en el que se contiene la prohibición de llevar símbolos religiosos ostensibles en los centros educativos públicos franceses. Estos símbolos son: el velo islámico, la Kippa, o el crucifijo de dimensiones excesivas. Por el contrario, los símbolos religiosos discretos de pertenencia a una determinada confesión religiosa están permitidos².

El presente estudio se va a ocupar de determinar si llevar símbolos religiosos ostensibles en los centros educativos públicos es compatible con el principio de laicidad consagrado como principio fundamental de la República francesa, Por ello, inicialmente nos ocuparemos de determinar el origen y la evolución del principio de laicidad en la sociedad francesa, seguidamente, trataremos de determinar el contenido del principio de laicidad, su crisis y su redefinición. A continuación nos ocuparemos de concretar si el llevar símbolos religiosos a las aulas cuestiona el principio de laicidad. Y por último realizaremos unas conclusiones críticas en relación con las posiciones que se han adoptado en Francia en los

² Art. L. 141-5-1: “Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit”: Este artículo se incluye en el Código de educación de Francia, tras el art. L. 141-5.

últimos años en relación con la laicidad y su compatibilidad con los símbolos religiosos en las aulas.

I.- El Principio de laicidad en Francia

Si actualmente el hecho de que los alumnos lleven símbolos religiosos ostensibles a la escuela está cuestionada por parte de la sociedad francesa, el fundamento de esta idea reside en que se entiende que la misma ataca frontalmente los principios fundamentales de la República francesa, especialmente la laicidad. El Principio de laicidad es parte integrante del patrimonio de la sociedad francesa, que se ha construido a través de un largo camino, es la expresión de un principio fundamental y se ha trasladado al ordenamiento jurídico. En la actualidad, la laicidad es fruto del consenso de la sociedad francesa, con gran capacidad de adaptación a nuevas situaciones que se producen en la sociedad, a pesar de lo cual, podemos destacar que el llevar símbolos religiosos en los centros educativos públicos franceses puede considerarse contrario a dicho principio.

1.- El principio de laicidad a través de la historia y en el ordenamiento jurídico

Qué supone la laicidad? La definición clásica de la laicidad podemos considerarla como un reenvío al carácter laico, lo que supone que no es ni eclesiástico ni religioso. Etimológicamente, laicidad designa el “*laos*”, es decir, el pueblo considerado como un todo indivisible, lo que nos remite simultáneamente al principio de libertad y de igualdad.

1.1.- Fundamentos históricos de la laicidad

Si la laicidad, como forma de organización de una sociedad, puede considerarse como un fenómeno relativamente reciente, relacionado con el surgimiento del Estado-Nación, el principio de la distinción entre poder temporal y poder espiritual, el fundamento real del Principio de laicidad hunde sus raíces en un pasado lejano. El problema surge al mismo tiempo que el concepto de democracia, que trata de conciliar los dos tipos de poder, uno en la legitimidad del sufragio, y el otro directamente en lo sagrado.

1.1.1.- Fundamento teórico de la laicidad: de la laicidad sin libertad a la laicidad en tolerancia

Las guerras religiosas en Francia y la guerra civil inglesa suponen un movimiento de Reforma que constituye la bisagra que tratan de resolver el problema generado por parte del poder político que trata de emanciparse del poder religioso. Serán Bodin (1530-1596) y Hobbes (1588-1679) quienes reconocen las primeras vías para resolver el conflicto. El primer fundamento de la teoría mostrada por los autores señala que el Estado no puede estar limitado por las pretensiones religiosas, ni que el poder religioso no puede inmiscuirse en cuestiones públicas. De todo ello se desprende que la primera articulación de la teoría del Estado laico, en la filosofía moderna, supone que estamos en presencia de una laicidad sin libertad.

Posteriormente, Locke (1632-1704) supera la contradicción mostrada por los autores anteriores e introduce un nuevo concepto, la tolerancia, en el centro de su teoría. Su posición se inscribe en la lógica protestante, lo que supone que se abre una vía para el proceso de la laicización, entendida como secularización, que es la propia de los países de tradición protestante.

Finalmente, Rousseau, en su obra, *“Contrato social”* (1762) va un poco más lejos. Entiende que el Estado es el instrumento que hace que los ciudadanos logren sus fines, a través de la adhesión al contrato social, lo que supone que estamos en presencia de la expresión de la voluntad popular, sacando la noción de sagrado del poder político.

Así pues, la laicidad francesa es la heredera de esta concepción que rechaza que los grupos acuerden determinadas reglas específicas con el fin de evitar que la sociedad se desintegre. En la actualidad, el principio de laicidad francesa responde a esta exigencia que supone el mantenimiento de la unidad de la sociedad. Por ello, el pacto de laicidad tiene vocación de imponerse a todo ciudadano, lo que supone que, el Estado debe conjugar el principio de laicidad con la neutralidad y con el respeto al pluralismo.

El principio de laicidad, que se contiene en la Ley de 9 de diciembre de 1905, supone la separación del Estado y la Iglesia, que es lo que en la actualidad se aplica en la sociedad francesa.

1.1.2.- La etapa revolucionaria: el primer periodo de laicización en la sociedad francesa

Con la Revolución es cuando realmente el proceso de laicización adquiere verdaderamente fuerza en la sociedad francesa. Hasta ese momento, la sociedad francesa se presentaba como la hija mayor de la Iglesia. Esta concepción tiene sus raíces en la inconsciencia colectiva, que descansa en tres temas fundamentales: la etapa precedente de la conversión de Francia, las relaciones privilegiadas entre el rey y la Iglesia y la convicción de la elección del pueblo francés en Dios.

Con el movimiento revolucionario, Francia no se desvía de su vocación universalista, pero trata de que subsista su función misionera del evangelio católico, el mesianismo de la libertad y de los Derechos del Hombre. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de agosto de 1789, supone para Francia una declaración de derechos naturales, inalienables y sagrados para el hombre. Será a partir de 1791 cuando se consigue la laicización del estado civil y el matrimonio, hasta ese momento competencia o prerrogativa de la Iglesia católica, constituyéndose también, por primera vez la institución del divorcio. El año 1794 Robespierre decreta la supresión de la confesionalidad del Estado, iniciándose un nuevo camino en el que se va a reconocer el pluralismo religioso y la neutralidad del Estado. El Código civil, por su parte, incluye la laicización del derecho de familia. La moral religiosa no será por más tiempo la guía oficial de la acción pública, aunque estará fuertemente impregnada de ella.

1.2.- La laicización en los centros escolares públicos

Los conflictos entre las dos posiciones que se encuentran en Francia, la que hace referencia a la que mantiene la fidelidad a la Iglesia católica, y la que deriva de la laicidad, se desarrollan a lo largo de todo el siglo XIX. Cada uno triunfará de forma alternativa hasta llegar al gran pacto de laicidad que se produce con la Ley de 1905. En este periodo, ocupa un lugar destacado el conflicto en el ámbito escolar, ya que en ella reside la formación de los ciudadanos.

Con el fin de lograr la laicización de la escuela de la República, durante todo el Siglo XIX se mantiene un fuerte debate entre la institución escolar de la Iglesia. Durante la primera

mitad del Siglo XIX las autoridades de la República trataran de conciliar religión y libertad en el ámbito escolar.

La Ley de 28 de junio de 1833 sobre la instrucción en primaria, conocida como la Ley Guizot, refuerza la autonomía de la enseñanza primaria tratando de desgajarla de la tutela religiosa. La enseñanza moral y religiosa figura en la cúspide de las materias en las escuelas públicas, sometidas a la vigilancia de un comité local presidido por el alcalde y por representantes de las distintas confesiones y personas de cierta entidad dentro del municipio.

Por su parte, la Ley de 15 de marzo de 1850, señalada como Ley Falloux, refuerza todavía más el control de la Iglesia en el ámbito educativo. En cada colectivo de la administración escolar serán incluidos personas pertenecientes a la Iglesia. Así, en secundaria, los centros educativos privados son libres de determinar los órganos administrativos y el plan pedagógico.

Con la llegada de la III República se empieza a ver necesaria la separación de la influencia religiosa de los centros educativos. La formación de los ciudadanos se considera condición indispensable para que pueda asentarse la democracia, y así, el Ministro de educación, Jules Ferry, inicia la adaptación de los centros educativos a los principios de la República.

La primera laicización de la sociedad francesa se caracteriza por la fragmentación institucional, perdiendo la religión la vocación de totalitarismos que había mostrado hasta ese momento, reconociéndose la legitimidad social de la religión y el pluralismo de cultos reconocidos.

A partir de las negociaciones iniciadas por Bonaparte con el Papa se llega a la firma del Concordato de 15 de julio de 1801. Con ello, se restablece la unidad de la Iglesia católica en Francia, a pesar de lo cual, el culto católico no recupera su carácter de religión oficial. La Iglesia católica confirma la venta de sus bienes a cambio de un tratamiento ventajoso de los eclesiásticos. Se confirme la libertad de culto público, teniendo como límite las reglas establecidas por la policía.

Así, Bonaparte une unilateralmente al Concordato algunos artículos que permiten la libertad religiosa y su ejercicio, solamente para los católicos y los protestantes, tratando así de ejercer un control estatal sobre ellos. Este reconocimiento de pluralidad de cultos será completado a través de un Decreto promulgado en marzo de 1808 en el que se reconoce, también, a los israelitas.

A pesar de todo lo que hemos señalado hasta este momento, continúa existiendo cierta ambigüedad. Así, el Código civil confirma la laicización del derecho de familia en contraposición a la existencia de determinadas materias que serán competencia del Derecho civil y del Derecho Canónico. La moral religiosa no será considerada oficialmente como guía de la acción de la República, aunque todavía sigue estando impregnada por ella. Por ello, se establece que, la Ley regula ciertas circunstancias aunque la religión las impregna a todas.

A partir de 1879 la Ley exige que cada uno de los Departamentos franceses instituya y mantenga un centro educativo. Esta Ley será completada a través de la Ley Camilla Sée, a través de la cual se crean los colegios e institutos de niñas, prohibiéndose la enseñanza

religiosa en las mismas dentro del horario de clases. Eso sí, se permite que dentro del centro educativo pueda procederse a la enseñanza religiosa por parte de un capellán.

1.2.1.- La ley de 28 de marzo de 1882 de enseñanza obligatoria

La Ley de 28 de marzo de 1882 contiene la obligación de la instrucción primaria, tanto para niños como para niñas, de 6 a 13 años. En los tres primeros artículos de la Ley se contienen determinadas cuestiones que hacen referencia a la laicización de la educación.

- a) La enseñanza moral y cívica reemplaza la enseñanza religiosa.
- b) Un día a la semana en el que no se imparte la enseñanza en el centro educativo, se deberá permitir que los alumnos sigan la enseñanza religiosa fuera del centro educativo.
- c) La enseñanza religiosa será facultativa en los centros educativos privados.

Esta Ley será aplicada por parte del Gobierno con todo tipo de cautelas. Los nuevos programas de enseñanza moral mantienen cierta orientación espiritual, señalándose que al concluir las clases se puede invocar a Dios con el fin de no atacar frontalmente a los alumnos que profesan la religión mayoritaria.

En sintonía con esta posición se promulga una Circular con el fin de dar cumplimiento a la Ley de 28 de marzo de 1882, en la que se resuelve el tema relacionado con los crucifijos en las aulas. Por tanto, en base a la citada Circular, los crucifijos serán eliminados de los centros educativos.

1.2.2.- La Ley de 20 de octubre de 1886 sobre la organización de la enseñanza en primaria

Esta Ley constituye la segunda etapa de la laicización de la escuela, confiando a una persona exclusivamente laica la enseñanza religiosa en las escuelas públicas³. Esta Ley privilegia la conciliación en los centros educativos y posibilita en los centros educativos privados, que serán completamente libres a la hora de determinar los métodos educativos que se van a aplicar en los mismos, respetando en todo momento la legislación promulgada por el Estado⁴.

El acuerdo adoptado por las personas que propugnan la Ley de laicidad ha permitido que, como consecuencia de la firmeza de sus posiciones y la prudencia de sus actuaciones se aplique la ley sin generar conflictos.

Durante el año 1889 se inicia la ralentización del catolicismo en la República. En 1890 el Cardenal Lavigerie confirma la adhesión de la Iglesia al gobierno republicano. El Informe Dreyfus reaviva la división entre la Iglesia y el Estado que finaliza con la adopción de la Ley de 7 de julio de 1904, a través de la que se prohíbe la enseñanza a las Congregaciones, culmina esta fase con la ruptura de relaciones diplomáticas entre Francia y la Santa Sede el 30 de julio de 1904.

2.- La separación Iglesia-Estado

³ L. 141-5 du Code de l' Education, art. 17.

⁴ L. 442-3, du Code de l' Education, art. 35.

En este clima de tensión, se anuncia el proceso de separación Iglesia-Estado, lo que supone, en opinión de los católicos, un nuevo sistema de persecución. Se presentan dos proyectos que suponen una mayor vigilancia de la Iglesia por parte del Estado.

A pesar de clima generado en este momento, se promulga una nueva Ley muy distintas a la que se había planteado originariamente, nos estamos refiriendo a la Ley de Separación Iglesia-Estado de 1905.

2.1.- La Ley de 9 de diciembre de 1905 de separación Iglesia-Estado

Se elabora un nuevo texto que será dirigido por parte de Aristide Briand, responsable de la Comisión de la Cámara de Diputados. El texto es fruto del consenso aceptado por la mayoría de las partes implicadas, a pesar de no estar en la misma línea de la mayoría de su espectro político.

En su espíritu, la nueva Ley no debe suponer un problema para el ejercicio de los cultos, todo lo contrario, debe mostrarse susceptible de asegurar la pacificación de espíritus, con el fin de mostrar a la Iglesia que ellos también tienen la posibilidad de vivir arropada por el régimen estatal.

La redacción del art. 4º de la Ley es un fiel reflejo del equilibrio sutil que el legislador ha tratado de encontrar. Así, los edificios religiosos, que se convirtieron en la etapa precedente en propiedad pública, son puestos a disposición de las asociaciones representativas religiosas. Es por tanto un reflejo de la contradicción que se vive en esta época, en la que los edificios han pasado a ser propiedad del Estado, y al mismo tiempo, se permite el ejercicio de culto teniendo como límite siempre el respeto de las distintas confesiones religiosas.

La Ley de separación Iglesia-Estado se adopta el 9 de diciembre de 1905, asegurando la República la libertad de conciencia y garantizando el ejercicio libre de los distintos cultos, a pesar de lo cual se señala que no se pagaran salarios ni subvenciones a ningún colectivo religioso. Estamos pues, ante un sistema de reconocimiento de cultos, en el que subsiste un doble principio, el de neutralidad del Estado y el de reconocimiento del pluralismo.

A partir de este momento, las Iglesias adquieren un estatuto encuadrado dentro del Derecho privado, lo que supone que, tendrán que resolver sus problemas financieros a través de sus propios recursos. A pesar de ello, el Estado deja a su entera disposición (de la Iglesia) el patrimonio inmobiliario, aunque mantiene en todo momento la propiedad de los mismos, siendo los entes municipales los encargados de proceder al mantenimiento de todos los edificios religiosos. En esta Ley se prohíbe exponer símbolos religiosos en cualquier monumento público.

A pesar de todo lo que se ha señalado hasta este momento, podemos concluir que la aplicación de la Ley encontró graves dificultades. Cabe destacar que, los católicos consideraron un sacrilegio el hecho de que los bienes eclesiásticos fueran inventariados por parte de los distintos entes públicos. Finalmente, el año 1921 se retoman las relaciones diplomáticas entre Francia y la Santa Sede.

2.2.- El pacto laico o el umbral de la segunda laicidad

La promulgación de la Ley de 1905 es considerada por parte de los historiadores de ese periodo como el “pacto laico”, que es el que se aplica todavía hoy día en Francia. Este pacto laico, en definitiva, fue impuesto por parte de los poderes públicos y supone el establecimiento de un modelo de equilibrio permanente entre las religiones y el poder político.

Este periodo fue calificado por Baubérot como el segundo umbral de la laicidad, cuyas características podemos destacar que fueron:

a) *Una disociación institucional*: jurídicamente, la religión se equipara a una asociación y su influencia en la sociedad no sobrepasa el role de intervención permitida por parte de sus propias estructuras.

b) *Ausencia de legitimidad social institucional*: los preceptos morales que derivan de los dogmas de la Iglesia no son ni impuestos ni perseguidos por parte de las poderes públicos.

c) *La libertad de conciencia y de culto*: ambas integran el ámbito de las libertades públicas, sin ningún tipo de distinción, existiendo libertad de manifestar cualquier tipo de culto, sin que exista preeminencia de culto alguno.

La laicidad se instaura en la sociedad francesa, con la única excepción del periodo del régimen de Vichy. Este principio de laicidad se contendrá en lo sucesivo en el propio texto constitucional. El Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 dispone que: “*la organización de la enseñanza pública, gratuita y laica en todos los niveles educativos es un deber del Estado*”, y esto mismo consta en el artículo primero de la Constitución de 4 de octubre de 1958, en los siguientes términos: “*Francia es una Republica indivisible, laica, democrática y social*”.

2.3.- La laicidad cuenta con ciertas especificidades en los centros docentes

La laicidad no puede extenderse de igual forma a todos los centros educativos en su conjunto ni a todo el territorio de la República. Como consecuencia de su especificación, el problema que se genera como consecuencia de llevar símbolos religiosos a los centros educativos no puede ser resuelto de la misma forma.

a) *Colegios privados y libertad de enseñanza*: como consecuencia de que el bloque constitucional no menciona expresamente la libertad de enseñanza, el Consejo Constitucional le ha concedido a este principio un valor constitucional en su Decisión de 23 de noviembre de 1977. El Consejo Constitucional funda su posición en el art. 91 de la Ley de 31 de marzo, que hace que la libertad de enseñanza se convierta en un principio fundamental reconocido por la Ley de la República.

A partir de 1886 la Ley que organiza la enseñanza escolar refuerza expresamente la posibilidad de una educación privada libre, considerando que esta es una condición indispensable que se desarrollo en paralelo de la laicidad en el ámbito educativo público.

La polémica que se genero a partir de 1945 en la enseñanza privada ha supuesto que la mayoría de la sociedad haya considerado que no corresponde al Estado laico proceder a la financiación de este sistema educativo cuando los centros son confesionales.

b) *El nuevo régimen jurídico que surge de la Ley de 31 de diciembre de 1959.* En la actualidad, el régimen jurídico de los centros educativos privados se regula a través de la Ley nº 59-1557, de 31 de diciembre, conocida como Ley Debré. La relación existente entre el Estado y los establecimientos de enseñanza privados supone que la legislación que regula estos centros se integra en el Código de educación.

En un principio, la Ley contó con la oposición de la jerarquía eclesiástica, quienes consideraban que eran independientes en el ámbito educativo. Esta Ley muestra la voluntad de conciliación que supone o permite la financiación pública de la enseñanza privada. Como contraprestación, el Estado se reserva el derecho a ejercitar el control de sus instituciones, lo que ha supuesto que existan numerosos centros educativos privados en Francia.

El control que realiza la administración sobre los centros docentes privados se realiza de forma diferente, teniendo como parámetro para el ejercicio de esta competencia de control, el nivel de financiación pública que recibe el centro educativo privado. El carácter confesional o no confesional del centro no constituye hoy día un criterio a la hora de determinar el tipo de control que se va a realizar. El Derecho francés tiene en consideración este hecho a través de la noción de “carácter propio”, al cual, el Consejo Constitucional le ha concedido un valor constitucional en su Decisión de 23 de noviembre de 1977.

Si el centro educativo privado no solicita ningún tipo de financiación pública (establecimiento fuera de control) la enseñanza que se va a dispensar en el mismo es libre, y sólo tendrá que respetar los siguientes parámetros: titulación exigida a los profesores, la obligación de escolarización, el respeto al orden público y las buenas costumbres y la prevención sanitaria y social⁵.

En realidad, los centros educativos que se han decantado por este sistema son muy pocos. El régimen más común es aquel en el que los centros educativos han firmado acuerdos. La Ley tiene previstos dos tipos de contratos: a) el contrato simple, y, b) el contrato de asociación. En ambos casos, el centro educativo debe preparar a sus alumnos teniendo en consideración los programas de índole nacional y los profesores son reconocidos por el Estado teniendo en consideración los diplomas que ellos ostentan.

a) *En el contrato simple:* el centro se reserva un cierto grado de autonomía en la organización de la enseñanza, en la distribución de horarios y las materias que se van a impartir. El control del Estado se limita al ámbito pedagógico y financiero⁶.

b) *En el contrato asociativo:* existe la obligación de perfilar la enseñanza que se imparte en estos centros a los de los centros públicos. En compensación, el Estado asegura el funcionamiento del centro en los mismos términos que los centros públicos. Sin embargo, esto no afecta al hecho de que estos centros docentes puedan tener establecido carácter propio, el cual podrá afectar tanto a las actividades exteriores, a las cuestiones pedagógicas, incluso puede llegar a tener carácter confesional.

Los directores de estos centros de enseñanza privada destacan la importancia que tiene para ellos el preservar el carácter propio del centro. Para ellos, dentro del carácter propio del

⁵ L- 442-2, du Code de L' Education nationale, art. 2.

⁶ L. 442.2, du Códé de L'Education nationale, art. 5.

centro educativo existe la posibilidad de manifestar su pertenencia a una confesión religiosa, incluso, dentro del centro escolar.

3.- Particularidades aplicadas en ciertos territorios de la República francesa

Existen determinadas regiones dentro de Francia en la que se ha reconocido la existencia de regímenes peculiares en el ámbito educativo.

Así Alsacia-Moselle, se benefició en el Antiguo régimen de una legislación especial en el ámbito religioso. El culto católico contó con un cierto grado de independencia del poder central. Los Luteranos e Israelitas tenían reconocido un estatuto particular que garantizaba el ejercicio libre del culto propio.

Tras el periodo Revolucionario, hostil a todas las Iglesias, los cultos serán restablecidos en Alsacia. Hasta 1871 Alsacia tendrá el mismo estatus cultural que en el resto de Regiones de Francia.

Tras la aprobación en 1905 de la Ley de Separación Iglesia-Estado, el mantenimiento del régimen precedente está en frontal contradicción con la legislación religiosa aplicable en el resto de Francia.

Será a través de la Circular de 15 de septiembre de 1945 cuando se restablece la legalidad republicana, aunque de forma provisional, de la etapa precedente, concretamente la que hace referencia a la etapa anterior a 1940. Esta legislación será definitivamente instaurada durante los años 50, resolviéndose todas las cuestiones que hacen referencia a los centros privados confesionales, siendo una legislación que afectará a todo el territorio francés.

El régimen de Derecho local estará profundamente enraizada en la sociedad de Alsacia. Por su parte, el régimen que se aplica en los centros educativos públicos está dominado por el régimen concordatario, concretamente el que hace referencia al Concordato de 1801, el cual, no hace referencia en ningún momento a materias que guardan relación con la educación. Se aplicará durante este periodo el Derecho local, que en realidad es próximo al que se estableció a través de la Ley Falloux de 1850, cuyas peculiaridades desarrollaremos posteriormente.

La enseñanza religiosa será de impartición obligatoria para el centro educativo público en relación con cuatro confesiones (católica, luterana, calvinista e israelita) y el seguimiento de las mismas será obligatoria para los alumnos, a no ser que la misma sea dispensada por parte del director del centro a solicitud de los padres o tutores. En este último caso, es decir, que los alumnos cuenten con la citada dispensa para asistir a las clases de religión, deberá asistir de forma obligatoria a las enseñanzas de moral.

Otros territorios franceses con estatuto particular:

Podemos destacar entre otros, la Guayana, que estuvo excluido en todo el territorio la aplicación de lo establecido en la Ley de 1905 de separación Iglesia-Estado. Se mantuvo el régimen concordatario, confirmándose, al igual que ocurría en Alsacia la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos y su financiación por parte del Estado.

En relación al régimen que se aplicó en los territorios de ultramar, Wallis-et-Fortuna, así como, la Polinesia francesa es *sui generis*, aplicándoseles en base a lo que establecía en

base al principio de especialidad legislativa recogida en el art. 74 de la Constitución. En base a este principio, la legislación que se aplicaría en esta zona podía diferir de la normativa que se aplicaba en el resto del territorio francés.

Según se señalaba en la Ley n^o 58-959, de 11 de junio de 1985, relativa al estatuto del archipiélago de Saint-Pierre-et-Miquelon, el derecho sería aplicado a todas las colectividades de esta zona en base al principio de asimilación. La normativa en el ámbito educativo se aplicarán de la misma forma que en el resto del territorio francés, en base a las reglas de la laicidad.

Por lo que concierne a la Polinesia francesa se aplicará, en base al principio de laicidad en el ámbito educativo, toda la legislación que se aplica en territorio francés. A pesar de lo cual, se establece en la legislación determinadas especificidades, concretamente se señala que, en la etapa de preescolar y educación elemental, siempre que estemos en centros educativos públicos, la organización del calendario escolar no puede obstaculizar la posibilidad de que los padres que lo deseen tengan un periodo de tiempo suficiente para que sus hijos reciban enseñanza religiosa fuera del centro escolar y del horario escolar.

La misma normativa se aplica en Nueva Caledonia, aunque existen ciertas particularidades que derivan del estatuto especial que corresponde al archipiélago. Teniendo en consideración lo que se establece en la Ley n^o 99-209, de 19 de marzo, de 1999, la educación primaria pública deja en manos del Congreso territorial la posibilidad de adaptar los programas educativos en relación con las singularidades culturales y lingüísticas que le son propias. La enseñanza primaria en centros privados y públicos de segundo grado son competencia del Estado hasta que se proceda a transferir esta competencia a la Nueva Caledonia durante los años 2004-2009.

En la Polinesia francesa, según se señala en la Ley de 30 de octubre de 1886, la enseñanza primaria es competencia exclusiva del personal laico. Pero este principio no se aplica en realidad, ya que, se entiende que la enseñanza pública fue objeto de una concesión del Estado a la congregación católica de los padres de Saint Marie. Todo ello supone una doble derogación, por una parte, del principio de laicidad en el ámbito educativo, y por otra, el Estado asume el coste de la educación, a pesar de que se imparta siguiendo los criterios y principios religiosos.

II.- La laicidad francesa, un modelo original a confirmar

La originalidad del modelo francés de laicidad tiene por fundamento el absolutismo de su construcción jurídica y la singularidad de su concepción histórica, todo ello le ha concedido un simbolismo evidente y ha llegado a constituirse en algo indisociable de la existencia de la propia República. Por ello, puede afirmarse que la República y la laicidad se integran y que la laicidad ha contribuido a la afirmación de la propia República.

1.- El modelo francés de laicidad. ¿La laicidad francesa: un modelo original?

A pesar de lo que en principio puede parecer, Francia no fue el primer país en el que se desarrolló la laicidad. En Gran Bretaña, la Ley Foster de 1870 introdujo el no sectarismo, acogiendo a alumnos de distintas confesiones. La enseñanza estará dirigida por un profesor independiente de cualquier credo e inspirado en principios morales y religiosos

suficientemente generales como para no herir la sensibilidad de los alumnos. En Alemania, a partir de 1871 se inicia un principio de laicización en el ámbito educativo de los centros católicos, reforzándose el control del Estado sobre la jerarquía católica, como consecuencia de la voluntad política de quebrantar la influencia de las corrientes del centro que eran próximas a los católicos.

En Italia, la enseñanza religiosa no se constituye en materia obligatoria en la etapa de primaria en el año 1877, pero esta medida fue aplicada de forma muy dispar en el país.

1.1.- La influencia extranjera

Las grandes leyes del ámbito educativo de la III República son precedidas, en muchos países europeos, de legislaciones que tratan de separar de las escuelas la influencia de la religión. La Ley francesa de 23 de marzo de 1882 sobre enseñanza obligatoria, y la Ley de 30 de octubre de 1886, sobre la enseñanza primaria, son influencia de la Ley Van Humbeck adoptada por parte del Parlamento Belga el año 1879. Esta Ley que trataba de laicizar a los profesores, además de sustituir la enseñanza religiosa por la enseñanza moral y de que la enseñanza del catecismo fuera impartido fuera del horario y de los centros educativos.

La dificultad de aplicar esta normativa supuso que el legislador francés pospusiera hasta 1886 la laicización competa de la enseñanza en los centros educativos públicos, finalmente adoptará una legislación muy próxima a la que se adoptó en Bélgica.

Será el modelo americano que se desarrolla a lo largo de todo el siglo XIX la referencia indispensable que sirve de base a los partisanos franceses para desarrollar la separación entre la Iglesia y el Estado. Así, en la redacción de la Ley de 9 de diciembre de 1905 (art. 4º) se recogerá la contradicción entre la apropiación por parte del Estado francés de los edificios de la Iglesia, y la libertad de culto, todo ello se inspira en el modelo legislativo americano.

A pesar de ello, la separación Iglesia-Estado en Francia y en Estado Unidos no puede ser entendida de igual forma. La tradición protestante americana ha permitido que se desarrolle un consenso moral y religioso aconfesional, separando a las confesiones religiosas del poder el presidente.

1.2.- Un modelo único en su género: el caso de la enseñanza religiosa

La laicidad en Francia ha seguido un camino singular. Un estudio realizado por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre la enseñanza religiosa en los centros educativos de los 15 países de la Unión europea refuerza la idea de la singularidad del modelo francés.

Francia es el país europeo que no incluye la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos. La República Checa y Hungría, estados laicos también, que presentan singularidades similares a Francia, permiten que el Ministro de culto intervenga en distintos niveles educativos impartiendo sus propias enseñanzas, siempre que los soliciten los padres de los alumnos. El sistema francés, por lo tanto, no incluye en el cuadro de estudios de los centros educativos públicos al mismo nivel que el resto de materias de estudio, es un modelo único en Europa.

La mayoría de los países europeos imparten enseñanza religiosa no catequista en el horario de cada curso escolar. Estas enseñanzas son impartidas por parte de profesores laicos, en colaboración con los Ministros de culto de las respectivas confesiones religiosas.

En Suecia, Finlandia y Gran Bretaña, la asignatura de religión es obligatoria para los alumnos, y en Gran Bretaña, además, no existe ninguna asignatura sustitutoria cuando el alumno decide no asistir a las enseñanzas religiosas impartidas en el centro educativo. En el resto de países la asignatura de religión es optativa para los alumnos.

La asignatura de religión no catequista puede desarrollarse de distintas formas, teniendo como punto de referencia alguno de las siguientes características:

- a) *característica cultural*: tiene en consideración los aspectos sociológicos y artísticos de las distintas religiones, este modelo se desarrolla en Suecia y Bulgaria.
- b) *característica étnica*: está orientada a las enseñanzas morales de los distintas confesiones, especialmente a materias que conciernen a los debates que se producen en la sociedad. Este modelo se sigue en Italia, Dinamarca, Gran Bretaña y Austria.
- c) *característica identitaria*: este modelo se desarrolla en los países en los que se instauró el modelo de Iglesias del Estado o donde la religión tiene la consideración de pertenencia nacional, modelo desarrollado en Grecia.

La enseñanza de la religión desde una vertiente catequista se ha desarrollado en las escuelas públicas de Luxemburgo. En este país se reconoce la utilidad social y pública del culto católico, judío, ortodoxo y protestante, al igual que ocurre en los países laicos, como Bélgica o Portugal, o se practica la separación Iglesia-Estado como en España o Suecia. Este modelo deriva de la conciencia social que se tiene en la sociedad en relación con el tema religioso. Se generan a pesar de todo importantes debates en la sociedad que producen importantes problemas a la administración escolar en relación a los programas que se imparten, la financiación de los cursos y la elección de los profesores que van a impartir estas asignaturas.

Además, consideramos necesario destacar que, algunos países asumen la enseñanza religiosa adaptada especialmente a los alumnos que profesan religiones minoritarias. La legitimidad de estas enseñanzas es discutida por la sociedad, a no ser que estemos en países en los que se han instaurado las Iglesias del Estado. Como caso peculiar consideramos necesario señalar que, en Dinamarca, en los colegios públicos se garantiza la enseñanza de la religión musulmana orientada al estudio del Corán.

Todas estas diferencias que hemos resaltado en relación con la enseñanza de la religión en los centros educativos son el resultado o podemos decir también que, guardan estrecha relación con el tipo de laicidad que adopta cada uno de los Estados.

3.- La laicidad multiforme: los ejemplos extranjeros

Como introducción al desarrollo que se ha producido en relación con la laicidad, consideramos que es importante destacar que la laicidad en sentido estricto, entendido como el respeto por parte del Estado de la libertad religiosa y de los derechos fundamentales de la

persona, está ausente en la mayoría de los países del mundo. El principio de laicidad entendido en estos términos es propio de los países en los que se instauran regímenes democráticos.

1.3.1.- La diversidad de modelos europeos

En Europa la postura que ha adoptado cada uno de los países en relación con la laicidad se ha desarrollado siguiendo distintos parámetros. Así François Champion, investigador y miembro del grupo de sociología de las religiones y de la laicidad del Centro Nacional de Investigaciones Científicas ha señalado que existe una doble tipología, la que hace referencia a la laicización y la que se refiere a la secularización.

Por lo que concierne a la laicización, incluye en concurrencia al Estado y a una Iglesia como globalizante. Este modelo es propio de los países católicos. El modelo francés se constituye en arquetipo del modelo de laicización.

En cuanto a la secularización, supone una separación de la sociedad y de la Iglesia, modelo que se desarrolla en los países protestantes.

Consideramos necesario añadir a los dos modelos señalados anteriormente el supuesto de los países multiconfesionales y los países en los que la identidad religiosa es inseparable de la identidad nacional.

El estudio del funcionamiento de cada uno de los países que hemos señalado en las distintas categorías tiene su fuente de inspiración, a la hora de adoptar una postura en relación con la laicidad, con las condiciones históricas que se han vivido en cada uno de los países.

Así, cinco países europeos han seguido un proceso de laicización similar al de Francia, en todos ellos se ha producido una separación entre la Iglesia y el Estado y la misma se ha producido de forma nítida.

En Bélgica, la Constitución de 3 de noviembre de 1830, que fue el resultado de un compromiso entre los católicos y los liberales, garantiza la libertad religiosa y la libertad de conciencia. Se garantiza, así también, la independencia de cultos. Se ocupa el Estado de las pensiones de los Ministros de culto y de las delegaciones que se ocupan de ofrecer asistencia moral pero desde una vertiente filosófica no confesional. Por ello, podemos considerar que Bélgica puede considerarse como un país adscrito al reconocimiento de cultos. Se reconocen en la actualidad seis cultos: católico, protestante, israelita, anglicano, islámico y ortodoxos. Como la Constitución no contiene ningún criterio, corresponde al Parlamento el reconocimiento de cada uno de los cultos de forma discrecional. De la misma forma, las organizaciones laicas son reconocidas en igualdad de estatus con las organizaciones religiosas.

En España, la Constitución garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, aunque se señala que, ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal. A pesar de ello, la Iglesia católica se beneficia de una posición privilegiada. Así se señala en el art. 16.3º de la Constitución: “Los poderes públicos mantendrán relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas”. Así también, la Constitución garantiza el derecho que ostentan los padres de elegir la enseñanza religiosa para sus hijos, tanto en los centros educativos públicos como privados.

En Italia la situación es más compleja. En los Acuerdos de Letrán de 1929 que fueron firmados por Mussolini y el Papa la religión católica se constituye en la religión del Estado. Como consecuencia de este Acuerdo, la Constitución de 1948 reconoce la libertad religiosa y la independencia del Estado en relación con la Iglesia católica. El año 1971 la Corte Constitucional reconoce que son prioritarias las normas constitucionales en detrimento de las normas concordatarias. A partir del año 1984 la cuestión queda clarificada como consecuencia de la firma de un nuevo Acuerdo entre el Estado Italiano y el Vaticano. La Constitución señala que, la modificación de los pactos que puedan realizarse entre las dos Instituciones y que son aceptadas por ambas partes no exigen ningún nuevo procedimiento de reforma constitucional. La relación entre el Estado italiano y las confesiones religiosas se fijarán a través de leyes que serán acordadas por los representantes de ambas partes.

En la República de Turquía, tras la salida del sistema comunista, como consecuencia de la Carta de Derechos de Humanos y de las Libertades Fundamentales, que se integra en el bloque de constitucionalidad de su ordenamiento, se llega a garantizar la separación estricta entre el Estado y la Iglesia. A pesar de lo cual, durante los últimos años, el Estado se ha visto obligado a promulgar una Ley que permita la financiación estatal de las 21 iglesias principales que existen en la actualidad en el país.

En Bulgaria el texto constitucional confirma el principio de separación de la Iglesia y el Estado, aunque reconoce al mismo tiempo el valor tradicional del culto ortodoxo. Tanto es así que, la jerarquía ortodoxa toma parte en todos los eventos de índole nacional. Esta ambigüedad es consecuencia del mantenimiento de la Ley de 1949 sobre la libertad de cultos que concede al Consejo de los Ministros de culto la competencia en el ámbito de la dirección de los cultos.

Por lo que concierne a los países protestantes, tanto Gran Bretaña como Dinamarca se incardinan en el modelo de separación.

En Gran Bretaña, la Reina es la máxima autoridad de la Iglesia anglicana y nombra a los miembros más destacados de la misma. La participación de los representantes de la Iglesia en los debates religiosos ha sido una constante. A pesar de ello, la libertad religiosa ha sido reconocida a todas las confesiones desde el siglo XIX y la Ley sobre la blasfemia que tuvo su origen exclusivamente en relación con la Iglesia anglicana se ha extendido al resto de confesiones a excepción del Islán.

En Dinamarca, no existe separación Iglesia-Estado. La Constitución de 1953 señala al efecto que: "La Iglesia evangélica-luterana es la iglesia del Estado danés y tiene como tal la protección del Estado". Como consecuencia de todo ello, se considera que es un servicio público más del propio Estado. Los miembros del clero tienen el estatuto de funcionarios. Los impuestos religiosos son cobrados por el Estado y los ciudadanos estarán dispensados del pago de los mismos siempre que realicen una declaración de no pertenencia a ninguna confesión. La libertad religiosa es reconocida por el propio texto constitucional. En la actualidad, Dinamarca tiene reconocidos 11 cultos que se benefician de ciertas ventajas fiscales.

El modelo multiconfesional se reconoce en países como Alemania o Países Bajos, en éstos países el pluralismo confesional les ha llevado a adoptar un modelo singular, aunque ninguna confesión religiosa es realmente dominante en relación con las demás.

En los Países Bajos el Calvinismo se constituye en la base de la unidad nacional tras la formación de las Provincias unidad, como reacción a la tutela del catolicismo español. Durante los Siglos XVII y XVIII existen múltiples confesiones religiosas que hacen presumir que existe pluralismo hasta que un siglo después los problemas que se generan en el ámbito escolar reactiva aún más la división. A partir de este momento, los Países Bajos reconocen la libertad religiosa de todas las regiones, constituyéndose en el modelo de organización de su sociedad.

En Alemania, el Preámbulo de la Ley Fundamental hace una referencia expresa a Dios. La Iglesia cuenta con total autonomía a la hora de su organización en base al acuerdo adoptado por cada uno de sus Estado Federales, Länders. Cabe destacar que, las confesiones religiosas se encuentran totalmente integradas en la vida pública y poseen gran influencia.

En Grecia e Irlanda la religión se ha constituido en la base de su identidad nacional, enfrentándose con ello a las pretensiones imperialista del país invasor. Los griegos se unen con la religión ortodoxa como forma de enfrentarse a la Turquía musulmana, y al catolicismo los irlandeses como oposición a la fe protestante que tienen los Británicos.

Así en Grecia la Iglesia ortodoxa se constituye en Iglesia del Estado, a pesar de que el texto constitucional no le reconoce esta posición dominante. Los miembros de la confesión religiosa son funcionarios del Estado, y los ministros ortodoxos serán miembros obligatorios en determinadas instituciones como en la armada. La Constitución prohíbe el proselitismo. Siguiendo con las ambigüedades del sistema, el texto Constitucional reconoce la libertad religiosa entendida como la posibilidad de practicar el culto que cada uno de los ciudadanos elija libremente, pero la Ley reserva a los clérigos ortodoxos el ejercicio de veto sobre todas las edificaciones de culto.

En Irlanda la Iglesia católica se constituye como guardiana de la fe que profesan la mayoría de los ciudadanos. Por ello, se le concede una posición especial que fue suprimida por la Constitución de 1972. La Iglesia católica es omnipresente en el ámbito de la moral familiar y sexual, es por lo que el divorcio no está permitido hoy día en Irlanda.

Todas estas muestras de las distintas formas de laicidad que hemos desarrollado como integrantes de los distintos países europeos muestran la singularidad del modelo francés que es el único que impone la separación total entre la Iglesia y el Estado.

1.3.2.- La influencia de los modelos europeos en la actitud que adopta cada uno de los Estados ante el problema de los símbolos religiosos en la escuela

En la mayoría de los países europeos se enfrentan al problema de los símbolos religiosos en las aulas de forma distinta. Ello es consecuencia de la diversidad de laicidad que adopta cada uno de estos países, lo que supone que, afrontan el tema de llevar símbolos religiosos por parte de los alumnos en las aulas teniendo en consideración distintas metodologías y fundamentos. Así se ha constatado en un estudio que se realizó a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia.

En los países en los que la sociedad está estructurada en el modelo multicultural, a modo de ejemplo podemos citar Gran Bretaña y los Países Bajos, se autoriza llevar símbolos religiosos en las escuelas. Efectivamente, el sistema comunitarista no es considerado como un peligro sino como una forma normal de organización de la sociedad.

En los países que tienen una identidad religiosa fuerte, entendida esta como indisoluble del Estado, como puede ser Grecia, las manifestaciones de pertenencia a una confesión religiosa que no sea la que tiene el Estado es considerado como una expresión de proselitismo.

En Italia y en Austria, países en los que existe un régimen favorable en relación con una determinada religión, la sociedad tolera que se lleven símbolos religiosos de pertenencia a cualquier religión minoritaria, en la medida en la que la sociedad está acostumbrada a enfrentarse a manifestaciones de la fe dominante en el país.

De hecho podemos destacar que, el modelo francés es distinto a todos los países que hemos señalado hasta este momento. Francia es el único país europeo que tiene una normativa propia en relación con llevar símbolos religiosos por parte de los alumnos en las aulas. Este hecho tiene su fundamento en la adopción por parte del Estado, hace muchos años, de la medida que procedía a la separación de la Iglesia y del Estado.

Hoy día podemos destacar que el tema de llevar símbolos religiosos en la aulas es un tema que está siendo debatido en la sociedad, y se han dado determinadas soluciones por parte de la Jurisprudencia con el fin de conciliar la libertad religiosa con la neutralidad de los servicios públicos.

Podemos señalar el caso de Alemania, país multiconfesional, en el que la forma de organización de las relacionan entre el Estado y la Iglesia es interesante. Con el fin de determinar si llevar el velo islámico por parte de una profesora es compatible con la neutralidad del Estado, la Corte Constitucional Federal de Karlsruhe, en su decisión de 24 de septiembre de 2003, considero que este comportamiento estaba prohibido para el Lander de Bade-Wutembert. La decisión fue apelada y el Juez de apelación considero que no debía entrar en el fondo del asunto, como consecuencia de que no existía base legal para pronunciarse. A pesar de ello, la Corte de apelación señaló expresamente que: “los cambios que se están produciendo en la sociedad, acompañadas del pluralismo religioso existente hoy día en nuestro entorno, puede llevar al legislador a redefinir la calificación de expresiones religiosas que pueden ser consideradas como lícitas dentro de los centros educativos”.

El panorama que hemos descrito estaría incompleto si no hiciéramos referencia a Turquía. Este país que se manifiesta claramente confesional musulmán, miembro del Consejo de Europa y de la Unión Europea, tiene prohibido expresamente a través de la Ley que los alumnos lleven símbolos religiosos a las aulas. La laicidad que rige como principio en este Estado prohíbe llevar velos fuera de los lugares de culto y de las ceremonias religiosas desde que se promulgó la Ley de 13 de diciembre de 1934. Esta decisión tan drástica es, al igual que ocurre en Francia, el resultado de los fuertes debates que han existido en Turquía en relación con la laicidad desde que llegaron los moderados al poder. A pesar de lo que acabamos de señalar, el día 8 de febrero de 2008 el Parlamento ha adoptado la decisión de que las mujeres pueden ir con el velo islámico a las Universidades. Consideramos que en la actualidad tras

haber adoptado esta decisión la sociedad está muy dividida. Muestra evidente de ello son las manifestaciones multitudinarias que se han desarrollado en todo el país los últimos días.

2.- El debate en relación con el fenómeno religioso en el Proyecto de la Constitución europea

La multiplicidad de modelos de relación Iglesia-Estado que se producen en los distintos países de la Unión Europea ha evidenciado el problema de la actitud que se ha de adoptar en relación con el fenómeno religioso en el Proyecto de Constitución europea que se está elaborando.

El punto central del debate reside en relación con la cuestión siguiente: ¿El Proyecto de Constitución europea debe hacer referencia expresa al fenómeno religioso? En muchos países, sobre todo aquellos que se encuentran al sur de Europa y los países candidatos a la entrada en la Unión, como por ejemplo Polonia, defiende una posición en la que consideran que en el texto constitucional se debe hacer referencia a los fundamentos cristianos de la civilización occidental, claramente esta posición está en contradicción con la apuesta que realiza Francia que trata de proteger la laicidad que es una de las características de su sociedad.

Pero hemos de decir que no estamos ante un nuevo debate, ya que, en la Convención anterior en la que se trataba de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta que fue proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza de 2000, las autoridades francesas presentes en la misma, manifestaron su rechazo a explicitar cualquier manifestación expresa en el texto que hiciera referencia a la herencia religiosa de Europa, consideraban que esta mención era irreconciliable con el principio de laicidad de Francia recogida en el propio texto constitucional francés. Finalmente se llegó a un consenso a través del cual se sustituyó el término “herencia religiosa” por el término más neutro de “patrimonio espiritual”.

2.1.- Los términos a debate en el seno de la Convención

La polémica surge con mayor virulencia en el seno de la Convención cuando los países de la Unión encomiendan a esta institución la propuesta de una nueva Constitución para la Unión Europea.

Las distintas propuestas que realizan los distintos Estados podemos reagruparlas en tres categorías:

- a) la de los defensores de los valores cristianos de Europa.
- b) la de los defensores de la herencia religiosa,
- c) la de los defensores de un concepto estricto del principio de laicidad.

Rápidamente se llega a un primer consenso, el que hace referencia a que la posición que defiende la herencia religiosa de Europa no puede prosperar. Esta posición defendida principalmente por Polonia y Lituania, ambos candidatos a ingresar en la Unión (año 2001) está muy limitada como consecuencia de la pluralidad de religiones que se practican en los distintos países pertenecientes a la Unión. En este sentido, el Presidente de la Comunidad, Romano Prodi, señala que la Comunidad Europea no tiene vocación de convertirse en una comunidad de creyentes.

La otra propuesta, la que se refiere a los valores cristianos de Europa suscitó vivas polémicas. El Diputado europeo M. Joachim Wuermeling, solicitó que se incluyera una referencia expresa a Dios y a la herencia religiosa de la Unión en el texto. Además, siguió manteniendo su posición subrayando que la contribución del cristianismo a la historia de Europa ha sido una realidad y no una opinión.

Existieron, también, distintas propuestas que defendían una concepción estricta del principio de laicidad. Tres miembros de la Comisión española plantearon una propuesta el 26 de febrero de 2003, a la que se opusieron 163 miembros del Parlamento europeo. Dicha propuesta contenía la siguiente redacción:

“Que debía respetarse los principios de libertad religiosa y de laicidad del Estado en la futura Constitución Europea”.

En esta propuesta, los firmantes afirmaban que: “Los principios de laicidad del Estado y de la Iglesia, la igualdad y no discriminación de los ciudadanos, y la separación de la Iglesia y el Estado, son la base de la Democracia y del Estado de Derecho, y solicitaban que, no se haga ninguna referencia directa o indirecta a religión o creencia religiosa alguna”.

Dos representantes franceses tratan de que prosperen sus posiciones. M. Jacques Floch, Diputado y miembro suplente de la Convención, se opuso a toda referencia expresa al fenómeno religioso y planteaba que en el texto constitucional se reconociera expresamente la laicidad. También M. Hubert Haenel, representante del Senado en la Convención planteó una nueva propuesta consensuada en la que se afirmaba que: “Se admitirá en su pluralismo, la dimensión religiosa como herencia europea que puede constituirse en uno de los aspectos del modelo europeo de laicidad, consecuencia de la separación Iglesia-Estado, garantía de la libertad de conciencia, y que, el reconocimiento del fenómeno religioso puede ser el cauce a través del cual se favorece el diálogo, el respeto mutuo y el esfuerzo por el reconocimiento recíproco”.

2.2.- La disposición de compromiso contenido por la Convención

Será finalmente el modelo de compromiso el que prospera y que se contendrá en el Preámbulo de la Constitución por parte de M. Valéry Giscard D` Estaing, presidente de la Convención, en la reunión que se celebró en Tesalónica el 20 de junio de 2003.

El texto final hace referencia a la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, se constituyen como valores de la Unión que se consideran patrimonio de la misma, y que ostentan en la sociedad la función fundamental de la persona humana y de sus derechos inviolables e inalterables, así como, el respeto al Derecho.

En un primer momento, el Preámbulo del texto menciona expresamente que las civilizaciones helenísticas y romanas, así como, las corrientes filosóficas del iluminismo, se enorgullecen de la alusión a la religión, y sobre todo a la religión cristiana, son expresión del camino recorrido por Europa. Con la propuesta planteada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión el texto es integrado en la Constitución.

Afortunadamente el ar. 1-2 en el que se contienen los Valores de la Unión no se hace referencia expresa alguna a la religión. Esta posición tiene su fundamento en el hecho de que los valores religiosos no constituyen un elemento que integra a la mayoría de los países

pertenecientes a la Unión, y que, la inclusión de algunos valores que no son compartidos por algunos países podía ser causa suficiente para que se quedara fuera de la Unión.

Por su parte, el art. I-51 que hace referencia al estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales. Señala que la Unión “respetará y no prejuzgara el estatuto beneficioso que puedan tener algunas Iglesias o Confesiones religiosas como consecuencia de que dicho reconocimiento derive de la legislación de alguno de los Estados miembros”. Continúa señalando que: “se reconoce la identidad y la contribución específica de estas Iglesias a los Estados y se mantendrá un diálogo abierto con las Iglesias y demás organizaciones”.

Finalmente la redacción final se constituyó en una vía intermedia entre todas las propuestas que fueron planteadas por parte de los distintos Estados. A pesar de ello, consideramos necesario señalar que, la reafirmación de la laicidad es necesaria en una etapa en la que bajo ese pretexto, las Iglesias trataban de tener una posición de preeminencia en uno de las Instituciones más importantes del mundo.

3.- El modelo de laicidad en crisis

Podemos destacar que dos elementos han contribuido durante los últimos años a flexibilizar y a hacer comprensible el principio de laicidad. Por una parte, la integración dentro del pacto de laicidad de una religión que no fue inicialmente tenida en consideración, y de la otra, la evolución que ha desarrollado la propia sociedad que modifica el proyecto de laicidad como consecuencia del individualismo y de la reivindicación del derecho a la diferencia.

3.1.- La adhesión del Islam al pacto laico

Hoy en Francia el Islán es la segunda religión, justo detrás de la religión católica. Claramente el Islam, como consecuencia de justificaciones históricas evidentes, no se incluyó en el pacto de laicidad de 1905. Este hecho ha provocado que algunos ciudadanos que profesan la confesión musulmana se sientan excluidos de la República.

La crisis económica y social de los años 80 ha afectado especialmente al colectivo musulmán y ha contribuido a que tengan la idea de que el proyecto republicano de integración es una ficción evidente que no les afecta.

La cuestión que hace referencia a los lugares de culto ha alimentado aún más la incompreensión. En virtud de la Ley de 9 de diciembre de 1905, se ha establecido que el Estado no asume ni el salario de los Ministros confesionales ni subvenciona ningún culto, además, los entes locales han considerado que el mantenimiento de los lugares de culto es una materia que queda en manos de las propias Iglesias. El Islán se ve obligado a contribuir personalmente la construcción de sus mezquitas como consecuencia de su implantación tardía. Este hecho es considerado por parte de los musulmanes como una situación de desigualdad y que no se respeta el principio de igualdad en relación con otras confesiones religiosas.

Todo ello ha supuesto que la unanimidad de los representantes musulmanes hayan declarado su adhesión a los principios de la Ley de 1905 y su voluntad de respetar el elenco de derechos que en ella se contienen.

Se ha constituido recientemente el Consejo Francés de Culto musulmán (CFCM) con el fin de ofrecer un interlocutor privilegiado al Estado. Este hecho se ha considerado que se constituye en un avance en la comprensión mutua entre el Estado y el mundo islámico.

A pesar de todo, los musulmanes entienden que en el ámbito de la laicidad falta entendimiento, sobre todo en el momento en el que consideran que no se respeta la libertad de expresión religiosa en las escuelas como consecuencia de que no se permite llevar símbolos religiosos. Consideran que se sobrepasa la línea entre la licitud e ilicitud en esta materia.

3.2.- El intento de una redefinición de la laicidad a la francesa

La mayoría de los ciudadanos franceses consideran que es posible adherirse a los principios consagrados en la Ley de 1905. A pesar de lo cual, entienden que es necesario proceder a una modificación del contenido del principio de laicidad. Entienden que hoy día no tiene sentido que se mantenga el contenido que tuvo en sus orígenes.

La neutralidad de los servicios públicos que informa esta legislación es criticada por aquellas personas que consideran que no se respeta que puedan llevar determinadas indumentarias a sus puestos de trabajo, o, de aquellos que propugnan que en determinados lugares públicos, como por ejemplo las piscinas públicas, tengan un horario distinto para los hombres y las mujeres.

Se considera que en este momento se ha producido un fenómeno curioso, la religión se ha privatizado y la sociedad se ha separado del Estado. La prioridad ya no se constituye en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos para lograr el interés común, así, la garantía de los derechos individuales se corresponde con una tercera fase del principio de laicidad. Estamos en presencia de un individualismo excesivo que hace más difícil todavía la cohesión social.

Por ello, se entiende que se abre una nueva vía que ciertos colectivos denominan “nueva laicidad” en la que el pluralismo tomará la delantera a la neutralidad del Estado. La laicidad en esta etapa no será considerada como un principio emancipador. El derecho a la diferencia ha avanzado sobre el interés general. La afirmación de una identidad singular se confirma y es parte integrante de la identidad singular de cada ciudadano. Por ello, el ciudadano debe ser admitido en los espacios públicos como representante de su singularidad y no como ciudadano desprovisto de toda señal de identidad.

La situación que se vive hoy día en Francia es más próxima a la secularización de los países protestantes. La laicidad francesa es consecuencia de la aplicación de una regla común, la condición de vivir juntos y de la cohesión de la propia República.

Esta es la consecuencia de la ruptura del equilibrio que se produjo tras la promulgación de la Ley de 1905, esta Ley es fruto del pacto social francés que se ha desarrollado a lo largo de dos siglos.

4.- La reafirmación de la laicidad como ideal de integración

La crisis que atraviesa hoy día la laicidad en Francia no puede debilitar el modelo republicano. La dificultad se encuentra más que en considerar la laicidad como un principio en afirmar como elemento integrante de la República.

De acuerdo a la tradición de Francia, los centros escolares deben ser un lugar privilegiado y de reafirmación de los principios que rigen la sociedad. Es el lugar en el que se desarrolla el aprendizaje de la vida en sociedad. La escuela debe enseñar los valores universales y favorecer el espíritu crítico de los alumnos. Si se favorece la diversidad, esto no debe afectar a la división de la comunidad educativa. No puede convertirse en el lugar en el que se produce un grave enfrentamiento entre los signos de identidad de pertenencia religiosa o política. Esta es la base de la concepción en la que se debe preservar en todo momento el principio de laicidad a la francesa, lo que supone que no debe permitirse que en los centros escolares se sobrepase la barrera de la laicidad permitiendo que los alumnos lleven símbolos religiosos que manifiestan su pertenencia a determinada confesión o colectivo político.

III.- Las manifestaciones de la pertenencia a una confesión religiosa o política traslucen dificultades en la escuela como lugar de integración.

Las manifestaciones de pertenencia a una confesión religiosa o política reflejan en los últimos años grandes dificultades en el ámbito escolar a la hora de definir y adaptar la función de estos centros a las nuevas realidades de alumnos que llegan a las mismas.

En una sociedad como la francesa, caracterizada por una gran diversidad cultural y religiosa, es esencial, con el fin de garantizar la cohesión social, asegurar a cada alumno el derecho a una educación independiente de dogmas e intereses particulares.

El principio de laicidad como elemento fundamental a la hora de preservarse la neutralidad de los centros educativos, constituye el elemento necesario para lograr el objetivo último de la actividad educativa, es decir, la neutralidad de los centros educativos, lo que supone que deben alejarse del mismo todo símbolo de pertenencia política o religiosa dentro del centro. Con ello se logrará que estemos en presencia de una sociedad civil pluralista y diversa, que se constituye en un principio necesario para lograr la unidad de la sociedad.

Por ello, Barbara Lefebvre, autora del libro “*Les territoires perdus de la République*” considera en su obra que debe formularse una nueva definición del término laicidad en el ámbito escolar, ya que entiende que este es el medio más eficaz para lograr que la República se constituya en un espacio neutro es iniciar una redefinición de laicidad relacionada con el ámbito educativo.

Es por tanto la escuela donde se forja la conciencia de pertenencia a la República y a la colectividad nacional. La irrupción de manifestaciones de pertenencia religiosa o política en los centros educativos pone en tela de juicio los valores que durante siglos se han desarrollado en la República. Otra cuestión ligada estrechamente con llevar símbolos religiosos en las escuelas supone que esta es una reivindicación de las identidades propias de determinados alumnos que pone en tela de juicio los principios fundamentales del ordenamiento, concretamente la laicidad y la neutralidad de la República.

1.- La escuela como lugar de aprendizaje de vivir en sociedad y de preservar la identidad de los valores de la República

Como ha manifestado Gérard Aschieri, el problema de la laicidad, hoy, plantea dos problemas que hacen referencia a cuestiones tradicionales y a cuestiones nuevas. Las cuestiones o problemas tradicionales, que resurgieron como consecuencia del debate del

proyecto de la Constitución europea que tienden a situar a las religiones y a las Iglesias en la sociedad y en las escuelas. La nueva dimensión de la laicidad supone que se introducen intereses privados en el sistema educativo en aras a lograr la laicidad tanto en la formación del espíritu crítico como en elemento central que preserva la laicidad.

Por su parte, Jean-Louis Biot, Secretario Nacional del sindicato SE-UNAS señala que: “La referencia a la laicidad de la sociedad francesa se difumina, se vuelve más discreta y será ignorada completamente. Inconscientemente, pensamos colectivamente que la laicidad impregna naturalmente a todos los ciudadanos de nuestro país. Este pensamiento es totalmente erróneo en nuestra sociedad actual. La clase política debe adoptar las responsabilidades que le corresponden y comprometerse a reconquistar colectivamente la senda perdida aunque claramente esto le llevará mucho tiempo”.

En la historia y en la cultura francesa, el ideal de la laicidad está o ha estado asociado a la escuela pública que ha supuesto y permitido la igualdad del cambio social. La universalidad del conocimiento que se ha transmitido en las escuelas ha permitido que los alumnos hayan logrado una conciencia de pertenencia a la República.

Por ello, necesitamos una nueva apuesta por una escuela entendida como lugar de aprendizaje de los ciudadanos y no sólo como lugar en el que se manifiestan conocimientos que cada alumno adquiere en función de sus aspiraciones personales.

2.- Los nuevos retos que se plantean como consecuencia del respeto de la laicidad en la escuela

La evaluación del nuevo fenómeno que se está produciendo en los centros educativos en Francia supone que es difícil cuantificar el número de alumnos que llevan símbolos religiosos en las aulas.

Pero, cada vez es mayor el número de conflictos que se producen como consecuencia de que en los últimos años se está permitiendo o tolerando determinadas festividades religiosas de judíos y musulmanes. A pesar de ello, es difícil integrar estas festividades en el calendario escolar, aunque en ocasiones, como consecuencia de determinadas lagunas legislativas se trata de defender su existencia.

Otras cuestiones que se han presentado en los últimos años hacen referencia a reivindicaciones de tipo alimenticio, a comedores escolares separados para alumnos y alumnas musulmanes, la ausencia de los alumnos en las aulas cuando se celebran determinadas festividades religiosas propias, el rechazo a asistir a las piscinas, a la negativa de los alumnos/as musulmanes a examinarse con un profesor de otro sexo, son cuestiones todas ellas que si bien comenzaron a plantearse de forma tímida, poco a poco se plantean de forma más generalizada.

A pesar de que no existe un número exacto del número de alumnos que llevan determinados símbolos religiosos a las aulas, sí se tienen cifras disponibles en relación con el velo islámico, aunque no son muy fiables, ya que no existen criterios generales de evaluación y de normativa común a aplicar.

Señala Daniel Robin que es muy difícil evaluar el número de alumnas que llevan hoy día el velo islámico a las escuelas o los institutos. Además, afirma que en ciertos centros

educativos se transige que las alumnas lleven el velo islámico, pero se tiene en consideración el tamaño del mismo, o que el hecho de que se realicen determinadas manifestaciones en relación con este tema conlleva ciertos riesgos y prefieren acallar el tema.

Según se afirma por parte de la administración, a principios del curso de 2003 existían 1256 alumnas que llevaban velo a las aulas. A modo de ejemplo señala Yves Bertrand que el año 1994 el número de alumnas que llevaban el velo era de 1123. Según señala el Ministro del Interior, Nicolas Sarkozy, tres meses después de iniciarse el curso 2003 sólo existían 20 casos de alumnas que llevaban el velo islámico y que no se habían resuelto.

Los responsables de la administración educativa nacional reconocieron que llevar el velo y la relación entre alumnos y alumnas ponían de relieve determinados problemas que afectaban a los centros educativos y a los responsables de centros, pero el problema estaba localizado y no se agravaba.

Así quedó de manifiesto según señala Hanifa Chérife, mediadora de educación para los problemas que derivaban del velo, quien afirmó que “la situación en los centros educativos se había apaciguado y que en realidad no existían más de 100 o 150 casos. Ella concluye afirmando que el velo está menos presente en las escuelas que en las calles.

La inspectora general de educación nacional, Dominique Borne reconoció que los datos con los que se cuenta en relación con el velo islámico en las aulas no son muy fiables. Muchos directores de centros educativos prefieren no dar los datos reales de la existencia de velo en sus centros. Además, según indican los directores de los centros educativos los dos o tres casos de musulmanas que llevan velo a sus centros no generan un gran problema para ellos. Concluye señalando que, el número de centros en los que se plantean problemas con el velo son ligeramente superior al 5% y siempre inferior al 10%.

También se plantean problemas en los centros confesionales que tienen firmados contratos con el Estado. Estos centros deben aceptar a todo tipo de alumnos sin distinción de origen, opinión o creencias. En opinión de Yvon Robert, jefe del servicio de inspección general de la administración educativa nacional ha señalado que no deben existir crucifijos en las aulas de los centros educativos católicos, pero que en realidad en todos ellos existen estos símbolos en sus aulas. En realidad, los inspectores de estos centros educativos privados confesionales católicos en raras ocasiones realizan inspecciones y en ningún caso han mostrado su disconformidad con los símbolos expuestos en las aulas.

Cuestión aparte merecen los centros privados judíos y católicos que no tienen ningún acuerdo con el Estado, y por lo tanto, no reciben fondos públicos. En estos centros existe un fuerte componente religioso pero al no recibir dinero público su funcionamiento queda al margen de la inspección que se realiza en los centros públicos y los centros privados que reciben fondos públicos.

Mención especial merece el caso que se produjo en Anthony (Hauts-de Seine). Una niña de 8 años y medio cuando se informó por parte de la familia al centro que a partir de que la niña cumpliera 9 años llevaría el velo a la escuela. Este hecho produjo una gran alarma en la comunidad educativa al considerar que una niña de esa edad estaba siendo fuertemente presionada por su familia para que llevara el velo, hasta el punto de entender que este hecho

era constitutivo de proselitismo. El caso se planteó ante el Tribunal Administrativo quien decidió que la posición adoptada por parte del inspector de excluir del centro educativo a la alumna debía ser declarado nulo. Tras esta decisión, el equipo pedagógico del centro decidió no asumir la decisión adoptada por parte el Tribunal y la alumna fue inscrita en otro centro en el que el velo estaba permitido.

Otro hecho significativo en relación con este tema se produjo en Villeneuve d'Ascq al inicio del curso escolar 2002-2003, cuando aumento el número de alumnas que llevaban velo al aula. Si bien durante el curso anterior apenas había llevado velo 20 alumnos, durante el presente inicio de curso se presentaron 55 alumnas con el velo, lo que suponía alrededor del 6% de la matrícula del instituto.

Durante este periodo se plantea un nuevo problema por parte de la Unión de Organizaciones Islámicas de Francia. El tema guarda relación con las piscinas y con el deporte. Los representantes de la Comunidad islámica con el fin de resolver el problema propusieron que ambas materias fueran declaradas optativas para sus alumnas dentro del cuadro de asignaturas que se impartían en el ámbito escolar.

Finalmente, con el fin de concluir con todos estos temas se adoptó la posición de afirmar que la prohibición de llevar símbolos religiosos a las aulas no significaba de ninguna de las maneras una forma de hostilidad a la religión. Por el contrario, suponía facilitar el intercambio y la reflexión sobre el lugar que correspondía a la cultura y a la religión teniendo en consideración la historia y la evolución que había sufrido la religión a lo largo de la historia.

Debemos concluir señalando que, por lo que se refiere la tema del velo, todos los casos están hoy día controlados por parte de la Federación Nacional de Musulmanes de Francia y de la Unión de Organizaciones Islámicas de Francia.

3.- ¿Pueden el diálogo y la mediación acabar con los equilibrios frágiles que se han logrado en la sociedad?

Se han planteado distintas posiciones favorables y desfavorables a que se proceda a una modificación legislativa con el fin de concluir con el velo en las aulas. En realidad, algunos entienden que la exclusión definitiva e inmediata de velo puede ser una solución que genera mayores conflictos, y que es necesario permitir a los equipos pedagógicos de los centros que busquen nuevas vías, especialmente la vía del diálogo, con el fin de que las alumnas acepten no llevar el velo.

El año 1994 Hanifa Chérifi fue nombrada mediadora en el tema del velo islámico en los centros escolares. Al inicio de ese año el número de velos en las aulas era de alrededor de 2000. Tras la mediación, la situación es hoy día mucho más relajada, gracias a las técnicas empleadas durante este periodo, la mediación, la formación, el conocimiento de los textos jurídicos por parte de los responsables de los establecimientos educativos y la intervención de los mediadores con el fin de resolver los problemas planteados por los centros educativos. Pero a pesar de todo ello, el sentimiento que se tiene por parte de todas las personas que intervienen es que las soluciones que se han planteado con insuficientes y han dirigido todos sus esfuerzos a disimular el problema pero no a resolverlo.

Los medios que se han puesto hasta este momento han resultado insuficientes. A pesar de los esfuerzos que se han realizado por parte de los responsables de los centros educativos, informando a los padres y alumnos, así como, las medidas adoptadas por parte de los equipos pedagógicos no han dado los frutos esperados.

Los puntos débiles de las estrategias que se han ido adoptando han sido entre otras, la falta de tiempo de todos los interlocutores que han intervenido en el proceso, la falta de técnicas y formación de los interlocutores para poder resolver los problemas ante los que se enfrentan, y sobre todo, la falta de argumentos jurídicos y pedagógicos.

Se ha planteado el problema de la no asistencia a determinadas materias que son obligatorias para las alumnas musulmanas, a pesar de que la obligatoriedad de asistencia deriva de reglas jurídicas claras. Con el fin de evitar los conflictos y facilitar a los responsables de los centros educativos su función se ha llegado a tolerar la no asistencia de las alumnas musulmanas a ciertas clases los viernes y sábados que son obligatorias o aceptar certificados médicos a través de lo que se dispensa de asistir a la piscina y a educación física.

4.- La posición de algunas asociaciones de alumnas

Se constituyó una comisión con el fin de determinar si era necesario que se procediera a una reforma legislativa con el fin de concretar si era necesario proceder a una intervención legislativa para concluir con el problema de los símbolos religiosos en las aulas. Esta comisión verifico la posición de los distintos colectivos de padres de alumnos llegando, con cierta perplejidad, a la conclusión de que la mayoría de las distintas asociaciones de padres no eran favorables a que se produjera ninguna intervención legislativa nueva, con la única excepción de la unión de padres laicos, quienes sí estaban a favor de que se atajara con el problema a través de la promulgación de una legislación específica al respecto.

La Federación del Consejo de padres de alumnos se posicionó a favor de relativizar el problema de los símbolos religiosos, ya que, era un tema que hacía referencia a un número ínfimo de alumnos los que adoptaban los símbolos religiosos como referencia de identidad del grupo al que pertenecían.

La Federación del Consejo de padres entendió que era preferible que se aplicaran las normas habituales en materia de disciplina con las que ya contaban los centros educativos, sin necesidad de recurrir al procedimiento de emitir nuevas normas al respecto.

El Presidente de la Federación del Consejo de padres manifestó a la comisión que el Principio de laicidad era un tema que hacía referencia al Estado y no a los individuos. La laicidad en los centros educativos abarca, en su opinión, a la indumentaria que llevan los alumnos, a los programas y al personal de educación nacional, éstos últimos se someten plenamente a las normas de laicidad que informan el ámbito educativo. Los padres y los alumnos no están sometidos a la laicidad, ellos deben acudir a las escuelas públicas con la identidad particular y diversidad que les caracteriza. Consideró que, en principio era preferible que se comenzara a aplicar las normas sobre laicidad existentes en todo el territorio nacional, comenzando por Alsacia. Concluyó su posición afirmando que sería muy difícil sancionar a las alumnas que llevaran velos en las aulas cuando los verdaderos integristas están en otro lugar y es muy difícil dominarlos.

El Presidente del Consejo de padres, Dupon-Lahitte, señaló que era necesario definir, en primer lugar, el tipo de vestimenta que designa una voluntad clara por parte de quien lo lleva de su intención de proselitismo o símbolo religioso. Entendía que era muy difícil encontrar un equilibrio en este ámbito en el sistema jurídico actual en este tema ya que la prohibición de llevar determinados símbolos religiosos a las aulas podría resultar peligroso.

La Secretaria General de la Asociación de padres de alumnos de centros docente públicos, Lucile Rabiller, considero que es necesario proceder a la adopción de medidas que clarifiquen la laicidad en relación con la indumentaria religiosa que llevan algunas alumnas a los centros públicos.

Los representantes de la Unión Nacional de Asociaciones de Padres de alumnos de enseñanzas libres entienden que debe prevalecer la defensa de la libertad de expresión religiosa que es una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, y por lo tanto, no están a favor de intervenir legislativamente en este tema. La presidente de esta asociación de padre considera que el tema se ha resuelto de forma satisfactoria en los centros educativos privados, centros en los que existe un proyecto educativo propio, a través del diálogo con los padres de los alumnos. Las escuelas privadas católicas escolarizan alrededor del 10% de los niños musulmanes o de origen musulmán y afirma que en 9 de cada 10 casos planteados en estos centros se han resuelto el tema a través de las distintas reuniones que se han mantenido con los padres y se ha procedido a retirar el velo por parte de las alumnas en las aulas.

El presidente de la Unión de familias laicas de Francia es mucho más estricto en sus posiciones. Afirma que la escuela es una institución específica en la que no se deben aplicar las mismas reglas que en los servicios públicos, menos aún en los temas que hacen referencia a la esfera privada del individuo. Considera que la incidencia que se produce en la actualidad sobre los símbolos religiosos en las aulas son muy numerosos y que perturban la evolución normal en muchos centros educativos. Es por ello que, entiende que en los centros públicos todos los alumnos deben someterse a las mismas normas.

En definitiva, la República debe proteger a las jóvenes que no quieren llevar el velo y que como consecuencia de la sumisión a las exigencias de su familia acaba llevándolo. El Presidente de la Unión de familias laicas considera que debe promulgarse una legislación en la que se prohíban expresamente todos los símbolos religiosos en la escuela pública, tanto el velo, como el crucifijo, o la kippa.

5.- La escuela debe ser el lugar de aprendizaje de los alumnos

Se ha señalado por parte de Françoise Raffini, miembro de la Oficina Federal de Educación que la única misión esencial de la escuela debe ser: “formar a los alumnos en ciudadanos a lo largo del aprendizaje que se produce en los distintos niveles educativos que cursan”. En este aprendizaje es necesario destacar las singularidades de cada uno de los colectivos a los que los alumnos pertenecen. Es necesario que puedan verificar que existen otros modelos de vida o comportamiento distintos al propio. En este sentido, se deberá de enseñar que existen modelos religiosos dispares, pero que es necesario que aprendan a vivir de forma conjunta. Está convencida que es necesario que se proceda al diálogo entre los representantes de las distintas instituciones, los alumnos y sus familias, con el fin de poder adoptar determinadas reglas de comportamiento”.

Otro elemento fundamental que debe presidir la enseñanza es el desarrollo del espíritu crítico sin hacer referencia expresa a ninguna creencia religiosa.

La Comisión encargada de realizar el estudio sobre el velo ha concluido que, para muchos sectores implicados en el ámbito educativo, la escuela no debe dejar de lado o alejarse de los valores constitucionales de la República, de la democracia y de la laicidad, así como, de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, todas estas cuestiones deben ser transmitidas y aplicadas a los alumnos. En esta línea, Hubert Duchscher, Secretario Nacional del Sindicato de Profesores ha señalado que es necesario asegurar que la educación se desarrolle dejando fuera los elementos religiosos y los grupos de presión que existen actualmente en nuestra sociedad. Este es un tema que no se detecta en otros países europeos y que desde los mismos se ven con cierta extrañeza y que no entienden el valor que nosotros damos al tema.

La escuela pública es universal, ya que está destinada a todo tipo de alumnos dispensándose a todos ellos una educación similar basada en la razón. En un país como Francia, fuertemente marcada a través de la historia por el fenómeno religioso, el haber adoptado determinadas reglas comunes, de todas las confesiones religiosas, ha permitido acceder al principio fundamental de libertad y de igualdad, sino que ha favorecido el respeto a todas las religiones.

Por ello, el derecho de libertad religiosa y formar la conciencia de los alumnos en el respeto del principio de laicidad se hace hoy día más necesario que nunca. Por ello, es necesario que en las escuelas no existan determinados símbolos religiosos, siendo esta la única forma en la que se puede llegar a respetar todas las confesiones religiosas y los derechos específicos de cada una de ellas, eso sí, con el límite de la laicidad del Estado.

Así, la laicidad no se constituye en un modo de regularizar las relaciones entre el Estado y sus instituciones con las distintas confesiones religiosas. La laicidad tiene un valor propio que contribuye a favorecer la democracia. Asocia la libertad como derecho fundamental con la universalidad y el relativismo, llegando a preservar la igualdad de derechos de todos con independencia de sus orígenes o sus convicciones personales.

Es necesario destacar que, el aprendizaje de los valores de la sociedad francesa en la escuela es obligatoria para lograr que se respeten todas las convicciones y permite que se reafirmen los principios que a lo largo de la historia se han desarrollado en nuestro país. Así pues, es necesario volver a restablecer las reglas tradicionales y restaurar los principios, como por ejemplo, el respeto a la estricta neutralidad religiosa en los centros educativos públicos franceses.

En esta línea se posicionó Hubert Duchscher, Secretario General de la Asociación de profesores, al afirmar que: “es necesario destacar que la escuela es el lugar de emancipación, tolerancia, educación abierta de los estudiantes. En este sentido, si los profesores se ven obligados a proceder a la exclusión de un alumno, esto supondrá que han fracasado en la misión que se les ha encomendado y que su actitud será vista con muy malos ojos. La misión fundamental que corresponde hoy día a los profesores es que a lo largo del curso puedan transmitirles los principios fundamentales y éstos asuman estos principios como algo propio, tratando de evitar en todo momento medidas radicales como la expulsión”.

La misión fundamental de los centros educativos es la formación de una conciencia colectiva de los alumnos, que debe favorecer el aprendizaje de vivir juntos en sociedad, aprendiendo las reglas de juego, así como los derechos y deberes que les corresponde como al resto de sujetos integrantes de la comunidad educativa.

Por tanto, la escuela debe alejarse y distanciarse de los conflictos y problemas por los que atraviesa la sociedad, incluso si es difícil proceder a ignorarlos. Los símbolos religiosos de pertenencia a una confesión religiosa ponen en tela de juicio la neutralidad que debe presidir los centros educativos, ya que, en los últimos años estos símbolos se han convertido en foco de discriminación y de conflicto.

La escuela debe garantizar a cada persona a tomar distancia de símbolos religiosos de los demás e incluso de los símbolos propios, este es el método a través del que se logrará garantizar efectivamente la libertad de conciencia de todos y cada uno de ellos. No podemos olvidar que la igualdad entre los niños y niñas se asume como principio fundamental en la propia escuela. El hecho de que algunas alumnas lleven velo en la escuela se constituye en un elemento de discriminación y diferencia que puede llevar a pensar que el respeto de los niños hacia las niñas derive del hecho de que lleven o no el velo.

6.- Los conflictos y reivindicaciones comunitaristas no pueden producirse dentro de los centros educativos

Las reivindicaciones de determinados derechos que corresponden a personas concretas que se manifiestan en las escuelas y que hacen referencia a que la persona que trata de ejercitarlos quiere mostrar su pertenencia a una confesión religiosa, política o de cualquier otro índole, cuando las mismas se fundamentan en diferenciaciones jurídicas no pueden ser aceptadas.

El principio constitucional de igualdad ante la Ley, sin distinción de ningún tipo de origen, raza, religión o cualquier distinción social se constituye en un principio fundamental del Derecho francés que no puede ser violado. Así pues, toda diferenciación basada en cuestiones religiosas no tienen cabida en el ordenamiento jurídico francés. Su protección violaría frontalmente uno de los principios fundamentales, el principio de igualdad.

Las reivindicaciones que se han producido durante los últimos años en el ámbito escolar con el fin de que se concedan determinados privilegios, en relación con cuestiones religiosas o tradicionales, no sólo son contrarias a los principios fundamentales de la República, sino que tienden a hacer que la escuela se convierta en un lugar en el que se reproducen los enfrentamiento que se producen en la sociedad.

Quienes defienden estas posiciones en base a su derecho a la libertad religiosa o su libertad de expresión ponen en grave peligro la laicidad, sobre todo para quienes mantienen la posición de considerar que los centros escolares deben estar libres de toda presión, puesto que de lo contrario no se cumple con el fin de la formación del alumno. La posición que enfrenta a ambas corrientes supone, si al menos prospera la que considera que todo está permitido en base a la libertad religiosa y de expresión, que la en la escuela reduciría el principio de laicidad a una simple laicidad de acogida.

La igualdad de todos los ciudadanos supone la prohibición de cualquier creencia religiosa o política en las aulas, lo que supone que a través de esta vía es posible lograr y garantizar la libertad de conciencia de todos.

Para todas las religiones, y sobre todo incluimos en el término “todas” al Islán, las prácticas religiosas en los países europeos son de índole individual, y así los creyentes no están organizados a través de colectivos dentro de la sociedad. No se puede perder de vista que, de cara al integrismo religioso, el número de practicantes musulmanes es mínimo, no llegan en Francia al 12% de la comunidad islámica, según señala en el Periódico La Croix en 23 de junio de 2003.

El derecho a la libertad de conciencia entendida como libertad individual es una de las conquistas del pensamiento europeo a favor de la libertad individual y de la formación efectiva de la identidad personal.

Por ello, el tratamiento diferenciado por motivos religiosos, no puede llevar a convertir el ámbito escolar en pequeñas comunidades de intereses y ritmos diferenciados. Autorizar que los alumnos lleven símbolos religiosos en las aulas, es como consecuencia de su fuerte valor simbólico, supone el punto de partida que puede concluir con la pérdida de los principios sociales.

Por lo tanto, debe evitarse que los centros escolares pierdan su identidad principal, que es que, debe ser el lugar en el que los alumnos estudian y experimentan sus aprendizajes. La escuela pública es o debe ser hoy día un lugar de encuentro y no debe ser considerado, como entienden algunas familias, un lugar peligroso en el que se alejan del aprendizaje de los principios de la sociedad.

7.- La escuela como lugar de integración social, sobre todo, de los jóvenes más desfavorecidos

El Consejo de Integración de Francia en su informe sobre el Islán del año 2000 destacó que muchas de las manifestaciones identitarias en la escuela y de hostilidad a la institución escolar, corresponden a situaciones de fracaso y de desamparo social.

Esta situación se constató también en numerosos informes de expertos en los que se trataba de buscar la raíz del problema de la falta de integración de los jóvenes musulmanes en las escuelas públicas francesas.

La discriminación puede conducir a las personas en víctimas y además, los jóvenes que son más sensibles a las injusticias, buscan una integración de sustitución recurriendo a la idea del comunitarismo.

La pertenencia a una comunidad o grupo social, unido a un interés común, puede ser de naturaleza muy distinta (religiosa, cultural, profesional...) es en ocasiones un fenómeno estructural, a la vez que individual y colectivo, a la condición que ellos quieren asociarse en la esfera privada. El comunitarismo trata de modular sus intereses en la esfera pública, como forma de reivindicación de sus derechos específicos.

Una de las características del fracaso escolar es que el mismo incide, sobre todo, en los niños inmigrantes. El desarraigo social del espacio urbano no es un fenómeno nuevo. Hoy día

se constituye en un factor que origina profundas desigualdades y discriminaciones que dificulta fuertemente la movilidad social y geográfica. Este es el fenómeno de los guettos que comienza a estar bien determinado en la escuela.

En un reciente informe del Consejo de Análisis Económico se ha señalado que la igualdad de acceso a la educación y a la formación está siendo gravemente obstaculizado como consecuencia del sistema de segregación que se produce en las ciudades. El hecho de que los alumnos se alejen del sistema escolar o que salgan del mismo sin ninguna cualificación profesional tiene su origen en la mayoría de los casos del origen social y nacional de los padres.

Una de las características que se está detectando hoy día en la sociedad francesa es que la discriminación de todo tipo acarrea la pérdida del sentimiento de pertenencia a la República. Se está observando que los jóvenes, sobre todo chicos, cuyas familias son de origen francés se están convirtiendo al Islán. El incremento del número de conversiones al Islán en los últimos años está siendo corroborada por informes de expertos.

Lo que realmente se está detectando es que los jóvenes que no encuentran su arraigo en la sociedad se están alejando de sus familias y se están aproximando al Islán. Son jóvenes que ante el fracaso escolar y la falta de salidas profesionales considera que la nueva confesión a la que se aproximan será la fuente de su salvación.

8.- ¿Podemos considerar que el llevar símbolos religiosos o políticos es una de las manifestaciones del comunitarismo?

Podemos señalar que existen posturas encontradas a la hora de señalar si es necesario o no proceder a promulgar una legislación concreta con el fin de resolver el tema de los símbolos religiosos o políticos en las aulas. Hay quienes se posicionan a favor de que es necesario que se proceda urgentemente a promulgar una legislación que proceda a prohibir el llevar estos símbolos a las aulas. Otros entienden que esta es una medida represiva con la que no están de acuerdo. Pero hay también quienes consideran que la Ley que se promulgue puede ser liberadora, sobre todo para las alumnas musulmanas que no están de acuerdo con llevar el velo al aula ya que, consideran que su pertenencia a la religión musulmana no se circunscribe exclusivamente a llevar este símbolo religioso.

Otro de los argumentos que se utilizan en este ámbito es considerar que la prohibición de llevar símbolos religiosos o políticos en las escuelas públicas supondría la remisión de los alumnos cuyas familias son creyentes a las escuelas confesionales. Se ha constatado que en los centros educativos privados se ha incrementado el número de inscripciones motivadas por las tensiones y los conflictos que se plantean en las escuelas públicas.

Claramente se ha constatado por parte de la Comisión encargada del estudio del tema del velo islámico que, dicho velo puede tener, no sólo, un significado religiosa para quien lo lleva, sino también, puede estar motivado por otras causas, tales como culturales, políticas...

Existen, en opinión de Mme. Françoise Gaspard, encargada de la Comisión de estudio del velo, distintos tipos de velos: el velo del inmigrante, el velo de jóvenes alumnas que lo llevan hasta la entrada del centro educativo, el velo reivindicativo, hay velos que van y vienen

y que se corresponden con periodos de tensión política, nacional o internacional y velos que llevan las mujeres en el Ramadán y en otros periodos del año.

El director del observatorio religioso de Aix-en-Provence, ha declarado que el llevar el velo islámico es negociable, dependiendo del tamaño del mismo, ya que se constituye en ocasiones en un elemento de identidad de quien lo lleva. A través del mismo se pretende el reconocimiento de la pertenencia a un colectivo concreto.

Llevar el velo revela, en ocasiones, una estrategia hostil a la integración, y las jóvenes de familias magrebíes consiguen ser aceptadas por sus familias y que asistan a los centros escolares, lo que supone que, finalmente logran la integración en la sociedad francesa gracias a llevar el velo a la escuela.

a) Llevar el velo y la búsqueda de la identidad:

El llevar el velo no supone lo mismo cuando la joven tiene 10, 13, 16 o 20 años. Esto es lo que se deduce de los distintos testimonios que se obtienen a la hora de preguntar sobre el tema, lo que supone que, en realidad estamos ante un fenómeno polisémico.

El problema se plantea en relación con la búsqueda de identidad y de la valoración de la imagen que si mismos tienen los jóvenes chicos y chicas supone que, a pesar de que más del 95% de los mismos son franceses y asisten a escuelas públicas desde su más tierna infancia, no dan la impresión de que estos jóvenes vivan en Francia.

El sentimiento de pertenencia de estos jóvenes a la verdadera cultura musulmana se corresponde con la búsqueda de valores de identidad de su origen, que además, entendemos que está mitificado. La posición de los responsables islámicos tratan de no valorar las prácticas religiosas discretas y modernas y los padres denuncian estas posiciones como analfabetismo e ignorancia. El fenómeno de destrucción de la identidad de los jóvenes deriva de la falta de cualificación profesional de los padres que tratan de proteger las corrientes islamistas más integristas.

Las reivindicaciones de las jóvenes que llevan velo supone un símbolo de identidad, más que religioso. Los representantes religiosos musulmanes no consideran que llevar el velo por parte de las mujeres sea una obligación religiosa imprescindible. Como ha señalado Mme Chérifi, el velo no es un símbolo religioso, no es un signo religioso para el Islán.

Quienes se han ocupado del tema del velo ha concluido señalando que el llevar el velo islámico supone una muestra de las jóvenes musulmanas de su profunda ignorancia de los fundamentos de su religión. Además, las musulmanas muestran su deseo de ser reconocidas por la sociedad francesa por su religión que es invisible.

Para concluir podemos destacar que, el llevar símbolos religiosos en las escuelas supone hoy día en la sociedad francesa un atentado a la laicidad.

b) El llevar el velo, los ghettos y el incremento de la violencia

Los inspectores del Servicio General de la Administración Educativa Nacional francesa han tratado de reflexionar sobre la idea de la República, la laicidad y el comunitarismo.

En sus conclusiones han señalado que el llevar velos islámicos por parte de las jóvenes musulmanas en los centros escolares les deja a éstas en un lugar especial, concretamente en algo similar a los ghettos, apartadas del resto de la sociedad en la que viven.

Se ha detectado, además, que se ha producido un incremento de la violencia en la zona en la que viven estas jóvenes y que ellas consideran que el llevar el velo supone una protección para ellas de los comportamientos agresivos y sexistas de los jóvenes en algunos barrios. Así pues, el velo les sirve de elemento de protección.

La autora del Libro "*Les foulards de la République*" ha constatado y abordado otro aspecto concreto del fenómeno de los ghettos. Ha observado que los problemas se incrementan en los centros y barrios socialmente difíciles.

Los movimientos integristas contribuyen hoy día a que las jóvenes lleven los velos en las ciudades. Este hecho no es exigido por los propios padres de las alumnas pero sí por los abuelos, quienes, a partir de los años 90 han pasado a sustituir a los padres y tratan de imponer su autoridad. Los ghettos de los distintos barrios se han convertido y se constituyen en una forma de integrismo que refuerza el sentimiento de injusticia y de exclusión de la mujer.

Con el fin de mostrar que las jóvenes son realmente mujeres musulmanas se ven obligadas a llevar el velo. Efectivamente, para el buen nombre del hombre musulmán, las verdaderas mujeres musulmanas deben llevar el velo. Para ellos, en base a su civilización y su cultura, las mujeres deben llevar el velo siempre que salgan de sus casas.

c) Llevar el velo y el estatuto de la mujer en la sociedad

Algunas jóvenes musulmanas afirman que el llevar el velo supone para ellas una forma de emancipación de su familia y de libertad. Por ello, algunas de las mujeres que integran la Comisión que se ocupa del tema del velo afirman que la condición social de las mujeres y su estatuto de inferioridad dentro de la familia musulmana en relación con los hombres es fruto de la exigencia de que se les imponga el llevar el velo que está siendo exigido por algunos dirigentes religiosos musulmanes.

La directora de la Unión Nacional de Educación considera que la educación de los centros escolares debe ser neutra y laica, por ello, las manifestaciones de las convicciones religiosas pueden ser aceptadas atendiendo a los derechos y libertades de los demás. Así pues, algunas jóvenes manifiestan que no pueden soportar el hecho de que se lleve el velo en las aulas. Todo ello supone que, la libertad de unas no puede menoscabar la libertad de los demás.

Las mujeres que siguen persistiendo en su idea de llevar el velo al aula y que se les prohíbe supone que se les está impidiendo toda posibilidad de acceder a desempeñar puestos en la administración. Todo ello acarrea que se sigue manteniendo la idea de la inferioridad de la mujer y que todas estas posiciones no permiten que la mujer pueda acceder a otro estatus, por lo tanto, se sigue manteniendo el rol de la inferioridad de la mujer en la sociedad.

Esta claro que para los fundamentalistas, la sociedad tiene que generar espacios en los que se separa a los hombres y a las mujeres. Con ello se trata de preservar el pudor de las mujeres. Así pues, el velo es una forma de negación del mestizaje de la sociedad.

La presidenta de la Liga Internacional de los Derechos de las mujeres entiende que el llevar el velo es un signo religioso y un signo de segregación de la mujer. Para los fundamentalistas, la mujer es, por su sexualidad origen de desordenes sociales. Si ella sale de su casa, debe estar cubierta. Se considera que en los países en los que es obligatorio llevar el velo, algunas mujeres no participan en los juegos olímpicos. Lo mismo sucede cuando no se permite o se excluye de las piscinas y campos de deportes a las mujeres.

El periodista y autor de “*Le voile et la bannière*” ha denunciado el significado alienante del velo, que es expresión de la inferioridad jurídica de la mujer y que se contienen en los textos Coránicos como el Talmud.

d) Otros símbolos de pertenencia religiosa suponen un símbolo de identidad

Llevar la Kippa en los centros escolares es más aceptado que el velo islámico, sobre todo porque es mucho menos habitual en los centros educativos públicos ya que existe un número mínimo de alumnos judíos que acuden a escuelas que están en el régimen de contrato. A pesar de lo que acabamos de señalar, tenemos que destacar que, la Kippa como símbolo de identidad religiosa acarrea los mismos problemas en relación con el respeto al principio de laicidad.

El director del instituto Bergson de Paris ha abordado el tema de la Kippa y ha confirmado que lleva este símbolo religioso no acarrea conflictos salvo en un periodo muy concreto, en los exámenes. En ese periodo, un alumno de un centro educativo privado israelita intentó imponer a un profesor que le iba a examinar que llevara la Kippa.

En relación con el crucifijo católico en las escuelas, la abogada de la Liga internacional de los derechos de las mujeres concluyo señalando que los crucifijos estarían igualmente prohibidos cuando fueran ostensibles. La abogada concluyo señalando que, el velo, el foulard, el gorro, la barba musulmana o los rizos de los judíos ortodoxos suponen un símbolo de pertenencia religiosa y que todos ellos deben ser eliminados de los centros educativos.

9.- El fundamentalismo religioso como telón de fondo

El velo en Arabia Saudí, en Irán o en cualquiera de los países de Europa supone una referencia exclusiva a las corrientes fundamentalistas que se están produciendo hoy día, concretamente, hacen referencia a la versión más fundamentalista del Corán.

Esta misma posición se mantiene por parte de la Inspectora General de Educación Nacional de Francia, señala en sus afirmaciones que, el hecho de que se haya incrementado el llevar el velo islámico va en el mismo sentido que la crisis internacional que está pasando el Islán. Así también, Mme. Bétoule miembro del Comité de Conservación del Patrimonio Cultural, ha señalado que, el velo es un símbolo de una determinada etapa que esta pasando el Islán. Considera que la autenticidad del Islán no reside en llevar el velo, simplemente se trata de llevar este símbolo alegando cuestiones de pureza del Islán.

Así también, M. Abdelwahab Meddeb, profesor de universidad y autor del libro “*Les maladies de l’Islan*” señala que estamos en un momento en el que se está emergiendo un nuevo conflicto, el que hace referencia al velo ideológico. Entiende que el velo hoy día se ha constituido en un signo ideológico de propaganda política.

Finalmente Mme Fadela Amara, ha destacado que hoy día en nuestras ciudades se pretenden instalar estados islámicos. Para ello, hay personas concretas que entran en contacto con nuestros jóvenes, y así, las jóvenes que llevan velo, en realidad, tienen voluntad de llevarlo como elemento político que trata de llegar a una nueva sociedad que nada tiene que ver con la República.

a) Las asociaciones integristas tratan de ocupar el espacio que se ha dejado libre en las ciudades

Con el integrismo se pretende hoy día instrumentalizar la religión con el fin de constituir un nuevo orden político. Señala Mme Hanifa Chérifi que el fenómeno del velo no es otra cosa que la consecuencia del trabajo de proselitismo de los islamistas en los distintos barrios que se desarrolla en un contexto social muy desfavorable. El velo no es un símbolo de pertenencia religiosa musulmana. Es un signo de pertenencia al Islán fundamentalista. El llevar el velo o el Hidjab puede estar siendo asumido voluntariamente por la mujer. Si las jóvenes o mujeres musulmanas llevan el velo voluntariamente estamos ante un acto de total libertad. Pero en realidad, el ambiente que se ha generado en algunos barrios supone la vuelta a normas islámicas. En este contexto, se está volviendo a retomar las normas del Islán fundamentalista que prima e impone las mismas, no dejando ningún margen de libertad a las mujeres, y que además, estos comportamientos suponen un verdadero control del comportamiento de las mujeres a nivel social, este control se ejerce de forma férrea hacia las mujeres.

Se considera que este problema hoy día ha rebasado el ámbito escolar y se ha extendido a los distintos barrios más desfavorecidos como consecuencia de la influencia del islamismo fundamentalista.

b) La lucha de las mujeres musulmanas por la emancipación en Francia y la oposición al velo islámico

Mme Chahdortt Djavann, en su libre “*Bas les voiles*” señala que la revolución islámica en Irán ha impuesto el llevar el velo a todas las mujeres, en todos los países, en todas las escuelas, afirma que, “es el velo o la muerte”. Menciona en su obra que las mujeres son maltratadas si se niegan a llevar el velo.

Consideramos necesario recordar que la Convención sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación hacia la mujer, firmado en Nueva Cork el 1 de marzo de 1980, entró en vigor en Francia el 13 de enero de 1984 y que requiere a los Estados a modificar los modelos de comportamiento socio-cultural de los hombres y las mujeres con el fin de eliminar cualquier comportamiento que permita o fomente la idea de la inferioridad de la mujer.

Señala Mme. Chérifi, que el velo islámico en ningún caso es un símbolo emancipador. El mundo musulmán es numéricamente grande y tratan de preservar sus tradiciones locales y las tradiciones de su país de origen. El velo en Arabia Saudí, en Irán, o, en cualquier país europeo supone una referencia exclusiva al fundamentalismo. Estamos en presencia de un símbolo que supone la versión fundamentalista del Corán.

Según se señala por parte de los fundamentalistas, el cuerpo de la mujer perturba gravemente y es necesaria su reclusión, es por ello que, debe estar cubierto enteramente si sale de su domicilio. Esto es lo que ocurre en ciertos países como Arabia Saudí o Afganistán.

La especialista en el Maghreb, Mme. Camilla Lacoste-Dujardin ha señalado que el velo es un uniforme político-religioso que se está extendiendo hoy día en las sociedades. Se exige a las mujeres que se adhieran a los valores islámicos. El velo es pues, en su opinión, un signo de adhesión a los valores político-religiosos del Islán.

En numerosos países musulmanes el velo es un símbolo entre el modernismo y las posturas más conservadoras.

La psicoanalista Mme Elisabeth Roudinesco señala que la prohibición de llevar el velo en las escuelas favorece la lucha de la mujer musulmana a favor de la laicidad en los países islámicos. Estamos a favor de la exclusión de la práctica de la poligamia y la hemos prohibido en nuestro país. Tenemos que adoptar las medidas necesarias que permitan que se logre la emancipación de la mujer.

c) Los conflictos internacionales y la exacerbación de la violencia sobre las jóvenes

Un elemento importante del problema de las manifestaciones comunitarista en los centros educativos podemos situarlo en la situación internacional, y sobre todo, en el conflicto palestino-israelí. Muchos profesores han percibido que existe una coincidencia entre la irrupción del velo, la Kippa con la Entifada de 2001. La dramática mezcla cultural, política y religiosa ha llevado a los jóvenes a identificar sus males con cuestiones indefendibles y a recuperar los valores religiosos. La primera guerra del Golfo, los atentados del 11 de septiembre de 2001 y las reciente guerra de Irak coinciden con el recrudecimiento de incidentes en las escuelas.

Todos los expertos han coincidido en invocar la laicidad como elemento de cohesión y protección de la República con el fin de erradicar de los centros educativos en particular y de la sociedad francesa en general todos estos conflictos que se están produciendo en los últimos años.

IV.- Estudio, elaboración, entrada en vigor y aplicación de la Ley que prohíbe los símbolos religiosos ostensibles en Francia

Podemos considerar que el velo islámico de las alumnas musulmanas ¿es una manifestación de la libertad de conciencia o religiosa de las mismas?

Cuando las alumnas musulmanas tratan de llevar el velo a las aulas de los centros docentes públicos de Francia, cómo podemos conjugar el ejercicio de este derecho o libertad con el Principio de laicidad que se contiene en el Preámbulo de la Constitución de 21 de octubre de 1946 y el art. 1º de la Constitución de 4 de octubre de 1958.

Los argumentos que esgrimen las alumnas para llevar el velo reside en el hecho de que dicha manifestación tiene su fundamento jurídico, en opinión del Consejo Constitucional francés, en el Principio fundamental de libertad de conciencia recogido en el art. 1º de la Constitución francesa de 1958, así como en distintos preceptos de los Tratados

Internacionales ratificados por Francia, entre otros, podemos destacar, el art. X de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano.

Las Convenciones internacionales ratificadas por la República francesa obligan a esta a cumplir con las siguientes condiciones:

- a garantizar a todos los ciudadanos que se encuentran en su territorio el derecho al acceso a la educación sin ningún tipo de discriminación por motivos religiosos.

- a asegurar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de manifestar la religión o las convicciones, bien individual o colectivamente, en público o en privado, con el único límite de preservar las restricciones contenidas en la ley y que son necesarias para la protección de la seguridad, el orden y la salud pública, la moral y las libertades y derechos fundamentales de los demás:

- a respetar en el ámbito educativo y de la enseñanza, los derechos de los padres de asegurar la educación que han elegido para sus hijos acorde con sus convicciones religiosas.

- a adoptar las medidas necesarias con el fin de que la educación favorezca la comprensión y la tolerancia entre todos los grupos raciales y religiosos.

El conjunto de los textos constitucionales y legislativos, así como, los compromisos internacionales adoptados por Francia suponen que el principio de laicidad en el ámbito educativo públicos, es uno de los elementos de la laicidad del Estado y de la neutralidad de los servicios públicos, supone que la enseñanza debe dispensarse, por una parte, en el respeto de la neutralidad de los programas y de los profesores, y por otra, de la libertad de conciencia de los alumnos. Se prohíbe en base a estos principios a los que hemos hecho referencia cualquier discriminación en el acceso a la enseñanza que esté fundada en las convicciones o creencias religiosas de los alumnos.

La libertad también reconocida a los alumnos-as supone para ellos el derecho a expresar y manifestar sus creencias religiosas en el interior de los establecimientos educativos, respetando en todo momento el pluralismo y la libertad de los demás, siempre que no contradigan o atenten a la actividad educativa, a los contenidos de los programas y a la obligación de asistencia.

El ejercicio de las libertades de los alumnos-as pueden limitarse, siempre que las mismas sean un obstáculo a la misión que le ha encomendado el legislador al servicio público de la educación, lo que permitirá que los alumnos-as adquieran una cultura, una preparación a la vida profesional y a sus responsabilidades como ciudadano, contribuyendo al desarrollo de su personalidad, incluyendo el respeto al individuo, a sus orígenes y a sus diferencias, garantizándose y favoreciendo con ello la igualdad de hombres y de mujeres.

Por ello, sería necesario compatibilizar estos dos derechos, libertades o principios fundamentales: la libertad de conciencia-religiosa y la laicidad.

Objetivos:

Se trata de determinar la solución que se debe adoptar por parte de los órganos competentes en relación al mecanismo o vía que resuelve o a través de la que se resuelve el conflicto planteado.

Por una parte tenemos el Principio de laicidad, que puede suponer o supone un límite a la libertad de manifestar la conciencia o religión y que impone al Estado la obligación de neutralidad.

Pero éste Principio de laicidad supone, así también, que debe garantizar y respetar la libertad de conciencia o libertad religiosa, lo que supone que deben existir espacios públicos neutros, tolerantes que permiten libremente las manifestaciones personales de cada uno de los ciudadanos-as.

Así también, al Estado corresponde garantizar la igualdad de todos sus ciudadanos-as ante la Ley y prohibir cualquier tipo de discriminación con base en las convicciones ideológicas o religiosas.

La misión principal del principio de igualdad en relación a la protección de la libertad de conciencia-religiosa ha sido determinada por parte de la Comisión que se ocupó de la aplicación del principio de laicidad en la República.

Esta Comisión señala que: “La laicidad, piedra angular del Pacto republicano descansa en tres valores indisolubles: a) la libertad de conciencia, b) la igualdad de opciones y derechos espirituales y religiosos, c) la neutralidad del poder político.

- a) La libertad de conciencia: permite a cada ciudadano-a elegir su opción religiosa y espiritual.
- b) La igualdad de Derechos prohíbe toda discriminación así como que el Estado privilegie cualquier opción ideológica o religiosa.
- c) La neutralidad supone que el Estado o los poderes públicos no debe tomar partido a favor de una concepción religiosa o ideológica concreta.

Por ello, la laicidad supone “el bien común de todos los ciudadanos”. “Para que cada ciudadano-a pueda reconocerse en la República y al poder político corresponde preservar y proteger todas las opciones espirituales y religiosas para que puedan coexistir pacíficamente en la sociedad francesa”.

El Principio de laicidad y neutralidad religiosa-ideológica se incluyó en los programas educativos de enseñanza a partir de la Ley de 28 de marzo de 1882, y en la actualidad la laicidad de los centros docentes públicos está garantizada a través del art. L. 141-5 del Código de educación: “*En los establecimientos de enseñanza básica pública, la enseñanza es exclusivamente asignada a las personas laicas*”. Y el art. L- 141-4 del propio Código educativo afirma: “*La enseñanza religiosa no puede enseñanza a los alumnos inscritos en centros docentes públicos, a no ser que se desarrolle dicha actividad fuera del horario lectivo ordinario*”.

A partir de este Sistema y como consecuencia de los problemas que se estaban generando en las aulas de los centros educativos públicos de Francia por el hecho de que las alumnas llevaban el velo islámico a las clases, se solicitó por parte del Ministerio de Educación de la Nación, un Informe al Consejo de Estado para que planteara su solución al problema.

El día 27 de noviembre de 1989 el Consejo de Estado francés emitió una Resolución (Avis) en relación con el régimen jurídico al que se somete el llevar símbolos religiosos en los centros docentes públicos y afirma que:

“En los centros escolares, el hecho de que los alumnos-as lleven símbolos que permitan mostrar su pertenencia a una religión no son por si mismas incompatibles con el principio de laicidad, en la medida en que las mismas constituyen el ejercicio de la libertad de expresión y manifestación de sus creencias religiosas”.

A pesar de lo cual, continúa señalando el Consejo de Estado que: “se puede llegar a prohibir excepcionalmente el llevar símbolos religiosos en los centros educativos, cuando, *“por su naturaleza, por la condiciones en las que son llevadas individual o colectivamente, o por su carácter ostensible o reivindicativo, constituyan un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda, que atenten contra la dignidad o la libertad de los alumnos-as o de otros miembros de la comunidad educativa, comprometiendo su salud o su seguridad, perturbando las actividades educativas, el papel instructor de los profesores, o perturben el orden del centro educativo, o el funcionamiento normal del servicio público”.*

Concluyó el Consejo de Estado afirmando que: “Las modalidades de aplicación de estos criterios deberán incluirse en los Reglamentos internos de los centros escolares públicos y que corresponderá a los directores de dichos centros aplicar los distintos criterios, así como, las sanciones disciplinarias, tales como la expulsión de los alumnos-as, aunque en definitiva todos estos procedimientos deberán someterse al control judicial”.

Lo que hay que destacar es que el Consejo de Estado realizó una distinción entre “un signo-símbolo religioso ostensible” y “el llevar de forma ostensible un signo-símbolo religioso”. Así también, el Juez rechazo la propuesta de considerar que un símbolo religioso era por si mismo ostensible. No es el símbolo religioso ostensible, sino que será el llevarlo de determinada forma lo que resulte contrario al ordenamiento. Señaló a modo de ejemplo que, será cuando a través del mismo se realicen actos de proselitismo, presión, provocación, de contradicción al orden público, atenten al buen funcionamiento de la enseñanza o no respeten la obligación que tienen los alumnos-as de asistencia continuada el centro lo que hará que se conviertan estos actos en contrarios al ordenamiento jurídico francés.

Se promulgaron dos Circulares por parte del Ministro de Educación Nacional en diciembre de 1989 y septiembre de 1994 en los que se contenían las Conclusiones del Consejo de Estado francés, pero las mismas no tenían valor normativo, simplemente contenían criterios orientativos de interpretación.

En consecuencia, no existe norma jurídica de carácter vinculante en relación con el tema de los símbolos religiosos que se llevan por parte de los alumnos-as en Francia, solamente existen resoluciones judiciales administrativas que han tratado de resolver los casos planteados.

En realidad, durante los años 1992 a 1996 sólo existen resoluciones de los jueces administrativos que han resuelto los casos planteados de forma dispar, reconocimiento en ocasiones conforme a derecho las decisiones adoptadas por parte de los directores de los centros docentes públicos que se han decantado por expulsar a las alumnas de los centros

docentes por llevar el velo islámico, y en otras ocasiones, se han posicionada a favor de declarar que la resolución de expulsión de la alumna no era conforme a derecho.

Todos estos casos han planteado un grave conflicto en relación con el ejercicio de un derecho fundamental de las alumnas (la libertad de conciencia-religiosa) que ha quedado, a falta de norma jurídica vinculante, en manos de las decisiones que adoptan los directores de los centros docentes públicos, teniendo como único elemento el reglamento interno del centro.

a) Con el fin de solventar estos problemas, se plantean los responsables políticos del Ministerio de Educación proponen promulgar una Ley que regule los signos-símbolos religiosos en los centros docentes públicos. ¿Es compatible esta Proposición de Ley con el texto constitucional y los Convenios internacionales ratificados por Francia, así como, con las resoluciones adoptadas por los Tribunales europeos?

Para ello, se considera necesario establecer un sistema de equilibrio entre la libertad de conciencia-religiosa de los alumnos-as y el principio de laicidad, todo ello con base en los compromisos internacionales que había adquirido Francia.

El punto de partida es prohibir en las escuelas, colegios y liceos públicos de Francia llevar signos-símbolos religiosos por parte de los alumnos-as que manifiesten ostensiblemente su pertenencia a una confesión religiosa. Entienden que será a través de una Ley como debe realizarse esta intervención.

Determinados integrantes de la Comunidad educativa y política se oponen a que se proceda a limitar o prohibir estos actos a través de la legislación, ya que consideran que se está en presencia de manifestaciones de la libertad de conciencia o religiosa de los alumnos-as, y que por lo tanto, esa intervención legislativa está en contradicción con lo que señala el propio texto constitucional.

Existen otras personas que integran la Comunidad educativa que entienden que la vía legislativa es la única que resolverá el conflicto entre la libertad de conciencia de los alumnos-as y el principio de laicidad, ya que, entienden que sólo a través de la Ley se podrá proteger la libertad de conciencia-religiosa de cada uno de los alumnos-as y así proceder a respetar las convicciones de todos los sujetos que integran los centros educativos públicos.

Con el fin de justificar la actividad legislativa y a través de la misma limitar o prohibir el llevar determinados signos-símbolos religiosos en las aulas por parte de los alumnos-as, algunos señalan el art. 34 de la Constitución en la que se afirma que: “el legislador es el único competente para determinar el régimen al que deben someterse las libertades públicas, y es el único órgano que puede conciliar las leyes con otros principios constitucionales”.

En efecto, el Consejo Constitucional admitió en su Informe que la intervención del legislador es la única vía posible a la hora de concretar la extensión del ejercicio de los derechos fundamentales y su compatibilidad con los demás derechos y principios constitucionales. Además concluyo señalando que: “el régimen vigente en materia de los símbolos religiosos no puede quedar de forma aleatoria en manos de los directores de los centros docentes públicos ya que esto supondría que estaría en quiebra el principio de igualdad. Por ello, la intervención del legislador está plenamente justificada y sólo a él

corresponde definir el régimen jurídico exacto al que deben someterse todos los centros docentes públicos.

Concluida esta fase inicial, se trató de determinar si esta actividad legislativa era conforme a la Convención Europea de derechos del hombre y las libertades fundamentales, más concretamente al art. 9 de la Convención europea de derechos del hombre.

Claramente, el Tribunal Europeo ha admitido en distintas ocasiones que la libertad de conciencia-religiosa puede ser limitada por motivos de interés general. El Tribunal Europeo ha considerado que cualquier medida legislativa que contenga una limitación al ejercicio de una libertad o derecho fundamental no es compatible con el Convenio europeo de Derechos del hombre, a no ser que cumpla con las tres siguientes condiciones:

- a) que la medida o limitación esté prevista en la Ley,
- b) que la medida o limitación debe ser legítima,
- c) que la medida o limitación debe ser necesaria y proporcionada,

Las dos primeras condiciones se cumplen con la propuesta de Ley que se plantea, la misma está prevista en una Ley (la que se trata de promulgar que prohíbe en determinadas ocasiones llevar símbolos religiosos ostensibles en los centros docentes públicos) y es legítima (ya que trata de preservar los derechos de determinados sujetos que consideran transgredidos sus derechos cuando algunas alumnas llevan determinados símbolos religiosos a las aulas).

Entienden que también se cumple con el tercer requisito, ya que, la medida sí es necesaria y proporcionada con el fin de preservar los derechos de toda la comunidad educativa.

b) Presentación del Proyecto de Ley que prohíbe llevar símbolos religiosos ostensibles en base al principio de laicidad, tolerancia y diálogo de la sociedad francesa.

El art. 1º del Proyecto de Ley se fundamenta en la prohibición, dentro de las escuelas, colegios e institutos públicos de Francia, de llevar determinados símbolos o signos por parte de los alumnos-as que manifiesten ostensiblemente su pertenencia a una confesión religiosa. Serán por tanto todos aquellos signos o símbolos que lleven a reconocer inmediatamente la pertenencia religiosa de quien los lleve. Estos símbolos serán el velo, la kippa, la cruz de grandes dimensiones. Por el contrario, todos los símbolos discretos, como el crucifijo cristiano, la estrella de David... serán autorizados.

Corresponderá a los directores de los centros docentes incluir esta prohibición en los Reglamentos internos de los centros docentes públicos. Y además, corresponderá a los directores y los profesores de los centros una función primordial en relación con esta prohibición, que será tratar de adoptar medidas pedagógicas que traten de adaptar al centro la medida adoptada.

Se trata con esta prohibición legislativa de reafirmar la laicidad como principio fundamental y como valor que debe ser respetado y preservado por cada uno de los integrantes de la comunidad educativa.

Será necesario antes de que se proceda a la entrada en vigor de la presente ley que una Comisión adopte las medidas necesarias con el fin de que se informe a la comunidad educativa (padres, alumnos y profesores) de la medida adoptada con el fin de preservar la neutralidad de los centros educativos. Por ello, antes de proceder a la entrada en vigor de la Ley se promulgará por parte del Ministerio de Educación Nacional un libro en el que se explique la misión de la presente Ley con el fin de que los profesores puedan iniciar un diálogo con todos los integrantes de la comunidad educativa.

Teniendo en consideración que los centros educativos son el lugar en el que se puede proceder a la integración de las distintas sensibilidades que se encuentran en la sociedad francesa, consideran necesario que se proceda a explicar el contenido de la Ley con el fin de que las sanciones que puedan derivar del incumplimiento de la Ley estén precedidas por el diálogo y mediación entre los directores y profesores de los centros con los alumnos-as y padres, siendo el último recurso las sanciones que están previstas en la misma por su incumplimiento.

c) Entrada en vigor de la Ley:

La Ley entró en vigor en septiembre de 2004, siendo necesario que previamente se procediera al diálogo y la mediación con los sujetos destinatarios de la misma (profesores, padres, alumnos y directores de centros educativos públicos).

d) La aplicación de la Ley de 15 de marzo de 2004 que prohíbe llevar símbolos o signos religiosos ostensibles en los centros públicos de Francia:

Se emitió un Informe que fue solicitado por parte del Ministro de Educación Nacional de enseñanza superior e investigación a través del que se pretendía que el inicio del curso escolar en septiembre de 2004 fuera pacífica.

En principio consideraron que la entrada en vigor de la Ley, que trataba de una materia que entendían que era muy sensible se produjera de forma gradual. Por ello, creyeron que era necesario en principio proceder a informar a todas las personas que formaban la comunidad educativa de los objetivos de la Ley, así como, del nuevo régimen jurídico que derivaba de la misma.

Consideraron necesario que la Ley fuera acompañada de una Circular de aplicación. Con el fin de elaborar esta Circular, el Ministro optó por la vía de la consulta a los distintos sectores sociales, sindicatos y representantes de las distintas confesiones religiosas para que dieran su visión de la misma.

La Circular asignó a los directores de los centros educativos la responsabilidad de organizar mesas de diálogo, entendiendo que este diálogo era la primera fase necesaria para proceder a una aplicación eficaz de la Ley aprobada.

Se pusieron a disposición de los centros docentes públicos todo tipo de medios jurídicos y pedagógicos para que se procediera a dar a conocer el contenido y trascendencia de la nueva Ley.

Tras incluir el contenido de la Ley en los Reglamentos internos de los centros educativos. Todos los Reglamentos deberían contener la siguiente prohibición recogida en el

art. L- 141-5-1 del Código de educación: “El llevar o tener signos o símbolos religiosos, por parte de los alumnos-as, que manifiesten ostensiblemente su pertenencia a una confesión religiosa están prohibidos”.

Tras incluir esta prohibición en el Reglamento de régimen interno de los centros educativos franceses era necesario que los directores de dichos centros establecieran o organizaran encuentros o diálogos con los alumnos-as antes de proceder a la aplicación de la Ley y a aplicar el régimen disciplinario que derivaba del mismo.

Se consideró que era necesario, también, organizar Seminarios de información con el fin de esclarecer la aplicación de la Ley a los directores de los centros educativos.

Era necesario dar a conocer el contenido de la Ley y su aplicación, no sólo a los alumnos-as de los centros sino también a las familias.

Por último, se organizaron encuentros con los distintos representantes de las Comunidades religiosas con el fin de que estos tuvieran conocimiento del contenido de la Ley y las consecuencias que derivaban de su incumplimiento.

e) La fase del diálogo:

Los directores de los centros docentes no se sentían abandonados por parte de las instituciones educativas como había pasado en la etapa precedente. Disponían de la Circular que recogía con total claridad y garantías la aplicación de la Ley.

f) El régimen que se aplico en la etapa del diálogo:

Los alumnos-as que tras la fase de información persistían con su posición de seguir llevando el veló islámico fueron invitadas a dialogar con los directores de los establecimientos escolares a los que asistían.

Teniendo en consideración lo que señalaba la Circular que se había promulgado al respecto, los directores, junto con los equipos educativos del centro, determinaban caso por caso, las condiciones en las que se encontraban estas alumnas que se negaban a cumplir con lo establecido en la Ley.

Se adoptaron distintas soluciones.

a) En algunos casos, las alumnas que seguían llevando los símbolos religiosos ostensibles fueron autorizadas a seguir con las clases en sus propias aulas. Esta posición duro poco tiempo ya que los propios profesores que impartían docencia en dichos centros se negaron a mantener esta situación.

b) En la mayoría de los centros, las alumnas que se negaban a cumplir con lo señalado en la Ley fueron invitadas a acudir a un aula específica en la que recibían los materiales de estudio.

g) Duración del periodo de diálogo:

La duración de la fase de diálogo estaba en manos del director del centro. Sólo existía una condición, el diálogo debía extenderse el tiempo necesario para garantizar que el procedimiento disciplinario no sería de aplicación más que en aquellos casos en los que las alumnas de forma deliberada se oponían a la aplicación de la Ley.

h) Resultados de la aplicación de la Ley:

Se produjo una gran reducción del número de casos en los que las alumnas persistían en seguir llevando símbolos religiosos ostensibles a las aulas. Así, durante el curso 2004-5 el total de casos conflictivos fue de 639, lo que representa menos del 50% de los casos que se plantearon el curso anterior.

En todos los casos en los que las alumnas se opusieron a retirar el velo islámico se aplicó el reglamento disciplinario, aunque no se tienen datos contrastados al respecto. Según señala el Ministro de Educación Nacional que existían no más de 3000 velos islámicos en todo Francia.

A lo largo del curso 2004-5 se plantearon 47 casos de alumnas que se negaron a quitar el velo. De todos ellos, 44 fueron expulsadas por llevar el velo islámico y 3 por llevar el turbante sikh.

La mayoría de las expulsiones han recurrido a los Tribunales y en la mayoría de los casos las expulsiones han sido confirmadas por los jueces.

La solución que queda para estas alumnas es asistir a la Universidad a distancia o acudir a un centro docente extranjero en el que permitan llevar los signos o símbolos religiosos.

V.- Conclusiones

El principio de laicidad se ha constituido en uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico francés. Este principio se contiene en el artículo primero de la Constitución en el que se contienen los valores de respeto, tolerancia y diálogo, siendo el centro de la identidad de la República francesa.

Es a partir del año 1791 cuando se consigue la laicización del Estado civil y el matrimonio en Francia, a partir de este momento, la moral religiosa no será por más tiempo la guía oficial de la acción pública, aunque estará fuertemente impregnada por ella.

La laicización llegará, también, al ámbito educativo a partir de la Ley de 28 de junio de 1833. Pero será a partir de la III República cuando se comienza a ver la necesidad de separar del ámbito educativo la influencia de la religión.

Con la Ley de 9 de diciembre de 1905 se procede a la separación de la Iglesia y del Estado. Esta Ley de 1905 es considerada por parte de los historiadores de ese periodo como el “pacto laico” que es el que se aplica todavía en Francia. Este pacto fue impuesto por parte de los poderes públicos y supone el establecimiento de un modelo de equilibrio permanente entre las religiones y el poder político.

El periodo calificado como “segundo umbral de laicidad” está caracterizado por: a) una disociación institucional, la religión se equipara a una asociación y su influencia en la sociedad no sobrepasa el rol de intervención permitida por parte de sus propias estructuras. b) la libertad de conciencia y de culto: ambas libertades integran el ámbito de las libertades públicas, sin ningún tipo de distinción, existiendo libertad de manifestar cualquier tipo de culto, sin que exista preeminencia de culto alguno.

A partir de este momento, la laicidad se instaure en la sociedad francesa, conteniéndose la laicidad como principio en los textos constitucionales. En el Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 se establece: “La organización de la enseñanza pública, gratuita y laica en todos los niveles educativos es un deber del Estado”, y, esta misma redacción se contiene en el artículo 1º de la Constitución de 1958, en los siguientes términos: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social”.

Pero, la laicidad cuenta con determinadas especificidades en los centros docentes, ya que, no puede extenderse de la misma forma en todos los centros educativos. Como consecuencia de esta especificación, el problema que se genera como consecuencia de que los alumnos lleven determinados símbolos religiosos a las aulas no puede ser resuelto de la misma forma.

Así, en los colegios privados que se rigen a través de la Ley nº 59/1557, de 31 de diciembre de 1959, estarán regulados también por las normas que se contienen en los Códigos de educación de Francia. Eso sí, se tendrá en consideración en todo momento el carácter propio del centro a la hora de resolver los problemas que se plantean en los mismos. Además, el control de la administración educativa será mayor o menor dependiendo de las ayudas económicas que reciban del Estado.

Cabe destacar que, existen determinados territorios de la República francesa en los que se reconocen regímenes jurídicos diferenciados, es decir, son territorios en los que se aplica un estatuto particular.

A pesar de que Francia no fue el primer país en el que se aplica el Principio de laicidad, podemos señalar que en realidad el modelo francés de laicidad es un modelo original.

Teniendo en consideración que la sociedad francesa entiende que desde hace algún tiempo el principio de laicidad está en crisis, se ha realizado un gran esfuerzo con el fin de proceder a su redefinición y reafirmación.

Durante los últimos años se ha considerado por parte de la sociedad francesa que las manifestaciones de pertenencia a una confesión religiosa en las aulas de los centros docentes públicos cuestionan los principios fundamentales de la República, sobre todo el principio de laicidad.

Con el fin de preservar la neutralidad de los centros educativos públicos se ha considerado que era necesario reforzar el principio de laicidad. Sólo a través de este principio se ha considerado que se podrá lograr preservar la neutralidad de los centros educativos públicos. Por ello, se ha considerado necesario alejar de los centros educativos todos los símbolos religiosos. Con ello se logrará que la sociedad civil sea pluralista y diversa, siendo el principio de laicidad el que logre la necesaria unidad de la sociedad francesa.

La sociedad francesa entiende que es la escuela el lugar en el que se forja la conciencia de pertenencia a la República de los alumnos. Por ello, la irrupción de manifestaciones de pertenencia religiosa en los centros educativos pone en tela de juicio los principios fundamentales del ordenamiento, concretamente la laicidad y la neutralidad de la República.

Finalmente, se ha procedido a prohibir el llevar símbolos religiosos ostensibles en los centros educativos públicos franceses a través de la promulgación de la Ley que se ha incluido en el artículo L. 141-5-1 del Código de Educación. El contenido de dicho precepto señala: “Se prohíbe llevar símbolos religiosos que manifiestan ostensiblemente la pertenencia de los alumnos a una religión en los colegios, institutos y centros educativos públicos”.

Que las manifestaciones de pertenencia religiosa a partir del año 2000 adquiere una nueva dimensión en la sociedad francesa, ya que, junto a las alumnas menores de edad que acuden a los centros docentes públicos de Francia (en su mayoría hijas de inmigrantes musulmanes) aparecen otras categorías de ciudadanas que tratan de llevar el velo en sus puestos de trabajo: trabajadoras de centros hospitalarios, de empresas privadas y públicas y profesoras de educación pública.

Que este incremento de la presencia de símbolos religiosos ostensibles, sobre todo el velo islámico de las mujeres, plantea que determinados colectivos de ciudadanos-as, requieren al Estado para que adopte las medidas necesarias para que estos signos o símbolos no estén presentes. La razón que justifica el rechazo, además de considerar que se está en presencia de símbolos religiosos es su incompatibilidad con los principios de la República, sobre todo con la igualdad de sexos y la libertad de las mujeres.

Que la Comisión Stasi realiza una Recomendación en su informe de 11 de diciembre de 2003 en el que requiere que se adopte una Ley que prohíba llevar símbolos o signos religiosos de pertenencia religiosa o política en los centros escolares.

Que tras un largo estudio y debates, el día 15 de marzo de 2004 se adopta por mayoría de la Cámara la entrada en vigor de la Ley que prohíbe llevar signos o símbolos religiosos ostensibles en los centros docentes públicos de todo tipo en Francia.

Que esta prohibición se contiene en el art. L-141-5-1 del Código de educación de Francia en los siguientes términos: “En las escuelas, colegios e institutos públicos, se prohíbe llevar signos o símbolos religiosos ostensibles por parte de los alumnos que manifiesten su pertenencia a una confesión religiosa”.

Que el contenido de esta Ley se recoge en los Reglamentos internos de los centros educativos públicos de Francia. Y que, con el fin de que su aplicación sea pacífica se abre una fase de información (dar a conocer la Ley a todos los sujetos integrantes de la Comunidad educativa –padres, profesores y alumnos-as). Tras concluir con la misma se inicia una nueva fase de diálogo, y concluida con la misma si los alumnos-as continúan llevando signos o símbolos religiosos ostensibles se les aplica el procedimiento recogido en el Reglamento interno del centro procediendo a la expulsión.

Que las vías a través de las que se ha solventado el problema en ocasiones es que las alumnas se han inscrito, bien en centros docentes a distancia o han sido matriculadas en centros extranjeros en los que sí se permite llevar el velo islámico.

BIBLIOGRAFÍA:

AGUILA, Y. “L’interdiction du port du foulard islamique pendant les tours d’éducation physique”, en *Actualité Juridique de Droit Administrative*, 1995-4.

- ALDEEB ABUSALIEH, S. A. “Les mouvements islamistes, la loi islamique et les droits de l’homme”, en *Revue Trimestrielle de Droits del l’Homme*, 1998.34.1.
- ANSEUR Z. “Le couple laïcité-liberte religieuse: de l’union à la ruptura? Réflexions á partir de l’affaire Ait Ahmand”, en *Revue Trimestrielle de Droits del l’Homme.*, 2001.
- BARBIER, M. *La laïcité*, Paris, 1995.
- BARTHELEMY, J. “Le Conseil d’Etat et la construction des fundament de la laïcité”, *Revue Administrative*. 1999.
- BASDEVANT-GAUDEMET, B. “Le statut de l’Islám en France”, en *Revue de Droit Public et de Science Politique*, 1996-2.
- CHAUVIN, N. “Laïcité scolaire et protection des élèves”, *Revue Administrative* 1997.
- CHAUVIN, N. “Le port du foulard islamique par une enseignante (á propos de la decisión de la Cour européenne des drotis de L’homme du 15 février 2001)”, *Revue Français de Droit Administratif*, 2003-3.
- DAVIS, M. “Laïcité des écoles publiques aux État-Units et l’ affaire des foulards en France”, *Revue Française de Droit Administratif*, 1991-1.
- DEFFAINS, N. “Le principe de laïcité de l’enseignement public á l’épreuve du foulard islamique”, *Revue Trimestrel de Droits de l’Homme*, 1998-34-1.
- DYRABD-PRINBORGNE, C. “Laïcité scolaire et signes d’appartenance religieuse. La Circulaire Jospen du 12 décembre 1989” *Revue Française de Droit Administratif*, 1990-1.
- FLAUSS, J. F. “Le Cour européenne des drotis de l’homme et le port du foulard islamique”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2001-5.
- FOBLETS, M. C. “Migrant women caught between islámic family law and womens rights. The search for the apporpraiete Connectiong Factor in Internationa Family Law”, 2000.
- HAGUENAU, C. “Laïcité, obligations d’assiduité et pratique religieuse dans établissements publics d’enseignement”, *Revue de Droit Public et de Science Politique*, 1996-3.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. “Jurisprudencia europea sobre al prohibición de lleva velo islámico”, en *Multiculturalidad y laicidad, A propósito de informe Stasi*, LASAGABASTER HERRARTE, I. 2003.
- LAZCANO BROTONS, I. “Multiculturalidad y libertad de expresión: Consideraciones al hilo de la jurisprudencia del TEDH”, en *Multiculturalidad y laicidad, A propósito de informe Stasi*, LASAGABASTER HERRARTE, I. 2003.
- POULPIQUET, V. “Laïcité, obligations d’assiduité et pratique religieuse dans les établissement publics d’enseignement”, *Revue de Droit Public et de Science Politique*, 1997-6.
- SCHWART, R. “Laïcité et caractère ostentatoire du port d’insignes religieux”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1995-6.

Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica

Arantza Campos Rubio

EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

SUMARIO: I: Introducción.- II: Tres enfoques feministas en el análisis del derecho: 1. Primer enfoque: el derecho es "sexista": 1.1. El sujeto de derecho: hombres y mujeres; 1.2. La neutralidad de la norma; 2. Segundo enfoque: el derecho es "masculino": 2.1. El sujeto de derecho: el hombre; 2.2. La norma es "masculina"; 3. Tercer enfoque: el derecho tiene "género".- III: ¿Hacia una teoría feminista del derecho?: K.T.Bartlett *versus* C.A. Mackinnon: 1. K.T. Bartlett: Caracterización de la actividad jurídica como feminista; 1.1. La pregunta sobre la mujer; 1.2. Sobre el razonamiento práctico feminista; 1.3.Sobre la concienciación; 1.4.La "positionality"; 2. C.A. Mackinnon: La primacía de la experiencia de las mujeres: 2.1. La primacía de la experiencia de las mujeres; 2.2. La unidad de la experiencia femenina.- IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Aunque pueda sorprender, dado el rol que juega como "*parte ideal de lo real*"¹, el Derecho es una de las disciplinas que, en términos relativos, ha sido poco abordada desde las diversas perspectivas teóricas feministas que se han desarrollado a lo largo de las tres últimas décadas tanto en Europa como en Estados Unidos². Mientras que el conjunto de las Ciencias Sociales, y muy en especial la Historia, se convirtieron con rapidez en saberes cuyos paradigmas fundacionales fueron cuestionados³, y en los que la denuncia del androcentrismo y su definición⁴ como un sesgo teórico e ideológico que impedía analizar sociológicamente las formaciones sociales en las que hombres y mujeres se encontraban implicados y que conllevaba una interpretación de corte naturalista de sus roles, funciones y status sociales, jugaron un papel crítico central; con las denominadas Ciencias Jurídicas no sucedió lo mismo.

Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que en lo que se refiere a las cuestiones epistemológicas suscitadas por la crítica feminista a las disciplinas⁵, Historia y Derecho ocupan posiciones diametralmente opuestas. A nuestro entender esto no es casual y merece un breve comentario que, espero, ayudará a una mejor comprensión de lo que podríamos llamar "impermeabilidad" del Derecho ante las propuestas teóricas feministas, propuestas que, como veremos a lo largo de esta exposición, se irán configurando progresivamente.

¿Por qué la Historia ha interesado desde el principio a las teóricas feministas y el Derecho no? Primera cuestión y primer esbozo de respuesta bajo forma de interrogantes: ¿Será porque el discurso histórico es más permeable disciplinarmente que el jurídico? ¿Será

¹ M. Godelier, *Lo Ideal y lo Material*, Taurus, Madrid, 1989.

² R. Mura, *Un savoir à notre image?. Critique féministe des disciplines*, Adage, Canada, 1988.

³ L. Méndez, "Influencia de la Teoría Feminista sobre las Ciencias Sociales: una revisión conceptual", en: *Teoría Feminista: Identidad, Género y Política*, (45-57), Servicio editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1993.

⁴ M. Molyneux, "Androcentrism in Marxist anthropology", *Critique of Anthropology*, vol. 3 (9/10): 55-81, 1977.

⁵ S. Harding, *Ciencia y Feminismo*, Ediciones Morata, Madrid, 1996.

porque resulta más fácil reescribir la Historia incorporando a las mujeres⁶, que reescribir "el sexo de la ley"⁷? ¿Será porque nadie niega que la Historia sea una disciplina social revisable, mientras que parece existir una creencia compartida por insignes juristas según la cual el Derecho sería una Ciencia libre de sesgos ideológicos, sean estos sexuales, raciales, étnicos o de clase? Desde mi punto de vista, la respuesta a cada uno de estos interrogantes es un sí rotundo. Pero hay más problemas, y quizás de más calado, que los hasta ahora meramente enunciados. Problemas que nos remiten a otro ámbito que, al abordar estas cuestiones, no podemos obviar: el de la articulación entre, primero, la elaboración de una crítica feminista al Derecho - y a posteriori de unas teorías feministas del Derecho-, y las acciones políticas reivindicativas desarrolladas en diferentes periodos históricos por los movimientos feministas occidentales en favor de los derechos civiles y políticos de las mujeres.

Contrariamente a la Historia, el Derecho *normativiza* lo social en la práctica. A través de Códigos, Legislaciones, Normas, Disposiciones, se establece idealmente -y se impone prácticamente- una manera de entender los diferentes tipos de relaciones sociales que estructuran una sociedad en un momento histórico determinado. Y fue con el *Derecho Natural* y no con la Historia -a pesar de que sus versiones androcéntricas también fueron utilizadas para legitimar que las mujeres no tuvieran determinados derechos-, con el que tuvieron que lidiar las primeras feministas de nuestra modernidad. Se puede afirmar que históricamente el feminismo emergió cuando "filósofos y hombres políticos utilizaron la noción de "diferencia sexual" para justificar los límites que imponían a la universalidad de los derechos individuales"⁸. Dicho de otra manera, surgió con nuestra modernidad, de la mano, entre otras, de una Olympe de Gouges que, a finales del siglo XVIII se creía y se pensaba como ciudadana poseedora de derechos civiles y políticos y que constataba empíricamente que éstos se le negaban. Y se le negaban por su sexo "la diferencia de sexo suponía a las mujeres incapaces de ejercer derechos(...) reputados naturales para la humanidad. El universalismo de la diferencia sexual prevaleció sobre el de los derechos naturales y, en consecuencia, el individuo abstracto no ha sido neutro, sino indudablemente masculino"⁹. Convertirse en sujetos del derecho y no en meros objetos de él, tener derechos para poder ejercerlos. Esos derechos, sean civiles o políticos, las mujeres occidentales los obtendrán no mediante generosa dádiva, sino a través de luchas a menudo prolongadas (recuérdese el largo camino hasta conseguir el derecho al voto) y ferozmente combatidas por los defensores del orden moral pero también, y es lo que aquí interesa, por los encargados de aplicar e interpretar un ordenamiento jurídico en el que se hace carne un Derecho que pocos osaron conceptualizar como un potente aparato ideológico de los Estados democráticos modernos¹⁰ y que menos aun, y más tardíamente, pocas -y muy pocos- tildarán de sexista.¹¹

⁶ G. Duby & M. Perrot, (dirs): *Historia de las Mujeres I,II,III,IV,V*, Taurus, Madrid, 1993; B.S Anderson & J.P Zinsser: *Historia de las Mujeres: Una Historia Propia*, Crítica, Barcelona, 1992.

⁷ P. Legendre: "Le sexe de la loi. Remarques sur la division des sexes d'après le mythe chrétien", en: *La Sexualité dans les Institutions*, Payot, Paris, 1976, pp. 3-63.

⁸ J. W. Scott: *La Citoyenne Paradoxe*, Albin Michel, Paris, 1998, p. 29.

⁹ J. W. Scott: *Op. Cit.* p. 10.

¹⁰ L. Althusser "Idéologie et appareils idéologiques de l' Etat", *La Pensée* (151):3-38, 1970.

¹¹ A.Sachs y J.H.Wilson, *Sexism and Law*, Martin Robertson, Oxford, 1978.

Por todo lo dicho hasta ahora, no olvidaremos, a lo largo de esta exposición, insistir en que hasta muy recientemente y aún ahora, las interacciones entre Derecho y feminismos se han desarrollado más en el terreno de lo que habitualmente denominamos "político" que en el ámbito puramente teórico. La razón es, si se quiere, banal: a lo largo de los dos últimos siglos, las mujeres occidentales hemos tenido que luchar por conseguir ciertos derechos que habían sido proclamados universales. Pero hay otra razón, menos obvia y más problemática en la medida en que se planteará en unos Estados democráticos en los que existe una igualdad formal entre hombres y mujeres definida y regulada por el legislador. En esos contextos, al parecer, se comparte la creencia según la cual una igualdad formal garantiza *per se* y a corto plazo una igualdad real. El automatismo de la ecuación sorprende puesto que equivale a minimizar las inercias sociales, a hacer caso omiso del carácter estructural de las relaciones sociales entre los sexos, y a asumir que quienes interpretan y aplican la ley lo hacen sin prejuicios, sin preconociones, sin sesgos ideológicos, desde la más pura objetividad. Pero sujetos sexuados son, al fin y al cabo, quienes se dedican a la Ciencia Jurídica, y no seres desencarnados y numerosas y recientes sentencias así lo demuestran.¹² En consecuencia, las teóricas feministas del derecho constatarán, muy a su pesar sin duda, sentencia tras sentencia, que no basta con eliminar toda forma de discriminación en los textos legales, sino que hay que examinar críticamente cómo se interpretan y aplican las leyes. Ante la petición de los movimientos feministas en favor de la igualdad real de derechos y del fin de la discriminación por razón de sexo, las teóricas feministas del derecho asumirán dos retos a los que se irán enfrentando cronológica y progresivamente. El de investigar las formas en las que el Derecho ha tratado históricamente a las mujeres, y el de proponer cambios y reformas legales capaces de subsanar una situación de desigualdad legal, tanto formal como real¹³, entre hombres y mujeres.

Las elaboraciones de las teóricas feministas del derecho cuyas propuestas vamos a exponer a continuación se caracterizan porque están atravesadas por una tensión constante entre la necesidad epistemológica de reelaborar los conceptos que, a su entender, enmascaran el hecho de que el Derecho sea "sexista"¹⁴ sea "masculino"¹⁵ tenga "género"¹⁶ y la voluntad de combatir una praxis jurídica androcéntrica que se plasma en sentencias que afectan a las mujeres en todos los ámbitos, sean éstos laborales, civiles o penales. Al igual que otras teóricas feministas, las del derecho han optado metodológicamente 1) por combatir las lecturas de *sentido común*¹⁷ (sobre las relaciones sociales entre los sexos, lecturas que -asumiendo un naturalismo esencialista- legitiman el orden sexual dominante puesto que se entiende que éste "siempre ha sido así al ser 'naturalmente diferentes' hombres y mujeres" y,

¹² Entre otras por ejemplo las sentencias: Sentencia de 29 de Septiembre de 1998 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la CAV, Sentencia de 10 de Junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección segunda), Sentencia de 29 de Mayo de 1997 del Juzgado de lo Social nº4 de Bizkaia.

¹³ Sobre la doble vertiente normativa del principio moderno de igualdad jurídica ver L. Ferrajoli, "La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza", en *Democrazia e diritto*, nº 2, abril-junio, 1993, pp.49-73.

¹⁴ A. Sachs & J.H. Wilson, *Op. Cit.* 1978.

¹⁵ C.A. Mackinnon, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

¹⁶ C. Smart, "La mujer del discurso jurídico", en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, S.XXI, Madrid, 1994, pp. 167-189.

¹⁷ P. Bourdieu & J.C. Chamboredon & J.C. Passeron, *Le Métier de Sociologue*, Mouton, Paris, 1973.

2) por ser deudoras de las *teorías de la práctica*, es decir por situar en el centro de sus preocupaciones a los sujetos y a sus prácticas. Desde los denominados *enfoques prácticos* se asume que los sistemas sociales son sistemas de desigualdad y dominación que tienen poderosos efectos sobre las acciones desarrolladas por las personas, condicionando sus posibilidades reales de actuación¹⁸. En este sentido, los enfoques prácticos optan por analizar "las 'relaciones objetivas' que no pueden ni mostrarse ni tocarse con los dedos y que hace falta conquistar, construir y validar mediante el trabajo científico (...) (y no) por 'realidades' sustanciales"¹⁹.

Habiendo llegado hasta aquí por los derroteros y problemáticas someramente descritas, a nadie le extrañará lo que sigue a continuación. La exposición que vamos a realizar consta de dos partes. En la primera de ellas revisaremos las reconstrucciones feministas del discurso jurídico 'sobre la mujer'. Como iremos viendo, esas reconstrucciones comparten ciertos presupuestos básicos propios de lo que podríamos denominar "teoría feminista general" que fueron formulados en las dos obras pioneras de la llamada "segunda ola del feminismo": *El Segundo Sexo* (1949) de Simone de Beauvoir y *La Mística de la Femenidad* (1963) de Betty Friedan. Dichos presupuestos - a) la construcción social de la mujer; b) la situación de subordinación de la mujer respecto al hombre; c) la necesidad de cambiar la situación de subordinación en todos los ámbitos- permiten plantear la teoría feminista²⁰ como producto crítico de la radicalización de los ideales ilustrados de la modernidad²¹. Para llevar a cabo esta revisión de un modo claro y conciso, y teniendo en cuenta la abundante literatura

¹⁸ J.F. Collier & S. J. Yanagisako: "Theory in anthropology since feminist practice", *Critique of Anthropology*, vol. 9 (2): 27-37.1989.

¹⁹ P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*,s, Seuil, Paris, 1994, p. 9.

²⁰ Véase, C. Amorós (coord.), *Historia de la Teoría feminista*, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1994, pp.109-149.

²¹ No consideraremos a las autoras que se inscriben en la corriente del pensamiento postmoderno ("postfeministas", "pensamiento de la diferencia") entendido en sentido fuerte; el que no acepta ningún compromiso con la coherencia interna del paradigma de la modernidad y se desmarca de él (Lyotard,1979) (Rorty,1989). El compromiso de estas autoras (Cigarini, 1993; Muraro, 1996...) con la negación de las categorías de **objetividad y universalidad**, así como con un sujeto cognoscente subjetivo, concreto y particular, construido a través de las experiencias vividas, hacen inútil cualquier pretensión teórica y formulan como incorrectas las teorías feministas que limitan su enfoque al partir de un elemento "esencial" común a las mujeres, sea éste la maternidad del feminismo cultural (Gilligan, 1985) o la subordinación del feminismo radical (Mackinnon, 1995). En ambos casos se parte de una supuesta identidad de experiencias de las mujeres. Desde esta perspectiva cualquier intento de construir una teoría global a partir de una idea común sobre la mujer está condenada al fracaso. Ahora bien, se puede considerar con sentido a las autoras que forman parte de un feminismo postmoderno, entendido como una crítica de la modernidad, como una ilustración de la Ilustración (Amorós, 1997). Asumir acríticamente la Ilustración es un contrasentido, así que si entendemos la postmodernidad como una dialéctica con la modernidad dudamos de que existan feministas que no sean de algún modo postmodernas. Pero en la medida en que la ambigüedad no se disipa del todo, no sobran en absoluto las precisiones acerca de en qué coordenadas teóricas y políticas se está, y cuáles son sus implicaciones. Desde nuestro punto de vista el feminismo es un proyecto si cabe hiperracionalista ya que reclama la igualdad en base a una irracionalización del poder patriarcal y una deslegitimización de la división sexual de los roles. El feminismo puede ser considerado como un test de grados de decencia o desvergüenza epistemológica. (universalidad, igualdad y sujeto) (Amorós,1997).

existente sobre el tema²², hemos optado por seguir preferentemente los esquemas propuestos por Olsen²³ y Smart²⁴.

Si en la primera parte de la exposición los tres enfoques desarrollados desde la teoría feminista nos permiten obtener una mayor comprensión de la forma en la que el discurso jurídico, a través del texto de la ley, contribuye a construir eso que conocemos como "mujer", en la segunda parte de la exposición nos centraremos en el método jurídico, y en la aproximación crítica a éste que se ha realizado desde la teoría feminista del derecho²⁵. Aproximación que incide esta vez en el desenmascaramiento de la pretendida neutralidad y objetividad de la aplicación del derecho. Para ello seguiremos a Bartlett²⁶ y Mackinnon²⁷ por la trascendencia y la influencia tanto teórica como práctica que las obras de estas dos autoras han tenido en los ámbitos tanto jurídicos como extrajurídicos.

La pertinencia de una revisión del método jurídico desde el feminismo se convierte en una tarea primordial ya que si la aplicación del "derecho creado", es decir el "derecho interpretado", se lleva a cabo a través de una serie de convenciones que deben ser respetadas y que se conocen como "método jurídico" o "metodología jurídica", inútil sería intentar entender lo que el derecho hace con la mujer sin una revisión crítica de la "metodología jurídica".

²² Suscintamente: T. Stang Dahl, *El derecho de la mujer*, Vindicación feminista, Madrid, 1991. F. Olsen, "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective", en *International Journal of the Sociology of law*, 18, 1990. K. T. Bartlett & R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991. A. Facio, *Cuando el género suena cambios trae: Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, San José (C.R.), 1992. E. Larrauri (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, SXXI, Madrid, 1994. C. A. Mackinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995. T. Pitch, "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista", en *Democrazia e diritto*, 2, aprile-giugno 1993. y "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexué" en *Déviance et Société*, Vol.16 No3, 1992

C. Pateman, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995. Marie-Andrée Bertrand, "Comment le Droit construit le Genre" en *New Alternatives for old challenges: Womens's rights*, IISJO, Oñati, 1996. F. Olsen, *Feminist Legal Theory*, serie Schools, Aldeshot, Darmonth, 1995.

²³ F. Olsen, "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective", en *International Journal of the Sociology of law*, 18, 1990.

²⁴ C. Smart Op. Cit. 1994.

²⁵ C. Smart, "La búsqueda de una teoría feminista del derecho" en *Delito y Sociedad*. Vol 11-12, 1998, pp.105-124. M.A. Barrère, "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?", en *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, pp.75-89, y "Feminismo y ciencia jurídica: Incursiones feministas en el método jurídico", en AA.VV., *Calculemos...Matemáticas y Libertad (Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas)*, Trotta, Madrid, 1996, pp.239 y ss, y "Teoría Feminista del diritto e processo al diritto moderno: Appunti sull'astrazione e sulla concettualizzazione giuridica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica A.XXV,n.2 dicembre 1995*, pp.447-493.

²⁶ K. T. Bartlett & R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.

²⁷ C.A. Mackinnon. Op. Cit. 1995.

Desde lo que Calvo²⁸ denomina "economía dogmática de la imprecisión" propia del canon hermeneútico tradicional, hasta lo que identifica como una especie de "economía política de la imprecisión legal" a la que parece obligada la aplicación del derecho en el estado social, podemos detectar que en la evolución del método jurídico concurre una misma pretensión: la de negar la existencia de una "holgura" hermeneútica, o como mucho controlarla, a la hora de aplicar el derecho; pretensión que puede ser calificada como algo más que estrictamente jurídica y que podría calificarse de jurídico-política.

La revisión del método jurídico desde la teoría feminista del derecho no se encuentra entre las realizadas por las llamadas teorías neoevolucionistas,²⁹ sino entre las denominadas críticas.³⁰ Desde la teoría feminista se ve con buenos ojos la cada vez más reiterada percepción de los teóricos de la pérdida de autonomía de lo jurídico, y su revisión se inscribe dentro de las teorías del derecho y de la ciencia jurídica que reaccionan críticamente frente a las hipótesis de autonomía, neutralidad y certeza del derecho.

Desde la crítica general al derecho liberal desarrollada por las teóricas feministas del derecho, se ha dado especial importancia a aquélla que incide en los graves problemas de legitimación que conllevan las decisiones judiciales que pretenden fundamentarse sobre el formalismo jurídico³¹, y el mito que identifica la legitimidad con la sumisión de los poderes públicos a la legalidad. Kennedy³² y Kairys³³ señalan dos de las consecuencias de identificar la legitimidad con el principio de legalidad. Esta identificación ha servido *"en primer lugar, como fundamento para desarrollar un modelo de dominación jurídica presuntamente basado en normas abstractas y generales concebidas como una estructura neutral, esto es, racional formal y por tanto apolítica y despegada de intereses y valores materiales. En segundo lugar, el mito liberal del principio de legalidad ha servido para legitimar la difícil posición de los jueces en el sistema democrático. La construcción de un modelo ideal capaz de justificar metodológicamente las decisiones jurídicas contribuye a*

²⁹ "La reacción de las teorías neoevolucionistas frente a la pérdida de autonomía de lo jurídico sintoniza con la apuesta de los últimos desplazamientos de la racionalidad hermeneútica por rescatar o crear nuevos márgenes de objetividad y racionalidad en la metodología de la decisión jurídica. Sin embargo, a pesar del interés y la transcendencia teórica de estos planteamientos, no puede decirse que el formalismo jurídico tenga buena prensa hoy en día" (Calvo, 1994:274).³⁰ La teoría feminista del derecho, y más concretamente la revisión del método jurídico llevado a cabo por las teóricas norteamericanas mantiene fuertes vinculaciones con el movimiento de los Critical Legal Studies (CLS). Ver A.Calsamiglia, "La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español", en *Doxa*, 11, 1992, pp. 295-310.

³¹ Tanto G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979 como C.Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un analisis del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990 han señalado, entre otros, que debemos considerar la imposibilidad de terminar por completo con la indeterminación y la vaguedad del sistema jurídico; hecho que debería ser suficiente para abandonar las tesis del formalismo dogmático.

³² D. Kennedy, "Legal Formality", en *Journal of Legal Studies* 2, 1973, pp.351-398.

³³ D. Kairys, *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Pantheon Books, New York, 1990.

promover su aceptación como decisiones mecánicas. La exclusión de los factores subjetivos, sociales e ideológicos que intervienen en la creación y aplicación del derecho permiten construir la apariencia de que los procesos jurídicos se justifican a partir de criterios lógicos y epistemológicos, esto es, según criterios de racionalidad formal en los que la opinión dominante es la del experto y no la de los ciudadanos de a pie." ³⁴.

Según las teóricas feministas y miembros de los CLS³⁵, el que en la actualidad el formalismo jurídico todavía impregne el pensamiento de los aplicadores del derecho³⁶ y el recurrente empeño de los teóricos del derecho por rescatar o crear márgenes de neutralidad y racionalidad en la decisión jurídica, sólo puede tener una explicación en el hecho de que exista un interés en que la decisión jurídica quede aislada de los posibles efectos deslegitimadores que podría tener su contaminación social y política. *"El formalismo jurídico y la ilusión del método promueven los últimos desplazamientos de la racionalidad hermeneútica buscan conservar o crear ámbitos de racionalidad formal, esto es, neutrales, que aislen la decisión jurídica del pluralismo de otros ámbitos sociales y en especial de la política. De esta manera, en primer lugar se produce una apariencia de falsa legitimidad de la decisión jurídica, cuando en realidad ésta descansa, en última instancia, sobre factores políticos y sociales y, en segundo lugar, la mistificación metodológica sirve de facto para disfrazar la enorme discrecionalidad existente."* ³⁷.

Desde la teoría feminista la crítica a la neutralidad, racionalidad y objetividad del método jurídico se hace de forma específica, concretándose en una crítica desde la perspectiva de género.³⁸ Los compromisos ideológicos que adquiere en concreto el método jurídico serán calificados de forma diferente según cuál sea el enfoque feminista. Por ello el método jurídico será calificado o bien como masculino o bien como instrumento de expresión y creación de género.

El objetivo principal de esta exposición consiste en realizar una primera aproximación a lo que la teoría feminista está desarrollando sobre el derecho. Teniendo en cuenta que creación y aplicación del derecho constituyen dos esferas esenciales del mismo en esta lección el derecho creado nos servirá para ver la Mujer que construye una parte importante del discurso jurídico, mientras que el derecho aplicado nos sirve para ver cómo cuestiones que se consideran no jurídicas se introducen en el discurso jurídico reproduciendo la Mujer que nuestro imaginario social tiene. La importancia de esta actividad se justifica en la gran

³⁵ Movimiento al que pertenecen entre otros los autores anteriormente citados Kennedy y Kairys.

³⁶ P.A. Ibáñez, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo.", en *Doxa*, 15-16, 1994, pp.861-882. En este artículo se refiere a cómo en un importante sector de la magistratura española actual el formalismo dogmático está firmemente asentado y remite a la obra de J.L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, en la que se defiende dicha posición de forma explícita.

³⁷ M. Calvo. Op. Cit. p. 276.³⁸ Ver M.J. Mossman, "Feminism and Legal Method: The Difference It Makes", en *Australian Journal of Law and Society*, núm.3, 1992, pp. 30-52.

trascendencia que para la vida cotidiana de las mujeres tiene lo que se haga en cada una de esas dos esferas del derecho.

II: TRES ENFOQUES FEMINISTAS EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO

El discurso del derecho sobre la Mujer ha provocado que las feministas desarrollen una serie de elaboraciones teóricas sobre la norma jurídica y su lenguaje, así como sobre el sujeto de derecho. Los tres enfoques: "el derecho es sexista", "el derecho es masculino" y "el derecho tiene género", que a continuación vamos a revisar, resumen los esfuerzos de las feministas en su empeño de dar cuenta de la forma en la que el derecho piensa sobre la Mujer.

En el discurso del derecho sobre la Mujer nos encontramos con determinadas formas de percibir y expresar la "diferencia sexual". Como otras diferencias, la sexual se expresa habitualmente en oposiciones normativas dicotómicas³⁹ que estructuran nuestro pensamiento. Oposiciones tales como racional/irracional; pensamiento/sentimiento; cultura/naturaleza; objetivo/subjetivo; abstracto/concreto; razón/emoción; activo/pasivo pueden y suelen ser identificadas con los pares hombre/mujer o con masculino/femenino. Con esto queremos señalar que el pensamiento feminista ha constatado que:

1º) El sistema de dualismos no es simétrico. El que no lo sea supone señalar la jerarquización de dicho sistema. Los dos términos del dualismo se encuentran colocados en un orden jerárquico de dominación. La dominación consiste en que el primer término designa la parte positiva, que además define a la otra como su carencia. Lo irracional será lo que carezca de racionalidad, lo pasivo lo carente de actividad, etc.

2º) Dichos dualismos están sexualizados. Esto quiere decir que a una mitad del dualismo se le identifica con lo "femenino" y a la otra mitad con lo "masculino". La operación que han realizado los varones ha consistido en autodesignarse con una parte de los dualismos y han proyectado la otra parte hacia las mujeres. La operación de autodesignación ha tenido como resultado que las partes de los dualismos que dominan sean identificadas con lo "masculino", y las dominadas con lo "femenino"⁴⁰.

⁴⁰ No es ni el lugar ni el momento de dar cuenta de la complejidad del concepto de género puesto que constituye la categoría central de la teoría feminista y requeriría bastante más espacio (físico y simbólico) que una nota a pie de página, pero sirvan las siguientes aclaraciones para acercarnos a él adecuadamente. *"La noción de género surge a partir de la idea de que lo "femenino" y lo "masculino" no son hechos naturales o biológicos, sino construcciones culturales. La existencia socio-histórica de los géneros (sistema de sexo-género) es el modo esencial en que la realidad social se organiza, se divide simbólicamente y se vive empíricamente. Dicho de otra forma, a lo largo de la historia todas las sociedades se han construido a partir de las diferencias anatómicas entre los sexos, convirtiendo esa diferencia en desigualdad social y política."* (Cobo, 1995:55).⁴¹ En contra de la idea imperante del derecho como un sistema de normas completamente autónomo o independiente de otros sistemas normativos como el moral o el político o incluso las costumbres, la teoría feminista (en sus distintas versiones) ha insistido reiteradamente en la vinculación de lo jurídico a lo político. Como consecuencia de ello y sin negar la singularidad o unidad que implica el término derecho, esta teoría se ha referido al derecho como una pluralidad de realidades. Una de estas realidades es la que se refiere al derecho como algo más que la norma *agendi* (sistema de normas cuyos/as destinatarios/as son las personas de una determinada sociedad en un determinado momento histórico). A este concepto de derecho como sistema de normas se le puede añadir la noción de derecho como ordenamiento, organización, o institución, con lo que el derecho estaría compuesto por el "derecho creado" o derecho legislado (ley escrita como resultado de un proceso político), y el "derecho aplicado" o "derecho interpretado" (interpretación de la ley escrita). Como es sabido la interpretación de la ley

3º) El derecho⁴¹ se identifica con la parte "masculina" de los dualismos, es decir con la parte percibida como superior. La ideología dominante mantiene que la ley es racional, objetiva, abstracta y general y que, de esta forma, la ley es mejor que si fuera irracional, subjetiva, particular y concreta, es decir, que si fuera femenina.

En los tres enfoques que a continuación revisaremos podemos detectar diferentes posiciones en torno a las relaciones que se establecen o debieran establecerse entre el derecho y las mujeres en un contexto de pensamiento dualista, jerarquizado y sexualizado. En síntesis, el primer enfoque que postula que "el derecho es sexista", admitiría tanto el pensamiento dualista como la jerarquización, pero desestimaría la sexualización de dichos dualismos jerárquicos (el derecho es racional, objetivo, abstracto, general..., y es mejor que sea así, pero ser racional, objetivo..., no son características que pertenezcan en exclusiva a los hombres). El segundo enfoque que defiende que "el derecho es masculino", aceptaría los dualismos y su sexuación, pero no admitiría su jerarquización (el derecho es racional, objetivo..., y por ello es masculino, pero el que así sea no significa que deba serlo y que sea mejor que si fuera subjetivo, concreto...). Y el tercer enfoque según el cual "el derecho tiene género" no aceptaría ni la sexuación ni la jerarquización de dichos dualismos (el derecho es racional, general, objetivo..., pero no son características que pertenezcan a los hombres en exclusiva, ni porque sea así, si es que lo es, no es mejor, que si fuera subjetivo, concreto... En la realidad, el derecho es objetivo y subjetivo, concreto y abstracto...).

Cada uno de estos enfoques pone en cuestión la idea de sujeto de derecho y de norma jurídica que las distintas teorías del derecho ofrecen. Y dado que el sujeto de derecho y la

escrita debe tener en cuenta una serie de convenciones conocidas como "metodología legal" o "metodología jurídica". Desde el feminismo se advierte que intentar entender el derecho sin una revisión crítica de esta metodología se convierte en una tarea inútil. Este primer nivel del derecho, el derecho legislado y el derecho aplicado puede ser conocido aunque sea explicativamente, pero otra de las realidades del derecho como es la práctica cotidiana del derecho es bastante más difícil de conocer, es decir, difícilmente podremos saber la forma en la que se utiliza e interpreta el Derecho por parte de los distintos actores jurídicos (abogados, notarios, procuradores, policías...). Pero estos dos componentes pueden ser lugar común de muchos teóricos. Según Smart (1994), Facio(1992) y Schuler(1987) el fenómeno jurídico abarca también un tercer componente que consiste en las actitudes y el conocimiento de los dos anteriores que tenga la gente. El conocimiento de la ley por parte de la ciudadanía influye en cómo es administrada. Si no se conocen los derechos no se exigen. Del contenido que la ciudadanía otorgue a principios y valores tales como libertad, igualdad..., dependerá mucho de lo que se entienda por "igualdad de los cónyuges", "igual salario por trabajo igual, o por trabajo de igual valor". Smart llega más lejos sugiriendo que el derecho crea subjetividades. Y se refiere a la categoría de "bastardo". Según la autora esta categoría estrictamente legal en siglos anteriores deviene en el siglo XX en la categoría de ilegitimidad a la que se adscriben más posiciones que la legal como son la posición económica y una condición psicológica. A través de la categoría de "ilegitimidad" se crearon a principios del siglo XX "hijos desheredados y adultos desheredados" (Smart, 1994: 167).

norma jurídica son elementos de reflexión dentro de los distintos enfoques feministas sobre la Mujer del discurso jurídico, no está de más que nos detengamos brevemente en cada una de estas cuestiones.

La crítica al sujeto de derecho de las teorías clásicas (derecho liberal) se encuadra dentro del actual contexto general de crisis del sujeto. El sujeto de derecho también se encuentra en crisis y desde la teoría feminista se ve la necesidad de repensarlo. Salas ⁴² propone volver a pensar el sujeto de derecho a través de la reconstrucción de la evolución de las representaciones del individuo en las culturas jurídicas, y por ello es necesario hacer referencia al concepto de individuo que manejamos en la actualidad. El individuo actual se reconoce *"En una figura renovada del sujeto, irremediabilmente rota(...) atravesada por la historia y para cuya concepción debe conservar sin embargo sentido el ideal de autonomía y de responsabilidad"*⁴³, y es precisamente este desmembramiento de la identidad del individuo occidental, sin asidero para determinar su identidad unitaria, el que provoca que cada cual elabore continuamente su propia identidad. Este hecho es de vital importancia para la idea que actualmente podamos tener del sujeto de derecho porque, como señala Carbonnier ⁴⁴ : a) en la actualidad es más difícil señalar la separación entre el sujeto de derecho y el no-sujeto de derecho. La concepción del individuo jurídico del Código Civil ya no puede ser el modelo central del sujeto de derecho, puesto que en la actualidad debemos enfrentarnos a un hombre que se percibe como un ser complejo, cambiante- subjetivo, inconsciente, en conflicto consigo mismo; b) la frontera entre la capacidad e incapacidad jurídica pasa a situarse en el interior de cada sujeto, o lo que es igual, *"antes del psicoanálisis (...) sólo podían ser (totalmente) sujetos de derecho las personas autónomas psicológica, social y económicamente(...). Poco a poco el derecho hace entrar, ya sea como tributarios de una protección, ya sea como titulares de derechos, a las mujeres, a los trabajadores, a los niños(...). Primero, el modelo de tutela y progresivamente se borra la frontera entre capacidad e incapacidad...se desmantela la representación clásica de un sujeto sin capacidad. Se encuentra en él la parte común que se creía desaparecida.."* ⁴⁵; c) Tiende a imponerse la necesidad de pensar el sujeto de derecho en una dialéctica de la dependencia y la autonomía, dos polos en constante interacción, uno pasivo -el sujeto del derecho, el que está obligado, colocado como *subjectum* bajo la dependencia del derecho, y un polo activo, el que es titular de un derecho, el que es la causa del mismo.

Pero si *" el pretendido no-sujeto de derecho tendría no obstante un derecho irreductible, el de devenir sujeto de derecho. Un derecho que esgrimiría contra el derecho objetivo, contra las instituciones jurídicas que le han impuesto su condición "*⁴⁶, nos encontramos con que ante el derecho aparecen unos sujetos en devenir a los que éste debe

⁴³ A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du Droit*, PUF, Paris, 1991, p.39.

⁴⁴ J. Carbonnier, "Sur les traces du non-sujet de droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1989, p.23.

⁴⁵ J. Carbonnier. Op. Cit. p.24.

⁴⁶ J. Carbonnier. Op. Cit. p. 205.⁴⁷Ver J.R.Capella, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968; C.S.Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983,pp.63-78.

abrir un espacio dentro de sus filas integrando de esta manera la dimensión temporal del sujeto de derecho, en contra de la clásica idea del sujeto como algo abstracto y descarnado, como algo sin cuerpo. Los distintos enfoques de la teoría feminista harán que el derecho tenga que percatarse de la encarnadura de sus sujetos. El sujeto de derecho cuyo referente era el individuo desencarnado del estado de derecho liberal, debe encarnarse en el estado social y democrático de derecho.

Al igual que el sujeto de derecho, también la norma jurídica se ve afectada por la evolución y las transformaciones del derecho así como por sus nuevas funciones sociales. Las pautas liberales hacían que el derecho se estructurase como un derecho racional-formal cuyo objetivo consistía en garantizar un marco general de autonomía protegida. Desde esa posición las funciones del derecho se orientaban a configurar y facilitar patrones de relación jurídica. También se ofrecían los procedimientos adecuados para resolver los conflictos que pudieran aparecer en su cumplimiento. El modelo tradicional indicaba que el objetivo del sistema jurídico era propiciar un sistema de relaciones intersubjetivas configurado racionalmente, es decir, un sistema independiente de las necesidades que habían determinado el origen del propio sistema. Un marco de autonomía protegida al que los particulares podían o no recurrir por propia voluntad según cuáles fueran sus propios fines e intereses. No es de extrañar que dentro de este modelo y adecuándose a sus funciones sociales, las normas jurídicas típicas se caracterizaran, desde el punto de vista de su estructura,⁴⁷ por recurrir a un sujeto universal y por su contenido abstracto. Según la ideología liberal, el elemento vocativo de las normas jurídicas se dirigía directamente a los particulares y, sólo indirectamente, como una función subsidiaria de garantía, sus destinatarios eran los poderes públicos. Además el derecho se ha caracterizado siempre por ser un derecho de contenido abstracto. Tanto es así que incluso se ha llegado a afirmar que dicho contenido era formalmente abstracto.

Pero en la actualidad nos encontramos con un derecho que se distancia cada vez más del derecho tradicional en el sentido de que el derecho útil es un derecho “administrativizado”. Este nuevo derecho se compone casi exclusivamente de normas cuyo objetivo es regular lo social. La forma en la que pretende regularlo es a través de normas cuyos fines estén de acuerdo con determinados intereses y objetivos sociales, y mediante normas de organización, es decir, a través de normas que dotan de competencias e instituyen procedimientos. Estas son necesarias para la realización de los fines regulativos de un derecho cuya eficacia exige un ejercicio activo por parte de los poderes públicos. Las transformaciones reseñadas van a provocar: "1) *un desplazamiento de la referencia subjetiva de las normas jurídicas que dejan de ser generales para convertirse en normas particulares, esto es, normas dirigidas a un único sujeto o a un número de sujetos determinado por unas características específicas derivadas de la atribución de competencias o poderes determinados.*; 2) *una clara pérdida de abstracción desde el punto de vista de la estructura lógica de la norma jurídica*; 3) *una pérdida de abstracción y generalidad que va más allá de la estructura lógica de la norma jurídica y afecta también al contenido material del derecho.*"⁴⁸

Que el destinatario del elemento vocativo de las normas jurídicas regulativas sean las autoridades públicas bajo cuya responsabilidad se articulan procedimientos y actuaciones encaminadas a alcanzar fines, valores o intereses sociales no impide que, *a posteriori*, en

tanto que dichas actividades puedan generar derechos, se consideren dirigidas a la ciudadanía en general. Esta nueva organización del derecho (la cantidad y trascendencia de las normas dirigidas a los poderes públicos para lograr fines), además de apelar a sujetos particulares, determina cierta pérdida de abstracción que el propio funcionamiento procedimental de la Administración exige. Si tenemos en cuenta el normal funcionamiento de la Administración *“en el caos existente, el funcionario aplica lo más concreto, lo que le da pautas precisas de actuación, es decir, la circular, y en lo no previsto, va remontándose hacia lo general (abstracto) pasando por la orden ministerial, el decreto, la ley”*,⁴⁹. Como podemos comprobar, lo que hace el funcionario consiste en invertir la pirámide normativa tan habitual en las explicaciones teóricas de la estructura del derecho. En la actualidad la idea más generalizada es que aunque teóricamente se insista en presentar la norma como general y abstracta, ésta *“ni es imparcial ni proporciona realmente un patrón firme de resolución de conflictos que no deje abierta la puerta a las valoraciones no imparciales de quien la aplica”*.⁵⁰

Pero se puede hablar también de pérdida de abstracción en otro sentido que, si se quiere, es mucho más preocupante desde el punto de vista de la ideología liberal, puesto que no sólo supone una pérdida de abstracción sino que cuestiona directamente las exigencias racionales de generalidad del derecho burgués. El estado social se caracteriza por realizar intervenciones cuya finalidad es lograr ciertos objetivos redistributivos. Para ello las normas que han de ser legisladas no pueden en ningún caso cumplir con las exigencias de abstracción y generalidad (ya que los destinatarios de la redistribución serán siempre un grupo determinado y nunca la ciudadanía en general), quebrando así la estructura de las normas jurídicas, y afectando al contenido material del derecho. *“Las políticas de distribución se basan en los procesos igualitarios de compensar las desigualdades económicas y sociales que se consideran incompatibles con la igualdad “natural” de todos los hombres y que han sido “artificialmente” producidas por el sistema de mercado. Esto supone que las leyes se vuelven siempre selectivas en relación con los diferentes segmentos de la población y situaciones sociales y de este modo se vuelven concretas y especiales”*⁵¹

Con la pérdida de abstracción derivada de la “administrativización” del derecho regulativo, no sólo se produce una pérdida de abstracción y generalidad de la estructura lógica de la norma jurídica, sino que el contenido material del derecho también se ve afectado. Podría pensarse que una pérdida de abstracción de la norma jurídica conllevaría una mayor seguridad jurídica, pero esto no es así. La racionalidad decisionista del derecho administrativo hace posible que la pérdida de abstracción sea compatible con el aumento de la discrecionalidad.

En lo que respecta a las normas jurídicas y a las cuestiones expuestas en torno a ellas, la crítica feminista al derecho se centrará en desenmascarar la idea de que éstas se dan con la

⁴⁹A. Nieto, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984 p.148.

⁵⁰ M. Calvo, Op. Cit, p. 265.

⁵¹U.K.Preuus, "El concepto de los derechos y el Estado de bienestar", en *Problemas de legitimación en el estado social*, E.Olivas(ed.), Trotta, Madrid, 1991, p.83. Citado por Calvo García op.cit., p.266.

pretensión de servir de instancia objetiva y general para la resolución de conflictos. Dichas normas, se asume, han de ser aplicadas por sujetos neutrales que someten a ellas su juicio. Mediante estos planteamientos se creará un mecanismo de dominación masculina, ya que todos los valores implicados en la justificación del papel de las normas llevan la impronta del ejercicio del poder de los hombres sobre las mujeres.

Los tres enfoques teóricos que a continuación vamos a examinar detalladamente no responden a una evolución estrictamente cronológica de la teoría feminista. Si durante los años 60 los estudios realizados se referían exclusivamente al sexismo del derecho, en un periodo no muy distante, finales de los 60 y principios de los 70, aparecerán las críticas que lo califican de "masculino", y así sucesivamente, sin que por ello se abandonen las investigaciones desde cada una de las diferentes posiciones.

1. PRIMER ENFOQUE: EL DERECHO ES "SEXISTA"

Las feministas de los años 60 utilizaban una fórmula que podemos calificar de simple a la vez que acusatoria para caracterizar el derecho: "El derecho es sexista". Basaban esta afirmación en el hecho de que el derecho cuando diferenciaba a los sujetos por su sexo hacía que las mujeres resultasen perjudicadas puesto que la diferenciación siempre suponía ciertas desventajas para ellas. Así, por ejemplo, y en diversos países occidentales, la restricción de recursos materiales a las mujeres en caso de conflicto matrimonial y divorcio en el derecho civil; en el derecho penal ciertas normas que se referían a las mujeres exclusivamente se utilizaban para juzgar la conducta de éstas en materia sexual; en la esfera socio-profesional se les negaba a las mujeres el acceso a ciertas profesiones y salarios equivalentes a los de los trabajadores varones. Estas y otras constataciones son las que se expresan a través del enunciado "el derecho es sexista", y potenciarán el desarrollo de este enfoque feminista del derecho.

En términos generales en este enfoque se encuadran aquellos trabajos que cuestionan la veracidad, o mejor dicho, la exactitud de la afirmación de que el derecho es racional, objetivo y general. Si bien es cierto que este cuestionamiento no es exclusivo de quienes se adscriben a la crítica feminista, ya que otras corrientes de pensamiento sobre el derecho⁵² han reparado en esta cuestión, sí lo es el parámetro que selecciona. ¿Cuál es el parámetro que se utiliza para cuestionar la exactitud de esa afirmación? Las mujeres serán el parámetro, el test, que permita defender con rotundidad esa afirmación. Desde este enfoque no se pretende mostrar en ningún momento que el derecho no sea racional, objetivo y general, lo que se pretende es detectar las formas en las que el derecho no cumple esa pretensión cuando se trata de las mujeres. Es decir, no se cuestiona que el derecho no sea o deba ser racional, objetivo y general, muy al contrario se afirma que así debe ser, lo que sucede es que el derecho fracasa cuando se trata de las mujeres. El estudio y análisis del derecho realizado desde este enfoque puede mostrar y comprobar que éste en la práctica (independientemente de sus aspiraciones y buenas intenciones), trata de forma diferente a hombres y mujeres, con la particularidad de que en términos comparativos son las mujeres las que resultan perjudicadas respecto de los varones. Para no ser tachada de ideológica esta última afirmación debe confrontarse con ejemplos empíricos referidos, en este caso, a la legislación vigente en el Estado español.

a.- Constitución Española de 1978 art.57.1 que se refiere a la sucesión de la Corona y que diferencia a los sujetos por su sexo (aunque no sólo) y en el que las mujeres salen perjudicadas en favor de los varones. "La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; **en el mismo grado, el varón a la mujer**, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos".

b.- Código Civil

art. 893 No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse. El menor no podrá serlo, ni aun con la autorización del **padre** o del tutor.

art. 1040 Tampoco se traerán a colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero, si hubieren sido hechas por el **padre** conjuntamente a los dos, el hijo estará obligado a colacionar la mitad de la cosa donada.

art. 1043 Serán colacionables las cantidades satisfechas por el **padre** para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos.

art. 1056 Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.

Podemos afirmar que el calado de los ejemplos citados es de distinto alcance. A pesar de que el artículo 57.1 de la Constitución afecte a un número muy reducido de mujeres, pensamos en la importancia de su trascendencia simbólica ya que una de las lecturas que se puede realizar en clave ciudadana es que realmente las mujeres padecen de alguna carencia específica que les imposibilita para ejercer con la misma competencia que los varones las tareas designadas al Jefe del Estado (art. 56.1 CE "El Rey es el Jefe del Estado....."). En el caso del Código Civil las mujeres afectadas pueden ser más pero su impacto simbólico menor. La diferencia entre el 57.1 y los artículos 893, 1040, 1043 y 1056 del Código Civil citados es que mientras que en el primero se explicita el trato desfavorable a las mujeres, en el segundo el trato desfavorable es precisamente la inexistencia de trato. Los artículos del Código Civil antes mencionados hacen referencia expresa al "padre", no a la "madre", ni a los "progenitores". Y esto puede ser considerado como grave si tenemos en cuenta que en 1990 se reformó dicho Código para adecuarlo al principio de no discriminación por razón de sexo.

De todas formas hay que señalar que son escasos y cada vez menos numerosos los ejemplos de "sexismo" que podemos actualmente encontrar en la letra de la ley. Sin duda, el hecho de que ya en los años 60 se empezara a calificar de "sexista" al derecho sirvió para

acometer reformas legislativas que corrigieran esa situación. Lo cierto es que designar al derecho como “sexista” cobra todo su significado si consideramos la legislación que va desde el periodo post-revolucionario (Revolución Francesa) que excluía a las mujeres de tres dimensiones básicas de la modernidad -la política, la educación, y el trabajo- hasta bien entrado el siglo XX. En el Estado español hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978 -con la salvedad de la segunda República- el derecho trataba a las mujeres en general de forma diferente que a los hombres perjudicándolas, por ejemplo, en el ámbito laboral⁵³. El trato desigual y perjudicial para las mujeres se centraba en cinco áreas: a) las cláusulas de celibato; b) los efectos perjudiciales derivados del embarazo para el acceso y permanencia en el trabajo de la mujer; c) la noción legal de "cabeza de familia"; d) las discriminaciones indirectas producidas a causa de la desigual valoración en función del sexo de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación; e) la prohibición de acceso a las mujeres a ciertas funciones tradicionalmente reservadas en exclusiva al sexo masculino (fuerzas armadas y trabajo en las minas). Pero de forma particularmente desventajosa, la legislación anterior a 1978 atañía a las mujeres casadas al restringirles su capacidad jurídica de las siguientes maneras: 1) otorgando la jefatura familiar al marido, quien ejerce la potestad sobre la persona de la mujer y de los hijos, imponiendo el deber de obediencia de la mujer al marido, y a éste el de proteger a la mujer; 2) extendiendo la autoridad marital al patrimonio de la familia, sobre la base de la necesidad de protección de la mujer casada quien queda equiparada, como incapaz, a los locos y a los menores; 3) dando al marido el control de la totalidad de los bienes matrimoniales, en especial en el régimen legal en los territorios de derecho común.⁵⁴

Como hemos podido ver el enfoque feminista que califica el derecho de “sexista” lo hace teniendo en cuenta el contenido de las disposiciones legislativas en cualquiera de los ámbitos del derecho. Este enfoque se reduce a señalar cómo el análisis del discurso jurídico sirve para conocer cuál es la posición de las mujeres en la sociedad a la vez que legitima dicha posición. Este enfoque nos permite concluir en base al contenido de las distintas disposiciones

⁵³F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminando por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995. pag 36 ss.⁵⁴D. Espin Cánovas, *Capacidad jurídica de la mujer casada*, Universidad de Salamanca, 1969, pag 15. "El matrimonio es la única forma de servidumbre real que admiten nuestras leyes. Ya no quedan más esclavos legalmente reconocidos sino las amas de casa" J. Stuart Mill y H.Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Península, Barcelona, 1973. Según J. Iglesias de Ussel y J. J. Ruíz-Rico, "Mujer y Derecho", en *Liberación y Utopía*, Cátedra, Madrid, pag 148:"En la práctica esta servidumbre real se concreta, por ejemplo en sentencias del Tribunal Supremo sobre agresiones leves del marido a la mujer. Entiende que si se realizan sin intención de producir malos tratamientos de obra no son causa legítima de separación conyugal si las disputas violentas no trascienden del domicilio familiar, ni requieren la intervención de autoridad pública o la asistencia facultativa".

legislativas que las mujeres son reflejadas en el derecho más como "objetos" del derecho que como "sujetos" de derecho. A continuación vamos a referirnos precisamente a lo que se deriva desde este enfoque respecto al "sujeto de derecho".

1.1. El sujeto de derecho: hombres y mujeres

En el enfoque que caracteriza al derecho como "sexista", nos encontramos con que muchas de las críticas realizadas encuentran su fundamento en una particular definición del concepto de igualdad ya sea en su vertiente formal como en la sustantiva.

Si tenemos en cuenta la lograda *igualdad formal* en el seno de los Estados democráticos, el enfoque que caracteriza al derecho de "sexista" nos permite detectar el prolongado periodo de tiempo en el que el derecho ha establecido distinciones "irracionales" entre hombres y mujeres. En este contexto entendemos por "irracional" el que las mujeres no sean tratadas como los hombres, es decir, que las mujeres no sean tratadas como si fueran hombres. Es en este sentido en el que se puede afirmar que las mujeres no son sujetos de derecho, puesto que no son tratadas como el verdadero sujeto de derecho. En la medida en que no son tratadas como si fueran hombres, no son sujetos de derecho. Desde este enfoque se afirma que si el derecho pretende cumplir con sus aspiraciones de racionalidad y objetividad, no debería consentir ninguna diferencia en el contenido de las normas que conllevara un trato diferente hacia las mujeres. El derecho debería tratar a las mujeres de la misma forma que si fueran hombres. Como consecuencia de ello la estrategia que se plantea dentro del derecho es la de anular aquellas leyes que incurren en "irracionalidades" como la que aparece en el ya citado art. 57.1 de la C.E. Otro problema diferente es el que plantea la igualdad en su vertiente *sustantiva*, es decir, la de la igualdad de resultados, ya que puede ser necesario que el derecho, por razones de tipo histórico, social o político, tome en consideración la existencia de diferencias entre las personas y deba renunciar a la igualdad formal. La igualdad sustantiva requeriría en algunas ocasiones un trato especial para las mujeres⁵⁵. Es en este sentido en el que se puede afirmar que las mujeres no son "sujetos de derecho". En la medida en que no son tratadas como el "verdadero" sujeto de derecho, en que no son tratadas como si fueran hombres, no son "sujetos de derecho". Desde este enfoque se afirma que si el derecho pretende cumplir con sus aspiraciones de racionalidad y objetividad, no debería consentir ninguna diferencia en el contenido de las normas que conllevara un trato diferente a las mujeres. Si se critica el que el derecho otorgue un trato diferente a hombres y mujeres, y precisamente esa diferencia es la que permite calificar el derecho de sexista, parece un tanto contradictorio fundamentar este enfoque en un concepto de igualdad que no se ciña a la *igualdad formal*, es decir, a "la igualdad de trato" y abarque igualmente la *igualdad sustancial*, es decir, el "trato diferenciado o especial". Pero desde este enfoque se considera que abogar tanto por la *igualdad formal* (igualdad de trato), como por la *igualdad sustancial (trato especial)* no escapa a las aspiraciones de neutralidad del derecho y se piensa que tanto las normas que asumen una igualdad de partida, como aquellas que tienen como fin la igualdad, se basan en la idea de que el derecho ha de ser neutral. La *igualdad formal* reclama un trato neutral de partida y la *igualdad sustancial*, que requiere un "tratamiento especial", lo

⁵⁵ Es en este sentido en el que se ha expresado reiteradamente el Tribunal Constitucional en STC128/87, STC19/89, STC68/91, STC109/93.

que reclama en realidad es un resultado verdaderamente neutral desacreditando algunos de los logros obtenidos por la igualdad formal calificándola de "pseudo neutralidad"⁵⁶. Como ya ha manifestado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, no siempre el trato desigual es discriminatorio, e incluso en algunas ocasiones, el trato igual a desiguales sí puede serlo. Para que el trato desigual sea discriminatorio (distinción arbitraria) debe entenderse que la diferencia de trato jurídico carece de justificación razonable y objetiva y que no existe una relación de proporcionalidad entre los fines y los medios empleados. Según el Tribunal Constitucional es procedente y no discriminatoria la desigualdad de trato para situaciones desiguales⁵⁷.

¿Cuáles son las consecuencias de aceptar la propuesta feminista de que el derecho es "sexista" como la adecuada para dar cuenta de lo que sucede con las mujeres?. Si desde este enfoque, cualquier mujer que quisiera constituirse seriamente en sujeto de derecho se vería abocada a demostrar que ha sido tratada de forma desigual de lo que un hombre lo hubiera sido en la misma situación. De esto se derivan al menos tres consecuencias:

1º El considerar adecuado que el derecho deba tratar a todos los sujetos de derecho de igual manera supone una aceptación implícita de un modelo asimilacionista masculino. Las mujeres sólo se constituirían en sujetos de derecho en la medida en que fueran asimiladas a los hombres.

2º Supone aceptar que el derecho incurre en una especie de error de apreciación al no poder ver a las mujeres como sujetos de derecho igualmente competentes y racionales que los hombres.

3º Que este error de apreciación puede ser corregido, es decir, que el derecho puede realmente tratar por igual a todos los sujetos de derecho.

Como estamos viendo, la idea de "error de apreciación" es recurrente y, de hecho, ha calado lo suficiente como para que se hayan producido dos respuestas en el ámbito jurídico que tratan de subsanar dicho error. Sólo subsanarlo permitiría lograr la meta ideal que consiste en tratar igual a todos los sujetos de derecho, o lo que es lo mismo, lograr construir un sujeto de derecho que sea realmente universal y no sexuado, es decir indiferente a la "diferencia sexual".

La primera respuesta nos remite al ámbito del lenguaje. El primer movimiento consistió en utilizar un lenguaje genéricamente neutro. Como ejemplo podemos ver la propuesta de utilizar el término "persona"⁵⁸ allí donde aparecían los términos de hombre y mujer. De esta forma se consideró que se superaba el problema de la diferenciación entre

⁵⁶ F. Olsen, *Op. Cit.*, 1985.⁵⁷ Igual nota 55.

⁵⁸ K. O'Donovan, *Sexual Divisions in Law*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1985, y M.J. Mossman, "Feminism and Legal Method: The Difference It Makes", *Australian Journal of Law and Society*, núm.3, pp 147-168.⁵⁹ Es preciso tener en cuenta que tanto el matrimonio como la familia que de él se deriva son instituciones patriarcales, en las que también nos encontramos con la subordinación de las mujeres. Ver, M. Burin e I. Meler, *Género y Familia: Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*, Paidós, Barcelona, 1998; y J. Donzelot, *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1979.

hombres y mujeres. Ingenuamente se creyó que, como consecuencia de la desaparición del problema de la diferenciación, desaparecería el de la discriminación. Por ejemplo, se llegó a pensar que al poner “cónyuge” en lugar de “esposa” en la letra de la ley se resolvían todas las desigualdades por las que se veían afectadas las cónyuges mujeres⁵⁹.

La segunda respuesta ante los "errores de apreciación" la defienden quienes consideran que hasta que no se produzca un cambio en el carácter estructuralmente desigual y jerárquico de las relaciones sociales entre ambos sexos, no será factible transformar la percepción que el derecho tiene de la Mujer.

Como vemos las alternativas remiten al todo o a la nada. Con la primera, mediante un simple cambio lingüístico, al mejor estilo postmoderno, se consigue terminar con uno de los problemas más consolidados y reiterados a lo largo de nuestra historia. Por el contrario, la segunda plantea la inutilidad de cualquier cambio en el derecho hasta que no se produzca un cambio en las posiciones ocupadas por hombres y mujeres en la sociedad, ya que el derecho está íntimamente relacionado con la política y la cultura. El cambio de posición social de las mujeres repercutiría en su posición en el derecho con lo que la diferenciación entre hombres y mujeres, o el trato discriminatorio hacia las mujeres, resultaría innecesario. Quienes comparten este enfoque proponen o bien cambiar el lenguaje del derecho o bien dejarlo como está hasta que cambie la sociedad.⁶⁰

Revisada esta cuestión, examinaremos a continuación desde este enfoque el contenido de la norma, con la intención de comprobar si responde o no a las expectativas de neutralidad con la que se le caracteriza generalmente dentro de la teoría del derecho.

1.2: La neutralidad de la norma.

Como respuesta a la caracterización del derecho como “sexista”, se produjo una reacción⁶¹ que se orientaba a resaltar el hecho de que las feministas no parecían distinguir entre lo que significa “diferenciar” y “discriminar”. El argumento se puede resumir de la siguiente manera. Que existen dos sexos biológicos, es algo tan evidente que el derecho no puede abstraerse de esa realidad. La cuestión está en si el trato diferente genera trato desigual -discriminatorio- en base al sexo, ya que se puede argüir que el trato diferenciado por razón de sexo no significa irremediamente un trato discriminatorio⁶². Pero desde la perspectiva que

⁶¹Las reacciones no suelen ser directas y citando las producciones concretas de las distintas teóricas, ya que las aportaciones de la teoría feminista raramente se constituyen en referente de debate intelectual entre quienes no son feministas. Una excepción puede ser el debate aparecido en la revista *Doxa* en torno a la pornografía y el feminismo. J. F. Malen Seña, "Pornografía y feminismo radical", en *Doxa*, 12, 1992; O. M.Fiss, "¿Qué es el feminismo?", en *Doxa*, 14, 1992; R. Osborne, "Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres?. Respuesta a Jorge Malen", en *Doxa*, 13, 1993; J. F. Malem Seña, "Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne", en *Doxa*, 13, 1993; M. F. Böhmer, "Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible", en *Doxa*, 13, 1993; R. Gargarella, "Réplica a Jorge Malem: las críticas que no se merece el feminismo radical", en *Doxa*, 14, 1993; R. Osborne, "De ciertas insuficiencias de un cierto liberalismo: (segunda respuesta feminista a Jorge Malem)", en *Doxa*, 17-18, 1995.

⁶²M.A. Barrère, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, IVAP, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 29 y ss; L.Gianformaggio, "Iguaglianza e Differenza: Sono veramente incompatibili?", en *Il Dilemma della Cittadinanza. Diritti e deveré delle donne*, Laterza, Bari, 1993; "Corregere

estamos exponiendo no se dice que el derecho es "sexista" sólo porque trata de forma "diferente" a las mujeres que a los hombres y a los hombres que a las mujeres⁶³. Desde este enfoque, cuando se afirma que el derecho es "sexista", lo que se trata de decir es que el motivo por el que las mujeres están maltratadas por el derecho es porque están tratadas de forma diferente que los varones; afirmación ésta que no puede ser reproducida a la inversa. Los hombres no están maltratados por el derecho porque estén tratados de forma diferente que las mujeres.⁶⁴ De lo que se deduce que la norma responde a un patrón y que éste está configurado por los hombres. Luego las mujeres son juzgadas por normas que responden a un patrón en el que no están incluidas. La neutralidad de la norma sólo es posible si las mujeres son tratadas igual que los hombres, ya que si se las trata de forma diferente, las normas dejarían de ser neutrales. Luego la neutralidad de la norma tiene como referente al varón, lo que en este enfoque no significa que el referente sea masculino⁶⁵.

Ante la dificultad de determinar el sujeto de derecho, se pensó en la posibilidad de construir un patrón de mujer (lo que conocemos como la categoría Mujer⁶⁶), con el que poder juzgar a éstas adecuadamente. Pero esta posibilidad fue rápidamente problematizada. La categoría Mujer se cuestionó poniendo de relieve que lo que se suponía respondía a ese patrón del "ser mujer" no era otra cosa que las características y necesidades de una mujer de clase

le diseguaglianza, valorizzare le differenze: superamento o rivalutazione dell'eguaglianza", en *Democrazia e Diritto*, 1996, pp.53 y ss.

⁶³ "Pero resulta que el sexo, que es lo que distingue a las mujeres de los hombres y a los hombres de las mujeres, es precisamente eso, una distinción, porque los sexos se definen como tales precisamente por su diferencia mutua y no por la diferencia de la mujer con respecto al hombre. Es así que la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres: ha hecho que el concepto de igualdad entre hombres presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de sexo presupone diferencia mutua, la igualdad es imposible" A. Facio: Op.Cit. 1992, p.26.

⁶⁴ Con la salvedad de la interpretación que el Tribunal Constitucional hacía en un principio (hasta la STC128/87) del art.14 CE. Hasta dicha sentencia el Tribunal Constitucional interpretaba el principio de igualdad entre los sexos realizando una aproximación "indiferente" al sexo. El TC no distinguía entre principio de igualdad y prohibición de discriminación con lo que su forma de análisis consistía simplemente en enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora de trato entre hombres y mujeres. Lo que provocaba que los varones aparecieran como los auténticos maltratados por el derecho. Ver STC81/82; STC98/83; STC103/83;y STC104/83; STC42/84; STC253/88; STC144/89; STC176/89; STC142/90; STC158/90; STC5/92.

⁶⁵ "El primero toma como objeto de estudio un referente empírico no problemático llamado hombres. El segundo invoca el concepto de valores de género, que no están vinculados a ninguna asunción de la categoría biológica de los hombres o (mujeres). Mientras el primero nos invita a sustituir simplemente las mujeres por los hombres, el segundo invoca ideas acerca de cómo los valores, los patrones y los principios no son nunca libres de su contexto cultural, pero cómo en una cultura falocéntrica algunos valores son tomados como universales y sin género.". C.Smart: Op.Cit. 1994, p.172.

⁶⁶ R. Hamilton, *La liberación de la mujer: Patriarcado y capitalismo*, Península, Barcelona, 1980. S.Beauvoir, *el segundo sexo*, Cátedra, Madrid,1999. B.Friedan, *La mística de la feminidad*, Júcar, Madrid, 1974. Sh.Rowbothan, *Mundo de hombre, conciencia de mujer*, Debate, Tribuna feminista, Madrid, 1977. K.Millett, *Política sexual*, Aguilar, Madrid, 1975. S. Firestone, *La dialéctica del sexo*, Kairós, Barcelona, 1973.⁶⁷ Crítica realizada desde las filas del movimiento feminista marxista, del movimiento feminista negro y del movimiento feminista lesbiano.

media, blanca, heterosexual...⁶⁷ La Mujer se convierte así en una categoría "nada evidente" y progresivamente será sustituida por la de "*las mujeres*", con el fin de visibilizar la diversidad interna de éstas como sujeto histórico colectivo⁶⁸.

En el caso de que fuera posible erradicar el sexismo del sistema jurídico quedaba claro que ello no supondría erradicar otro tipo de opresiones (por razón de clase, raza, orientación sexual...) que también afectan a mujeres y hombres. Con lo que se convertía en un cambio insuficiente o en un lugar no adecuado de cambio. Calificar al derecho de "sexista" presupone que las diferencias sexuales constituyen simples datos que pueden ser superados, variados individualmente. También oscurece la posibilidad de pensar que la "*diferencia sexual*"⁶⁹ es una cuestión básica que manejamos a la hora de comprender y negociar el orden social. La "*diferencia sexual*" constituye una de esas diferencias con las que la "*lógica de la identidad*" conforma una estructura binaria que se expresa a través del lenguaje y sus significados. Si para acabar con la discriminación (desigualdad) debemos acabar con la diferenciación, esto supone que deberíamos ser capaces de pensar al margen de la categoría sexo-género. Pongamos un ejemplo para comprender mejor lo que esto significa. Como ya hemos dicho, la "*diferencia sexual*" es un concepto construido culturalmente sobre un dato biológico como es el de la existencia de dos sexos en el caso de la especie humana. El pensamiento dominante sobre el significado de la "*diferencia sexual*" ha construido cada sexo biológico asignándole a cada uno una serie de características que tienen que ver con todo lo que constituye las relaciones sociales (ideas, instituciones, estructuras, prácticas cotidianas y rituales) y es precisamente esa asignación -el género- lo que construye el sentido de la realidad y no lo que refleja la realidad biológica.⁷⁰

Así, lo que se presentaba como una sencilla tarea de adecuación del lenguaje, se ha perfilado como uno de los problemas más resistentes y profundos de nuestra sociedad.

Como hemos podido observar, una de las mayores dificultades de este enfoque es la que se refiere a la dificultad de encontrar parámetros de "igualdad" (igualdad normativa), es decir, de establecer el término de la comparación, ya que las normas sociales (al igual que las jurídicas) reflejan el modelo de los varones. Así que la verdadera pregunta sería: iguales sí, ¿pero a quién? En un primer momento, la respuesta parecía evidente: iguales al "hombre", pero desde los distintos Movimientos Feministas (en adelante MMFF) europeos pronto se presentarán toda una serie de interrogantes: ¿quieren ser las mujeres tratadas simplemente

⁶⁹ La noción de "*diferencia sexual*" en la teoría feminista, es "*heterogénea y ambigua*" C. Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir. L'idée de nature*, Seuil, Paris, 1992, p.84. Hay tres formas de entender la "*diferencia sexual*": desde el punto de vista patriarcal, desde el "feminismo de la diferencia", y desde el feminismo-materialista. Desde el punto de vista patriarcal y androcéntrico el varón es considerado como lo humano y por ello la "diferencia sexual" es definida como algo inferior y negativo (la Mujer es diferente, inferior...). Desde el feminismo de la diferencia no se critica el concepto de "*diferencia*" del pensamiento patriarcal, sino que se centra en la "*diferencia sexual*" para, desde ahí, establecer un programa de liberación de las mujeres hacia su auténtica identidad, dejando en un segundo plano la referencia al varón. Y, por último, la "diferencia sexual" desde el feminismo materialista. Desde este punto de vista se parte de la realidad empírica de la *diferencia* de las mujeres y se rechaza la búsqueda de la *diferencia* (en el sentido de mística de la feminidad).

⁷⁰J.W.Scott: Op. Cit. 1998.

como hombres?; ¿la igualdad no supone un trato diferente?; ¿es la igualdad la principal meta del feminismo, o hay otros valores por encima de la igualdad que pretende el feminismo?; ¿qué concepto de "*diferencia sexual*" se maneja y cómo se responde a ella?. Y aún más peliagudo: ¿es preciso ignorar la "*diferencia sexual*" cuando se trata de lograr reformas legales?, o al contrario, ¿se deben resaltar las diferencias sexuales y usarse para forzar la "discriminación positiva" de los diferentes (con relación a la norma/varón), para que logren así una cierta igualdad material con los iguales?

De este conjunto de interrogantes podemos deducir que la cuestión de la neutralidad de la norma está directamente vinculada a uno de los problemas centrales del feminismo, el de la igualdad *versus* diferencia⁷¹. La trascendencia del principio de igualdad en la cuestión de la neutralidad de la norma requiere que realicemos alguna aclaración para lo que nos serviremos de la clasificación realizada por A.Littleton⁷² sobre las teorías de la igualdad. Esta autora distingue entre modelos de *igualdad simétricos* y *asimétricos*.

Los modelos de *igualdad simétrica* pueden presentarse en dos versiones. La primera, o de *asimilación*, consistiría en reconocer que las mujeres, si se les da la oportunidad, son o pueden ser realmente como los hombres. La segunda o *andrógina*, también considera que hombres y mujeres podrían ser iguales pero para ello hay que encontrar un término medio y tratar a ambos sexos como se trataría a un andrógino.

Frente a los modelos de *igualdad simétrica* se encuentran los de *igualdad asimétrica*. En estos se considera que no deben ignorarse las diferencias y se argumenta que toda sociedad "*sexualmente igualitaria*" debe ser capaz de tratar la diferencia por problemática que ésta sea. Formarían parte de dichos modelos los cuatro que a continuación enumeramos: el de los "*derechos especiales*"; el de la "*acomodación*"; el de la "*aceptación*" y el de la "*doctrina del dominio*".

1) El de los "*derechos especiales*"⁷³, que constata la diferencia entre hombres y mujeres y afirma que ésta se refleja en una serie de diferencias culturales que tienen como base la biología⁷⁴. Desde este modelo se propone que el hecho de reconocer la existencia de dichas diferencias no debe traducirse en desigualdad para las mujeres. La sociedad debe reconocerlas y no castigarlas por ello. Por ejemplo, tratar igual a las trabajadoras embarazadas

⁷²C. A. Littleton: *Reconstructing Sexual Equality*, en K.Bartlett y R.Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp.34-56.

⁷³ Una de las autoras más reconocidas de esta corriente es T.Stang Dhal, que, ya por los años 70, exactamente en el año 1974 consiguió que el tema del "Derecho de la Mujer" fuera reconocido por la Facultad de Derecho de Oslo como materia autónoma jurídica.

⁷⁴ No en diferencias ontológicas. La noruega T. Stang Dahl, *El Derecho de la Mujer*, Vindicación Feminista, Madrid, 1991. También pertenecerían a esta corriente juristas como R. West (1987) que comparte los presupuestos del denominado feminismo cultural, y también del denominado feminismo relacional Young (1990). Su principal exponente, C. Gilligan (1985), afirma que la experiencia de la maternidad provoca diferencias de género sociales y psicológicas. Dado que las mujeres paren y amamantan tienden a dar más importancia a la inclusión que a la exclusión y al cuidado del otro. Esta "diferente voz" ha sido olvidada o ignorada por el derecho que recoge el valor masculino de la autonomía por encima del valor femenino de la conectividad y el cuidado de los demás. Lo que persigue es incorporar al derecho los valores específicamente femeninos.

que a los trabajadores puede suponer una serie de desventajas para las trabajadoras embarazadas.

2) El de la "*acomodación*", que admite un trato diferencial para las mujeres sólo en lo que se refiere a las diferencias biológicas y en los momentos que sea necesario (gestación, parto, lactancia natural), pero exige un trato igual, o un modelo *andrógino*, para las diferencias culturales o difíciles de clasificar. Se trata de un modelo híbrido que se centra en la simetría, admitiendo la asimetría en caso de necesidad.⁷⁵

3) El de la "*aceptación*", que se centra no en el análisis del carácter de las diferencias (si son reales o no, si son biológicas, si son culturales o si se pueden eliminar), sino en la eliminación de las consecuencias de la "*diferencia sexual*". Se trata de conseguir, a partir de la asimetría de los géneros, una simetría en la sociedad⁷⁶

4) El de la "*doctrina del dominio*", del uso y abuso de las mujeres por parte de los hombres. Dicho modelo rechaza la diferencia como objeto de análisis y se centra en el análisis de la subordinación y el dominio. Toda norma o práctica jurídica que contribuya a la subordinación de la mujer o a su dominio por el hombre viola la equidad. Si por el contrario le dota de poder, realiza la igualdad.

Como hemos tenido ocasión de ver, la caracterización del derecho como "sexista" defendida desde este primer enfoque es una afirmación fundada, pero se puede objetar que no va a la raíz del problema, por lo que resulta imposible ofrecer una solución mediante un lenguaje jurídico que no repare en la cuestión del género. Una vez lograda la igualdad formal y mostrada la legitimidad de la igualdad sustancial se comprueba que los problemas no desaparecen y que hay que volver a pensar las relaciones que se producen entre el derecho y la Mujer. Hay que volver a revisar el discurso jurídico sobre la Mujer, y es así como aparece el segundo enfoque que a continuación vamos a exponer. Desde él se afirmará que el derecho es "*masculino*", afirmación que no entra en contradicción con la hasta ahora examinada –de hecho, coexistirán–, pero que trata de resolver problemas que ésta dejaba sin contestar y no sólo porque no se los había planteado, sino porque era imposible que lo hiciera. Afirmar que el derecho es "*masculino*" es dar un paso adelante en la comprensión de lo que hace el derecho con las mujeres, y lo que pueden hacer las mujeres con el derecho.

2. SEGUNDO ENFOQUE: EL DERECHO ES "MASCULINO"

Desde el comienzo de los años 70 se empieza a afirmar que el derecho no sólo es "sexista" sino que además es "masculino".

En primer lugar, desde este enfoque (y a diferencia del anterior), se acepta el enunciado que describe el derecho como racional, objetivo, abstracto y general (a pesar del lugar que se le otorgó en él a la mujer). También, a diferencia del enfoque anterior, éste rechaza la idea de que lo racional, objetivo, abstracto y general sea mejor que lo irracional,

⁷⁶ Podemos ver una justificación filosófica de esta posición en C. Amorós, *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y post-modernidad*, Cátedra, Madrid, 1997, pp.287-293 bajo el título "La discriminación positiva como interrupción de las interrupciones".

subjetivo, concreto y particular; y se considera que el derecho no padece ningún "error de apreciación" cuando se refiere a las mujeres.

En segundo lugar, afirma que no es que lo racional, abstracto y general sean categorías construidas inadecuadamente en relación a los sexos, por el contrario, son categorías comprometidas con los intereses de los varones en la medida en que colaboran en el mantenimiento del sistema de "dominación masculina"⁷⁷ sobre las mujeres. El derecho, en tanto que encarna estos valores, se compromete con el sistema de dominación ya que "las formas de dominio que se han empleado sobre las mujeres se han desarrollado social y económicamente, antes de la aplicación de la ley, sin actos estatales expresos, a menudo en contextos íntimos"⁷⁸. El derecho es "masculino" porque la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. Según esta propuesta, la objetividad es tanto una norma masculina, como la imagen misma del derecho. El derecho no sólo refleja la sociedad en la que los hombres dominan a las mujeres, sino también en la que las dominan de forma masculina. Pero, ¿en qué se fundamenta esta idea de que el derecho es "masculino"?, y ¿cómo han conseguido los varones configurar el derecho a través de sus valores?. La respuesta a estas preguntas la elaboran quienes defienden esta hipótesis desde la constatación empírica de que la mayoría de los legisladores, jueces, abogados y demás operadores jurídicos son efectivamente hombres. La idea puede parecer no sólo simple sino simplista, pero no lo es, ya que cuando se califica al derecho de "masculino" se va más allá de la simple constatación de que sean efectivamente los hombres los que lo hayan conformado. Lo que en realidad se quiere desvelar es que al presuponerse la masculinidad de los varones, ésta ha sido incorporada a los valores y prácticas que orientan el derecho. Poco a poco la formulación de la masculinidad del derecho se convierte en una caracterización más sutil, más "cultural" que "estadística". Por eso, en la actualidad, al calificar el derecho de "masculino" no se precisa que los actores jurídicos tengan un determinado sexo biológico.⁷⁹

Los argumentos que desarrolla Mackinnon, principal representante de este enfoque, se orientan hacia la demostración de que los ideales de objetividad y neutralidad con los que se

⁷⁷ En su reciente texto, P. Bourdieu, *La domination masculine*, Seuil, París, 1998, analiza dicho sistema examinando a través de qué mecanismos e instituciones (Familia, Iglesia, Escuela o Estado) se lleva a cabo el trabajo de reproducción social de la dominación masculina.⁷⁸ C.A. Mackinnon, Op. Cit., 1995, p.287.

⁷⁹ La principal representante de este enfoque C. A. Mackinnon: Op.Cit., 1995, basa la diferencia entre el hombre y la mujer en la subordinación jerárquica en la que la mujer se encuentra. No importa saber si el dominio es el resultado de la diferencia o la diferencia el del dominio, lo que importa es acabar con éste. Mackinnon propone un cambio de paradigma: pasar de las diferencias biológicas, de experiencias, de esencias... a la única que importa: la diferencia de poder. En la obra de R. Rorty, *Pragmatismo y Política*, Paidós, Barcelona, 1988, este autor acusa a Mackinnon de "realista" cuando ésta dice que "Creo que el problema real del feminismo no radica en que los machos biológicos o las hembras biológicas estén en puestos de poder, aunque es absolutamente indispensable que las mujeres estén ahí. Y con esto no quiero decir que los puntos de vista tengan genitales. Mi argumento es cuáles son nuestras identificaciones, cuáles nuestras lealtades, quién es nuestra comunidad, ante quién somos responsables. Si esto no parece muy concreto, creo que se debe a que no tenemos idea de lo que las mujeres podrían decir como mujeres. Propugno para las mujeres un papel que todavía tenemos que construir, en nombre de una voz que, al no ser acallada, puede decir algo nunca antes escuchado" Mackinnon: Op.Cit. 1995, p.185.

caracteriza al derecho son, dentro de una sociedad patriarcal, valores masculinos que han sido tomados como valores universales. Una de las consecuencias de este enfoque será considerar, a diferencia del anterior, que el derecho no fracasa al aplicar al sujeto mujer los criterios objetivos con los que se caracteriza. El derecho no padece un "error de apreciación" que puede ser subsanado. Lo que hace el derecho es aplicar criterios objetivos, y el problema reside en que estos criterios son masculinos. Por esto, insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad conlleva, irónicamente, insistir en ser juzgado bajo valores masculinos. Investigadoras como Gilligan⁸⁰, se han dedicado a observar y analizar cómo las mujeres han desarrollado valores propios como por ejemplo el cuidado de las personas y la capacidad de escuchar proponiendo que se conviertan también en parámetros legítimos para juzgar a mujeres y hombres.

Se puede afirmar con rotundidad que esta concepción del derecho implica un rechazo casi absoluto de la reforma jurídica como instrumento de cambio. Mackinnon afirma que el derecho refuerza tanto más la distribución existente del poder cuanto más se adhiere a su propio ideal de imparcialidad. Una de las consecuencias más relevante de mantener esta posición sería la que considera inútil articular los agravios (las desigualdades de las mujeres) en términos de "*igualdad de derechos*" e "*igualdad de oportunidades*". De este enfoque se puede deducir que limitarse a este tipo de reivindicaciones supone otorgar una aprobación tácita al orden social existente y renunciar al objetivo más global de provocar cambios más radicales en la sociedad. Así, desde esta perspectiva lo que queda comprometido es la propia práctica jurídica, ya que ésta, como el resto de formas de acción jurídica, sólo sería realmente efectiva cuando se encuadrara en un contexto que abarcara cambios sociales globales de orden cultural, social, económico... Algunas de las teóricas que defienden esta posición⁸¹ argumentan que polemizar en los juicios no puede conducir a la transformación social porque, al confiar y sostener el paradigma del derecho, se mantiene y se refuerza el paradigma del patriarcado. Para eliminar el patriarcado, debería desafiarse y transformarse el poder masculino de la ley.

Si desde el derecho es "sexista" se afirmaba que para que el sujeto de derecho cumpliera adecuadamente sus aspiraciones de abstracción y universalidad debería incluir a las mujeres, desde el derecho es "masculino" se propone que es la propia idea de "*sujeto abstracto y universal*" la que debe abandonarse si se quiere responder de forma adecuada a las necesidades de las mujeres.

Por esta razón, la problemática en torno al sujeto de derecho también será relevante desde esta nueva posición teórica.

2.1 El sujeto de derecho: el hombre

Para quienes comparten la idea de que el derecho es "masculino", las teóricas feministas que defienden la jerarquía de las dicotomías y dedican sus esfuerzos a demostrar

⁸¹ D. Lacombe, "Un genre trouble: le féminisme, la pornographie, la réforme du droit a la thèse de la reproduction de l'ordre social, in *Déviance et Société*, vol. XVI, n.3, 1992 pp. 38-57. T. Pitch, "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista", *Democrazia e diritto*, n.2, 1993. pp. 3-47. L. Cigarini, "Libertà femminile e norma", en *Democrazia e diritto*, n.2, 1993. pp. 95-98. Librería de Mujeres de Milán, *No creas tener derechos*, horas y HORAS, 1991.

que las mujeres deben ser incluidas en la parte noble de ellas no consiguen más que una "asimilación" de las mujeres a través de las normas, modos de conducta y expectativas masculinas. Ahora bien, entienden claramente que este proceso no es ni natural ni inevitable y por ello plantean posibles alternativas entre las que podemos encontrar la de abandonar la idea de sujeto abstracto y universal y sustituirlo por la idea de sujeto que propone Benhabib y que denomina el "otro concreto"⁸²; o el que plantea Amorós y que denomina "sujeto verosímil"⁸³. Una lectura cuidadosa de la crítica de Mackinnon al ideal liberal del derecho nos permite señalar una doble cuestión referente a la idea de "sujeto" en general y de sujeto de derecho en particular.

La primera es que según la autora el objetivo de convertirse en individuos no ha sido elegido por las mujeres. La segunda, que el contenido de lo individual ha sido formulado con relación al entendimiento y a los valores masculinos, y por eso la petición al derecho de que permita a las mujeres ser individuos se traduce inexorablemente en la petición de que deje a las mujeres ser hombres. La crítica que se puede realizar a estos planteamientos es la siguiente. Se podría estar de acuerdo, con las feministas que aceptan el esquema liberal del derecho, en que el objetivo es conseguir que las mujeres sean individuos, y no estarlo en que ello signifique necesariamente que se alienta a las mujeres a ser hombres. Veamos, antes de proseguir, qué proceso conceptual conduce a Mackinnon a afirmar que pretender que las mujeres sean consideradas por el derecho como individuos es una postura "asimilacionista", en el sentido expresado hasta el momento de pretender que las mujeres sean hombres.

Es preciso que nos remitamos a la idea de sujeto neutro respecto del sexo que tiene sus orígenes en la Ilustración y la consagración occidental del hombre racional individual como centro del universo. Según las teorías liberales clásicas del contrato, la sociedad humana en cuanto sociedad tiene su fundamento o condición de posibilidad en un "pacto" o "contrato" entre "individuos"⁸⁴. Una vez que los *individuos* del "estado de naturaleza" (seres pre-sociales) realizan el pacto sobre el respeto de los derechos de unos y de otros⁸⁵ aparece la

núm.48, enero-febrero 1992

⁸³ C. Amorós: Op.Cit., 1997, pp.19-85.

⁸⁴ En la voz "persona" del diccionario de filosofía de J. Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid, 1984, se establece la siguiente distinción entre los términos "persona" e "individuo". "El término 'individuo' se aplica a una entidad cuya unidad, aunque compleja, es definible negativamente. Algo o alguien es individuo cuando no es otro individuo. El término persona se aplica a una entidad cuya unidad es definible positivamente y además con 'elementos' procedentes de sí misma.". En lo que se refiere a los seres humanos el *individuo* sería una entidad psico-física determinada completamente (una entidad natural), y la *persona* sería algo más, es decir, la persona tendría su base en una entidad psico-física pero con libertad e independencia de los mecanismos de la Naturaleza (la persona es un ser o una entidad no natural).

⁸⁵ C. Pateman indica acertadamente en su obra, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, que previo al contrato social se da un contrato sexual que se adscribe a la naturaleza pues no tiene la capacidad de engendrar sociedad, pero sin el cual el contrato social sería imposible, ya que las mujeres son el objeto y no el sujeto del contrato. "De acuerdo con Pateman, el contrato social, cuyo sujeto son los varones, oculta la previa exclusión de las mujeres mediante un 'contrato sexual' en el que éstas intercambiarían con aquéllo protección por servidumbre. Si el contrato social explica para los teóricos políticos del 'patriarcado fraterno' la génesis de la esfera pública, el <<contrato sexual>> se encontraría en el origen de la privada, ámbito donde 'el desorden de las mujeres' es controlado como condición para constitución de la vida cívica" C.Amorós: Op.Cit.,1997, p.175.

sociedad compuesta ya no por "*individuos*", sino por "*personas*" ("*individuos libres*", seres sociales no determinados absolutamente por la naturaleza, puesto que la realización del pacto se hace libremente). Bien, éste es el esquema clásico liberal de cómo surge la sociedad, o de cómo se pasa del "*estado de naturaleza*" a la "sociedad", de cómo los "*individuos*" (pre-sociales) se convierten en "*personas*" (seres sociales libres).

La crítica de Mackinnon⁸⁶ se centra en señalar el error conceptual que se comete en la teoría del contrato ya que ¿cómo el "*individuo*", un ser pre-social absolutamente determinado, puede realizar un pacto libremente?. Los que realizan el pacto, aunque sean llamados "*individuos*", necesariamente han de ser "*personas*" de lo que ella deduce que conceptualmente "*la persona*" lo mismo que el "*individuo*" es un ser "pre-social" (previo al contrato). Es decir, conceptualmente el individuo precede a la sociedad, y en la medida que los individuos son pre-sociales las "personas" "*nacen, no se hacen*", puesto que el "*individuo*" no puede hacer (crear), sólo puede "*reproducir*" (determinación natural). Las *personas* son creadas, por un Creador con unos derechos inalienables como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Estos derechos no son adquiridos, concedidos, o desarrollados; los individuos poseen ya los derechos simplemente por el hecho de ser individuos. Son Derechos Naturales. Si ésta es la idea de persona, es perfectamente entendible que al aceptarla se haga para todos, es decir, se quiera ampliar para que englobe también a las mujeres. Pero resulta que tal pretensión, la de la ampliación, crea una paradoja conceptual. Veamos por qué.

Consideremos por una parte la idea de S. de Beauvoir de que "*la mujer no nace, se hace*", que es probablemente el aforismo más ampliamente aceptado a lo largo de la historia intelectual feminista occidental de la segunda mitad del siglo XX. Consideremos por otra parte, que según la crítica realizada a las teorías clásicas liberales del contrato, las *personas* son pre-sociales, es decir, no se hacen, puesto que han sido creadas. Pues bien, si aceptamos las dos premisas anteriores no nos queda más remedio que concluir que las mujeres no son personas. Ya que si para ser persona debes ser creada, y las mujeres no lo son, no nacen, sino que se hacen, entonces las mujeres no pueden ser personas. Mackinnon asume esta posición y propone una re-significación del término "persona". Propone una estrategia consistente en separar la idea de Mujer, de la idea de "individuo al que le ocurre que es mujer". La idea de Mujer (la mujer no nace, se hace) que es elaborada o construida, podría por lo tanto estar incorrectamente elaborada. Los individuos mujeres son pre-sociales, pero el concepto de "mujeres" está socialmente formulado o elaborado. De esta forma, nos dice que, a lo que se aspira, no es a convertir o a hacer que las mujeres sean individuos (es decir seres pre-sociales), sino a destapar o descubrir la individualidad de las mujeres, la cual ha sido ocultada por incorrectas, tópicas e irracionales ideas de lo que la "*feminidad o el sexo femenino*" significa.

Mackinnon señala lo limitado de las teorías del contrato y del individuo neutro de cara a explicar la situación de desigualdad en la que socialmente son colocadas las mujeres, y su limitada operatividad ya que sólo podrán ser resueltas aquellas cuestiones que se encuentren

⁸⁶ C.A. Mackinnon, Op. Cit, pp. 277 y ss.⁸⁷ El feminismo radical se desarrolló en EE.UU entre los años 1967 y 1975 siendo sus teóricas más importantes K. Millet con su obra *Política sexual*, Aguilar, Madrid, 1975 y S. Firestone con su obra *La dialéctica del sexo*, Kairós, Barcelona, 1973.

dentro de los márgenes que determina el liberalismo. Las mujeres que, como se ha señalado, “no nacen, se hacen”, serán sólo aquellas que actuarán como individuos, las que se desmarcarán de su genérico. Desafortunadamente, esto sólo funciona cuando los iguales, los hombres que ya poseen el status de individuos, reconocen la conducta de las mujeres como una conducta que corresponde a un "individuo" y no a un "genérico". Es decir cuando la consideran un igual y no una idéntica. Sigue existiendo heterodesignación.

Tanto las feminista radicales⁸⁷ como Mackinnon, como las mujeres que se adscriben al movimiento de C.L.S⁸⁸ critican las restricciones inherentes al enfoque liberal sobre el individuo. Desde la constatación de que el individuo es el centro de la teoría liberal, afirman que tratar cuestiones de "clase" (grupo) es difícil, si no imposible, dentro del sistema legal desarrollado por el liberalismo. Si además, como ya hemos señalado, se asume la afirmación de que el "individuo" es pre-social, nos encontramos con que el contexto social es tangencial, si no irrelevante. Las teóricas del CLS señalan que separar lo individual de su contexto social en los juicios ante los tribunales hace que se dejen fuera del caso concreto que se esté tratando muchos elementos necesarios para su resolución. Un ejemplo nos ayudará a entender mejor esta idea.

Consideremos la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional en la STC145/91⁸⁹, sentencia en la que se introduce en el ordenamiento jurídico español el concepto de "*discriminación indirecta*" inexistente hasta ese momento. En dicha sentencia se contempla la prohibición de discriminación por razón de sexo como “*signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica se conecta también con la noción sustancial de igualdad*” (F.J. 2). El argumento transcrito permitirá ampliar la noción de discriminación. Si hasta ese momento se consideraba que la discriminación por razón de sexo era sólo un “*tratamiento diferenciado perjudicial en razón de sexo, cuando éste sea objeto de consideración directa*”; a partir de esta sentencia se ampliará la noción genérica de discriminación al introducirse la de “*discriminación indirecta*”, entendida como “*tratamiento formalmente no discriminatorio del que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual*”.⁹⁰

⁸⁹ En la sentencia en cuestión, STC145/91 de 1 de julio, las recurrentes en amparo son limpiadoras de un hospital público que solicitaban les fuera otorgado el mismo salario que a los peones del mismo hospital.

⁹⁰ “*Es decir, cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el art.14 CE considera discriminatorias (en este caso, el sexo) y tal invocación se realice precisamente por una persona que sea miembro del colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación (en este caso, las mujeres), el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferencia formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE, que pudiera reflejar, en realidad, ‘infravaloraciones sociales y económicas del trabajo femenino’* F.Rey, Op.Cit,1995, p. 15.

Los esfuerzos orientados a convertir a las mujeres en individuos, durante el periodo que va desde los años 60 hasta finales de los 70, se canalizaban a través del sistema legal mediante la petición de igualdad, por lo que quedaban atrapados dentro de los límites de ese sistema. La estrategia de centrar las reivindicaciones dentro del ámbito de lo jurídico no ofrece una salida satisfactoria, puesto que esta posición contiene en sí misma una tensión irresoluble. El análisis que configura la posición teórica feminista según la cual el derecho es “masculino”, es decir, el que considera que “las mujeres” constituyen un grupo (clase)⁹¹ -y no simplemente una agrupación de individuos- traiciona su apuesta por el individuo. Dicho de otra manera, traiciona la idea de que las mujeres *son* realmente individuos y que sólo ellos (y no los grupos/clases) tienen derechos y responsabilidades. Desde este enfoque se realizan esfuerzos para convivir con esta contradicción puesto que se llevan a cabo reclamaciones en nombre de individuos mujeres que han sido incorrectamente tratados como “mujeres”.

Por ejemplo, en EE.UU, una serie de normas que restringían el peso y la altura mínimas de los guardas de prisión impedían a mujeres individuales que eran lo bastante fuertes como para optar a ese trabajo ser tratadas como individuos cuya cualificación para ser guardias de prisiones podía ser fácilmente evaluada. Estas normas fueron recurridas por atentar contra el principio de “*igualdad de oportunidades*” y las restricciones fueron derogadas. Pero cuando no hay referente masculino, es decir, cuándo los tribunales no ven a los querellantes más que como mujeres, las restricciones permanecen. En el mismo proceso en el que se recurrieron las normas que restringían el peso y la altura mínima para acceder al trabajo de guarda de prisión, también se recurrió otra restricción: la que limita *per se* la posibilidad de las mujeres de ocupar puestos en los que se produzca o pueda producirse contacto o choque con los internos. En este caso el tribunal mantuvo la restricción porque encontró que el grupo “mujeres” como tal –y no necesariamente uno de sus miembros, era vulnerable al ataque sexual.

Mackinnon rechaza este compromiso que se da con lo individual en detrimento del que se da con el grupo (clase), al entender que no está justificado. Pero su rechazo no se debe a que piense que las mujeres no quieren, o no querrían, ser individuos. Mackinnon no acepta los análisis basados en el individuo porque cree que sólo un análisis fundamentado en el grupo/clase puede recusar con éxito el contenido predominantemente masculino de muchos conceptos incluido el de “*individuo*”. A pesar de que la autora valora los intentos de quienes partían del postulado de que el derecho es “sexista” para extender los límites del liberalismo, su crítica básica hacia el mismo no puede refutarse⁹². Según ella, mientras el liberalismo sea la guía, el contenido masculino del actual concepto de *individuo* seguirá influyendo en el razonamiento y en el resultado de las sentencias. El liberalismo no puede ofrecer más que una imagen vacía de la *persona*, un vacío que será llenado por aquellos que estén en el poder. Es cierto que el liberalismo no legitima el contenido masculino de dicha imagen, pero carece de mecanismos para cambiar lo que ya está ahí. Mackinnon va incluso más lejos ya que, si se pudiera encontrar un camino para desafiar el contenido masculino del concepto de *individuo*,

⁹² Un intento de acercar posiciones entre el feminismo liberal y el feminismo radical en el ámbito jurídico lo tenemos en M. F. Böhmer, “Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible”, en *Doxa*, 13, 1993, pp.179-190.

se estaría todavía, según ella, persiguiendo un objetivo (el individualismo) que no se ha desarrollado mediante el método feminista⁹³.

Esta autora propone un concepto de "sujeto colectivo" alejado de la idea del "sujeto individual" para definir el "sujeto de derecho". Parece que podría fundamentar este "sujeto colectivo" en los datos que aportan las mujeres que han encontrado un profundo significado de ellas mismas en la relación con otros, especialmente con los hijos⁹⁴. Ahora bien, Mackinnon está imposibilitada para presentar este argumento particular sobre la verosimilitud de "lo que quieren las mujeres", puesto que insiste en que lo que las mujeres son y han sido es la encarnación de los intereses del hombre: <<las Mujeres aprendieron que los hombres las ven y tratan desde su ángulo de visión, y aprendieron el contenido de esa visión. Todos estos detalles juntos revelan y documentan el tipo de mundo que habitan las mujeres socialmente y algo de lo que para ellas supone habitarlo, cómo las mujeres son privadas sistemáticamente de su yo y cómo ese proceso de privación constituye la socialización de la femineidad>>⁹⁵. Para la autora, lo que se haya amado hasta ahora no nos dice nada sobre lo que se pudiera amar si las mujeres fueran libres de definirse a sí mismas.

2.2: La norma es "masculina".

Uno de los conceptos fundamentales desarrollados por la teoría feminista es el de *androcentrismo*, que podemos definir por el momento, y sin ningún ánimo de exhaustividad, como un sesgo teórico e ideológico que consiste en ver el mundo desde lo masculino, tomando al varón como parámetro o modelo de lo humano⁹⁶.

Como ya hemos señalado en el apartado anterior, la cuestión no se refiere exclusivamente a la constatación empírica de que la mayoría de los legisladores, jueces y demás operadores jurídicos sean varones, sino que lo que también se dice es que tienen en la mente el modelo de lo humano (que es el varón) cuando elaboran, promulgan y aplican leyes, o cuando elaboran las doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación y aplicación. Desde este enfoque se mantiene que es un error pensar que las normas jurídicas (leyes, disposiciones...) son neutrales, es decir, que se dirigen igualmente a hombres que a mujeres y que conllevan para ambos sexos los mismos resultados o efectos. Por una parte tenemos que las normas, al tener como referente al varón, no reflejan las necesidades, potencialidades y características de las mujeres⁹⁷. La creación en la actualidad de normas en el

⁹⁴ Las propuesta de Gilligan: Op.Cit.,1985 sobre la ética del cuidado que funciona en las mujeres, además de la ética de los principios que han desarrollado los varones.

⁹⁵ K. A Mackinnon, Op. Cit., 1995, p. 164.

⁹⁶ La definición de androcentrismo, propuesta por M. Molyneux es la siguiente: "un sesgo teórico e ideológico que se centra principalmente y a veces exclusivamente sobre los sujetos hombres y sobre las relaciones que han establecido entre ellos. En Ciencias Sociales esto significa una tendencia a excluir a las mujeres de los estudios (...) y a acordar una inadecuada atención a las relaciones sociales en las que se encuentran inmersas(...) La no consideración de las relaciones sociales en las que los agentes mujeres se encuentran implicadas significa que ciertas relaciones sociales cruciales son mal definidas y que otras no son identificadas. Esto (...) pervierte necesariamente los argumentos propuestos que conciernen a las características generales de la formación (social y económica) que está en causa" M. Molyneux: Op.Cit.,1977, pp.9-10.

⁹⁷ Según A. Facio, el que las normas jurídicas reflejen una cierta parcialidad a favor de los hombres se debe a que todo el sistema jurídico es androcéntrico, y esto no porque así lo decidieran en un momento histórico

derecho positivo que se refieren a los malos tratos, al acoso sexual, a la violación, al aborto..., no se debe a que sean hechos que se dan ahora por primera vez, sino que por primera vez ahora se considera que aquello que afecta mayoritariamente o en exclusiva a las mujeres, también debe ser regulado por normas jurídicas.

Según MacKinnon, *"el legalismo liberal"* hace que la dominación masculina sea invisible y esté legitimada al adoptar el punto de vista masculino en las leyes al mismo tiempo que impone esa visión a la sociedad, a pesar de que estas cualidades en la ley pueden, paradójicamente, ser un tipo de fuerza positiva. Por este motivo hay que revisar la ley positiva con la comprensión de que las formas masculinas de poder sobre las mujeres están incorporadas positivamente a ella como derechos individuales: *"Los hombres son soberanos en la sociedad de la forma en que Austin describe la ley como soberana: 'una persona o un grupo cuyas órdenes son habitualmente obedecidas y que no suele obedecer a nadie'. Los hombres son el grupo que ha tenido autoridad para hacer las leyes, encarnando la <<regla de reconocimiento >> de H.L.A.Hart que, según su idea, confiere autoridad a la ley"*⁹⁸. El enfoque que permite ver la norma positiva como masculina constituye el fundamento que posibilita el cambio de la ley.

Para MacKinnon las categorías legales existentes son sospechosas, en gran parte, porque reflejan la lógica supremacista masculina, lógica que no tiene en cuenta las perspectivas de la mujeres. Según la autora, el punto de vista del *"observador imparcial"* refleja el punto de vista de aquellos que disfrutaban del poder de convertir su subjetividad en la norma *"objetiva"* y no sólo excluye, sino que desacredita, los puntos de vista de las mujeres que nunca han disfrutado de tal poder⁹⁹.

Diremos entonces que las normas formalmente promulgadas son masculinas fundamentalmente por dos razones: 1) porque parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino, regulando aquello que les afecta a los varones básicamente; 2) porque promulgan normas *"protectoras"*¹⁰⁰ para la Mujer, que responden a las necesidades que tienen los hombres de que ésta se mantenga en la posición social que ellos consideran la adecuada.

determinado, beneficiar a los varones en detrimento de las mujeres, sino porque el sistema jurídico es uno de los productos sociales del patriarcado. El hecho de que sólo los hombres hasta épocas bien recientes hayan podido ser ciudadanos ha determinado que sólo ellos pudieran dictar y aplicar leyes, con lo que la exclusión de las mujeres de los órganos de creación y aplicación del derecho ha garantizado a lo largo de la historia que las necesidades sentidas por los varones fueran las únicas tenidas en cuenta a la hora del quehacer jurídico y que las de las mujeres no fueran motivo de dicho quehacer. A. Facio: Op.Cit., 1992, pp.72 y ss.

⁹⁸ C. A Mackinnon, Op. Cit, 1995, p. 302.

⁹⁹ K.Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry*, vol 16,nº2, 1991, pp.387 ss. La reflexión que realiza esta autora es que, paradójicamente, el apoyo para las demandas legales proviene principalmente de la legitimación de una fuente que ha sido excluida o desacreditada hasta este momento; la experiencia de mujeres cuyas vivencias de "uso y abuso" son características de la situación normal de las mujeres.

¹⁰⁰ En el caso del ordenamiento jurídico español el TC ha estimado la ilegitimidad constitucional de determinadas normas que sólo en "apariencia favorecían a las mujeres cuando en realidad respondía a la idea que los hombres tienen de las mujeres. STC207/87 se declara inconstitucional la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta el derecho al retiro anticipado. No respondía a las necesidades de las mujeres, sino a la idea de los varones de que una auxiliar de

Gran parte del trabajo teórico de MacKinnon se centra en desenmascarar esta situación a la vez que establece las condiciones previas necesarias para que las necesidades y experiencias de las mujeres lleguen a formar parte del sistema jurídico, redactando decretos contra la pornografía o presentando demandas en contra del acoso sexual. Cuando MacKinnon redacta una ordenanza¹⁰¹ o arguye en favor de una nueva clase de demanda, es capaz de obtener sus formulaciones de la experiencia femenina y así lograr distanciarse lo más posible de las categorías legales diseñadas por el Hombre que niegan tal experiencia.

Los trabajos en los que MacKinnon redacta normas que se convertirán en modelos que se proponen a los legisladores son también distintos de la legislación coercitiva normal en muchas de las direcciones o tendencias ligadas al círculo de los más inmediatos responsables de la legislación¹⁰². Sus demandas eligen como blanco prácticas especiales de tal forma que permiten que toda la sociedad repare en el gran problema de la subordinación sexual. La contribución de su trabajo sobre el acoso sexual no fue meramente el hacer que pudiera llegar a procesarse al acosador, sino mostrar que no es ni "flirteo" ni "atracción mutua" sino una forma de "discriminación sexual". La ordenanza sobre la pornografía, trata a ésta no como un discurso o lenguaje protegido, sino como un acto que vuelve objetos y sexualiza esa objetivación de las mujeres. Sus propuestas guían a las mujeres por un camino que busca transformar la visión que tienen de ellas mismas. Con la creación de nuevos motivos de proceso por perjuicios que habían estado ocultos, se da carta de credibilidad a experiencias

vuelo debe ser "joven". Respecto a otras normas de otros ámbitos del derecho pero basadas en el mismo esquema. STC142/90, STC28/92, STC 3/93, STC315/94, STC317/94...

¹⁰¹ Por ejemplo la ordenanza aprobada por el Consejo del Ayuntamiento de la ciudad de Minneapolis e Indianápolis. Las encontramos en "The Minneapolis Civil Rights Ordinance, with Feminist Amendment", en *Constitutional Commentary*, vol.2,1985, pp181 ss. Y W.Brigman, "Pornography as Group Libel: The Indianapolis Sex Ordinance" en *Indiana Law Review*, vol.18,1985,nº2, pp.479 ss.¹⁰²Sólo recordar que gran parte del trabajo desarrollado por Mackinnon coincide con la época en la que Regan fue presidente de EE.UU. y en la que una ola conservadora y reaccionaria impulsó a gran parte de la sociedad norteamericana a iniciar una campaña en contra de la pornografía, constituyendo el "movimiento antipornografía" del que Mackinnom era junto con otras un referente indiscutible.. C.V.,Vance en *Placer y peligro*, Revolución, Madrid, 1989, señala los peligros que conlleva para las mujeres cualquier recorte de libertad y, entre ellos, la censura de la pornografía. En la contraportada del libro aparece una de las tesis del feminismo que defiende esta posición "el feminismo debe entender el placer como una afirmación vital, una fuente de poder, deseoso de futuro y de contacto humano, y no temerlo como algo destructivo, debilitador o corrupto". Para una discusión sobre la cuestión de la pornografía ver. J.F.Malen Seña, "Pornografía y feminismo radical", en *Doxa*, 12, 1992. R.Osborne, "Liberalismo y feminismo:¿un dilema para las mujeres? respuesta a Jorge Malem", en *Doxa*, 13, 1993. J.F.Malem, "Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne", en *Doxa*, 13, 1993, pp.301-314.

subjetivas que de otro modo, llegado el caso, hasta las propias mujeres que las vivían podían dudar de su existencia. Las normas que la autora redacta permiten a las mujeres presentar demandas en nombre propio, permitiéndolas verse a sí mismas, por lo menos en este contexto, como responsables o sujetos activos de sus propias vidas más que como objetos de la interpretación que otros hacen de sus vidas.

Sin embargo, muchas de las ventajas que ofrece el trabajo de MacKinnon como redactora de leyes, se convierten en desventajas cuando se trata de ejercer como abogada. Los extensos y radicales mensajes que estas demandas expresan son raramente bien aplicados ya que cuando aparecen cuestiones conflictivas, la permisividad del pensamiento convencional opera de tal forma que demandantes potenciales comienzan a dudar de que hayan sido esclavizados por los tratantes de pornografía. De la misma forma, los tribunales tienden a confundir el "acoso" con el "flirteo". Esto se debe a que todos los implicados pasan por alto la conexión entre estas "ofensas" y la violación, violencia doméstica y otros síntomas de subordinación sexual. Si estas demandas quieren ser instrumentos efectivos para restringir las prácticas ofensivas, y si sus amplios mensajes quieren ser entendidos, deben apoyarse en la clase de conciencia de la que surgen estas demandas. De este modo, la creación de nuevas demandas permite que el trabajo jurídico de MacKinnon se convierta también en un discurso público en nombre de un cambio legal inspirado en el feminismo.

De la misma forma que en el primer enfoque, según el cual el derecho es "sexista", en este segundo enfoque donde se caracteriza el derecho como "masculino" nos encontramos con un conjunto de diferentes posiciones teóricas más o menos elaboradas. Desde el pionero trabajo de Gilligan¹⁰³ hasta los trabajos de Benhabib, Young Mossman, éstos están encuadrados en la fructífera relación entre la teoría feminista y la teoría crítica¹⁰⁴ que, desde una crítica de las tradiciones modernas, destacan la exclusión de la teoría del derecho de los valores asociados con el cuidado de los otros (tradicionalmente vinculados con "lo femenino"), en beneficio de valores asociados con ideas de imparcialidad y objetividad (tradicionalmente asociadas con "lo masculino").

Una de las autoras críticas con los planteamientos de Mackinnon, es Smart, quien planteará algunas objeciones ante el enfoque que caracteriza al derecho como "masculino". La primera de ellas es la de que *"en vez de problematizar y llegar a un acuerdo sobre las contradicciones internas del derecho, perpetúa la idea de que el derecho es una unidad"*¹⁰⁵. La segunda objeción consiste en afirmar que dicho enfoque *"presume de que cualquier sistema basado en valores universales y en una toma imparcial de decisiones (pero que actualmente se revela como particular y parcial) obedece de una manera sistemática a los intereses del hombre como un categoría unitaria"*¹⁰⁶. Estas dos críticas pretenden incidir en lo problemático de una posición que llegaría, en su defensa extrema, a convertir en incongruente el propio proyecto feminista de cambiar la situación social de las mujeres. Si el derecho es monolíticamente masculino, si no existen fisuras en él, si siempre favorece los

¹⁰⁴ S. Benhabib y D. Cornella: Op.Cit., 1990.

¹⁰⁵ C. Smart, *Op. Cit*, 1994, p. 174.

¹⁰⁶ C. Smart, *Op. Cit*, 1994, p. 174.

intereses de los “hombres” como categoría homogénea, y perjudica los de las “mujeres”, el cambio en las relaciones sociales entre los sexos se hace imposible. Además la posición mantenida por Mackinnon parece no reparar lo suficiente en el hecho señalado por la propia teoría feminista de que la actual idea de universalidad responde a una “falsa universalidad”¹⁰⁷. Smart apuesta, aún a sabiendas de la dificultad, por introducir elementos de relatividad en las categorías en apariencia monolíticas de Hombre y Mujer y propone ver cómo el derecho crea categorías generizadas que afectan a hombres y a mujeres de distinta o de igual manera.

El enfoque que a continuación vamos a exponer recoge la propuesta que acabamos de enunciar según la cual el derecho tiene “género” y crea género, es decir, elabora categorías jurídicas generizadas.

3. TERCER ENFOQUE: EL DERECHO TIENE "GÉNERO"

El tercer enfoque crítico feminista referido al derecho rechaza la superioridad de lo racional, lo objetivo..., sobre lo irracional, subjetivo..., y niega que el derecho sea o pueda ser racional, objetivo, abstracto y general. Las feministas que se adhieren a esta posición¹⁰⁸ se encuentran en parte de acuerdo y en parte en desacuerdo con los dos enfoques hasta ahora expuestos. Desde esta perspectiva se relativizan en exceso, desde nuestro punto de vista, los beneficios obtenidos por las feministas que propugnan la reforma jurídica en nombre de los derechos de las mujeres. Además se pone en cuestión el papel jugado por la teoría jurídica abstracta a la hora de obtener estos beneficios. Para quienes postulan que el derecho tiene “género”, el razonamiento jurídico y las batallas jurídicas no se pueden separar radicalmente del razonamiento político y moral y de las batallas políticas y morales.

Desde este enfoque, se dice que el derecho resulta a menudo ideológicamente opresivo para las mujeres pero, a pesar de ello, se rechaza calificarlo como “masculino”. El derecho no tendría para estas teóricas una naturaleza esencial o inmutable. Se entiende el derecho como una forma de actividad humana, una práctica realizada por personas, y no está de más reconocer que dicha práctica la realizan fundamentalmente hombres. Se constata así que los hombres que practican esta actividad realizan afirmaciones acerca de lo que están haciendo que no siempre son verdad, o que por lo menos pueden no serlo. En la medida en que el derecho ha estado dominado por los hombres, las características asociadas a las mujeres han sido oscurecidas, pero no eliminadas. El derecho no sólo no es “masculino”, sino que además es tanto irracional, subjetivo, concreto y personal, como racional, objetivo, abstracto y general. Bajo esta doble afirmación desarrollarán su actividad teórica autoras como las ya mencionada Smart y, Buttler o Fuss¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Entre las teóricas feministas que apuestan por este enfoque nos encontramos con W.Hollway, "Gender Difference and the Production of Subjectivity" en Henriques eta al. (comps.), *Changing the Subject*, Methuen, Londres, 1984; H. Allen, *Justice unbalanced: gender, psychiatry and justice*, Open University Press, Milton Keynes, Philadelphia, 1987; D. Riley, *Am I That Name?*, Macmillan, Londres, 1988; S. Heckman, *Gender and Knowledge*, Northeastern University Press, Boston, Ma., 1990; E. Spelman, *Inessential Woman*, Beacon Press, Boston, Ma., 1988.¹⁰⁹ J. Butler, *Gender Trouble*, Routledge, Londres, 1990. D. Fuss, *Essentially Speaking*, Routledge, Londres, 1989. C.Smart: Op.Cit., 1994.

En síntesis, el fundamento de la doble afirmación enunciada podría resumirse en cuatro puntos:

1) *El derecho no es general*. La pretensión de que el derecho es general se basa en la creencia de que el derecho consiste en una serie de reglas o principios¹¹⁰ y que esas reglas generales proporcionan una serie de principios básicos para resolver casos individuales. Pero, en lugar de esto, en realidad el derecho está hecho de una aglomeración de conjuntos de reglas específicas y de algunos principios (standars) muy generales. Las reglas son demasiado específicas, definidas y concretas para considerarlas generales. La existencia de estas reglas es lo que da al derecho la posibilidad de acercarse a los casos concretos, resolviéndolos. Pero estas reglas son demasiado detalladas y cada regla abarca un reducido número de casos siendo así insuficientes como para convertir el derecho en general.

Por otra parte los principios generales son demasiado vagos e indeterminados¹¹¹ para aplicarlos a los casos concretos de forma inequívoca¹¹². De este modo al igual que las reglas sirven para muy pocos casos concretos, los principios abarcan demasiados. El sistema jurídico fluctúa entre las reglas y los principios generales pero su aspiración de generalidad no está lograda. El derecho no es más abstracto y general que concreto y particular.

2) *El derecho no es racional*¹¹³. No existe un derecho racional. Desde esta perspectiva supongamos que las feministas son conscientes de que uno de sus fines es lograr derechos iguales para todos los seres humanos con el objetivo de lograr derechos para las mujeres¹¹⁴.

¹¹¹ Ver referencia en la nota 109.¹¹² Si tenemos en cuenta muchas de las demandas que llegan a los tribunales podríamos encontrar al menos dos tipos de principios generales que se puedan aplicar a un caso y que llevarían a resultados contrapuestos. Por ejemplo, consideremos el caso de lo que sucede en el ámbito privado de la familia cuando se trata de alguna de las relaciones que se establecen dentro de ella, como es la relación de los padres con los menores. Los tribunales en general han sido en exceso "*respetuosos*" con la autonomía familiar y a consecuencia de ello no han intervenido sistemáticamente en ese ámbito. Pero de la misma manera existe también una actitud generalizada de protección a la infancia. En más de una ocasión se da el caso particular, de que el *principio de no interferencia* en la familia conduce a un resultado, mientras que el principio de *protección a la infancia* lleva al resultado contrario.

¹¹³ Entendemos por racional "*La 'racionalidad práctica' (...) debe satisfacer cinco condiciones: a) tener conciencia de los fines que se persiguen; b) conocer los medios necesarios para la obtención de los fines perseguidos; c) poner en práctica los medios al alcance de uno para conseguir la finalidad deseada; d) subordinar los fines próximos a los fines últimos; e) los fines últimos deben ser compatibles entre sí*" J.Igartua, "La interpretación de la ley", en *Lecciones de Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p.251.

¹¹⁴ Como hemos señalado en la nota anterior tener conciencia de los fines que se persiguen es la primera característica que debe cumplir la <<racionalidad práctica>>.¹¹⁵ Véase que poner en práctica los medios al alcance de uno para conseguir la finalidad deseada es otra de las características de la 'racionalidad práctica'.

Constatemos también que se han realizado muchos esfuerzos¹¹⁵ por parte de las feministas para lograr dicho fin. Pues bien, desde este enfoque se afirma que dichos esfuerzos son en vano, que no han funcionado y que no funcionarán, y no sólo porque todavía no se conocen con certeza los medios para la obtención de los fines perseguidos¹¹⁶. En la cuestión de la obtención de los mismos derechos para todos los seres humanos, con el objeto de conseguir derechos para las mujeres, nos encontramos con los clásicos conflictos entre "*igualdad de oportunidades*" (igualdad de salida) e "*igualdad de resultados*" (igualdad de llegada); entre derechos naturales y derechos positivos; entre derechos como garantía de seguridad y derechos como garantía de libertad; entre derechos individuales y colectivos¹¹⁷. Se afirma desde este enfoque que todos los problemas que surgen con el uso de estas categorías hacen que el análisis de los derechos resulte incapaz de solventar ningún conflicto significativo. Para mantener esta afirmación se apoyan en autores como Jelin, Olsen, Bunch, y Sen¹¹⁸. Más específicamente, si una decisión protege el derecho del/a demandante a la libertad de acción, el opuesto puede proteger el derecho del/a demandado/ a la seguridad. Si una decisión protege el derecho de la mujer a la igualdad de trato formal, su derecho a la igualdad material puede requerir una decisión distinta. En EE.UU ya se ha producido el caso de que las abogadas feministas se hayan encontrado defendiendo las dos posiciones contrarias¹¹⁹.

Consideremos la siguiente cuestión. Algunas feministas sostienen que la "*igualdad formal*" requiere que el derecho considere la maternidad como cualquier otra incapacidad temporal, mientras que otras mantienen que la "*igualdad material*" precisa que la mujeres puedan procrear sin perder su puesto de trabajo, incluso en el caso de que otras ausencias temporales al mismo no sean permitidas. Por lo tanto algunas feministas abogan porque las mujeres insistan en la igualdad formal, rechazando cualquier forma específica de permiso por maternidad, mientras que otras insisten en que las trabajadoras necesitan un permiso por maternidad adecuado, incluso en el caso de que no existan permisos similares para hombres (o incluso para las mujeres fuera de los de la maternidad). El derecho no proporciona una base racional para elegir qué derecho debe ser reconocido y protegido en cada caso. El análisis en términos de derechos no puede solucionar estos conflictos.

3) *El derecho no es objetivo*. La idea de que el derecho es objetivo es rechazada por el reconocimiento gradual de que las cuestiones políticas aparecen por doquier. Cada vez que se efectúa una elección, cada elección jurídica, que no es obvia e incontrovertida, es una decisión

¹¹⁷ El sujeto de derecho exclusivamente como *individuo*, o la posibilidad de la existencia de sujetos de derecho que sean grupos de individuos.

¹¹⁸ E.Jelin, "¿Ante, de, en, y? Mujeres y derechos humanos", en *Revista América Latina Hoy*, nº 9, 1994. F. Olsen "The Sex of Law" en, Kayris, D. (ed.), *The Politics of Law*, Pantheon Books, New York, 1984; Ch. Bunch, "Hacia una re-visión de los derechos humanos", en ISIS (ed.), *La mujer ausente*, Eds. de las Mujeres, nº 15, 1991; A. Sen, en ISIS (ed.), *La mujer ausente*, Eds. de las Mujeres, nº 15, 1991.

¹¹⁹ El caso Sears. Este caso se refiere a la demanda de discriminación sexual impuesta a una de las mayores empresas del comercio (Sears, Roebuck & Company) por la Comisión de oportunidades para la Igualdad de Empleos (EEOC) en 1978 en la que dos historiadoras Alice Kessler-Harris y Rosalind Rosenberg testificaron en lados opuestos.¹²⁰ S. M. Okin, "La política y las desigualdades complejas de género", en D. Miller y M. Walzer (comps), *Pluralismo, justicia e igualdad*, FCE, México, 1997. pp.161-190.

basada en la política, por lo que no puede ser objetiva. Okin¹²⁰ señala que debemos prestar más atención al contexto político de los principios aparentemente objetivos y atemporales. Más concretamente, en el debate sobre la *igualdad vs. diferencia* (iguales derechos, diferentes derechos), no se puede dejar de lado el actual contexto conservador en el que nos desenvolvemos. En ese contexto político es muy posible que sean utilizados argumentos sobre la *diferencia* o “*cultura de la mujer*” de forma diferente a la originaria. Minow¹²¹ se refiere a esta cuestión bajo la etiqueta de “*el dilema de la diferencia*”. Según esta autora, a la hora de tomar decisiones jurídicas, al ignorar la diferencia en el caso de los grupos subordinados se corre el riesgo de favorecer una “*neutralidad incompleta*”, mientras que al centrarse sobre la diferencia, se puede resaltar el “*estigma de la desviación*”. Tanto al centrarse en la diferencia como al ignorarla se corre el riesgo de recrearla. Éste es el dilema de la diferencia. Minow sugiere que lo que se necesita es un replanteamiento sobre la diferencia y esto implica rechazar la idea de que la igualdad vs. la diferencia constituye una oposición. En vez de encasillar las estrategias y análisis como si estos pares binarios fueran verdaderos y atemporales, tenemos que preguntarnos de qué forma el emparejamiento dicotómico de la igualdad y la diferencia funciona. En vez de permanecer dentro de los términos del discurso jurídico-político existente, tenemos que someter estos términos a examen crítico. No podemos servirnos de tales conceptos hasta que no entendamos cómo funcionan a la hora de construir y delimitar significados específicos. Como consecuencia de lo dicho hasta ahora, debemos reconocer que simplemente es un error afirmar que el derecho es o puede llegar a ser racional, general y objetivo. De hecho el derecho no se sitúa exclusivamente en uno de los lados de las dicotomías.

4) *El derecho no puede ser segregado*. Algunas veces la teoría jurídica dominante reconoce que el derecho no es general, racional y objetivo. La ideología dominante reconoce las denominadas características “femeninas” (parcialidad, subjetividad...) e incluso llega a celebrarlas, pero sólo en aquellas cuestiones que hoy en día han perdido la preponderancia que tenían en el derecho de no hace tantos años. Por ejemplo cuando el derecho en su sentido más trascendente se asocia al derecho público entonces el derecho de familia (derecho privado) puede ser subjetivo, particular, concreto; pero el derecho mercantil o el penal está concebido como general, racional y objetivo. Es importante para las feministas corregir este error. El enfoque más adecuado será aquél que logre destruir los guetos del derecho y demostrar que no se puede excluir lo particular, lo irracional y lo subjetivo de ninguna esfera del derecho. Los cuatro argumentos expuestos permiten pasar de la idea de que el derecho es “masculino” a la de que tiene “género”¹²². Ese paso conduce a trabajar sobre la historia de las

¹²² En 1972, por primera vez, la socióloga inglesa A. Oakley, en *La mujer discriminada, biología y sociedad*, Tribuna Feminista, Madrid, 1977, separa analíticamente sexo y género. Es decir, distingue las diferencias sexuales de sus consecuencias sociales, que revisten la forma de la desigualdad entre los sexos. Su concepto de género agrupa todas las diferencias constatadas entre hombres y mujeres: individuales, (psicología); de roles sociales, (sociología); de representaciones culturales, (antropología); es decir agrupa todo lo que es variable y está socialmente determinado, siendo la variabilidad la prueba de su origen social. Por su parte, en 1974 la antropóloga norteamericana M. Rosaldo en “Mujer, cultura y sociedad: una visión teórica”, en *Antropología y Feminismo*, Anagrama, Barcelona, 1977, hará la misma distinción. Para esta autora, el género no es un hecho unitario, determinado en todos los sitios por el mismo tipo de intereses, sino el producto complejo de una variedad de fuerzas sociales. El género es un constructo cultural que varía de cultura en cultura, y hay que analizar cómo se construye, sus diferentes formas, sus cambios históricos y sus relaciones con las categorías de

normas y a concebir el derecho como un conjunto de procesos. Se puede decir que este enfoque tiene la ventaja de ser más abierto que los dos anteriores ya que desde su perspectiva los procesos no están determinados unidireccionalmente y no se presupone que el derecho siempre favorece a los hombres y perjudica a las mujeres. En este enfoque ya no se tienen en cuenta las categorías Mujer y Hombre, ya que las reflexiones sobre el género se refieren al sentido y las consecuencias sociales y subjetivas que tiene pertenecer a uno u otro sexo, por lo que esas consecuencias muchas veces entendidas como naturales, no son sino formulaciones de género. Se trata de analizar las distintas significaciones atribuidas al hecho de ser varón o ser mujer en cada cultura, en cada periodo histórico y en cada sujeto. Esta posición teórica permite comenzar a deconstruir el discurso jurídico en lo que se refiere a la visión y a las prácticas que éste desarrolla sobre las mujeres y los hombres. Permite pensar en el derecho como una "tecnología del género"¹²³. El derecho puede ser visto como una estrategia que produce "género", posición desarrollada y privilegiada por Smart(1994). La Mujer es un sujeto que tiene género y el derecho, como otras realidades, hace emerger a la Mujer en una posición generizada. El tránsito a este último enfoque no implica un rechazo total del anterior, pero permite posiciones menos cerradas en las que se puede argumentar que, dentro del derecho, las mismas prácticas "significan cosas diferentes para los hombres y las mujeres porque se leen a través de discursos diferentes"¹²⁴, y, además, la idea de que el derecho tiene género no exige que fijemos de forma definitiva una categoría o referente empírico de Hombre y Mujer. Ahora podemos permitirnos una noción sobre el género del sujeto mucho más flexible y que no está fijada ni por el factor biológico, ni por el psicológico o por el social respecto del sexo. Este análisis hace posible que podamos dirigir nuestra atención hacia las estrategias que tratan de fijar el género en un rígido sistema de significación. Las investigadoras feministas llevan bastantes años deconstruyendo la representación mitificada de la Mujer¹²⁵ que nada tiene que ver con las mujeres reales. Incluso las investigadoras feministas han incorporado a sus trabajos la distinción entre sus propias construcciones de la "feminidad" y las mujeres reales. Autoras como Abrams¹²⁶ afirman que teóricas radicales como Mackinnon, que se adscriben a la tesis del patriarcado¹²⁷ como la causa primera y

raza y clase social.¹²³ T. de Lauretis, *Tecnologies of Gender*, Bloomington, Indiana University Press, Indiana, 1987, citado en C.Smart, supra, p.178.

¹²⁴ W. Hollway, "Gender Difference and the Production of Subjectivity", en Henriques, J. et al. (comps.), *Changing the Subject*, Methuen, Londres, 1984, p.237.

¹²⁵ En nuestra época propiamente desde la obra de B.Friedan, *La mística de la feminidad*, Jucar, Madrid,1974 y la de S. de Beauvoir, *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 1999, pero desde los inicios de la modernidad con Olympe de Gouges, y Mary Wollstonecraft.

¹²⁶ K. Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry*, vol 16, n2, 1991, pp.373-404.

¹²⁷ K Millet en *Política Sexual*, Op.Cit., 1975, definirá el sistema patriarcal, esbozando un esquema de lo que ella denomina *teoría de la política sexual*, mediante el que pretende mostrar que el sexo es una categoría social que tiene implicaciones políticas. Para Millet, el término *política* se refiere a las relaciones de fuerza, a los dispositivos mediante los que un grupo controla a otro. Analizando el sistema occidental de relaciones sexuales, afirma, siguiendo a Weber, que éste puede ser definido como *Herrschaft*, es decir, como una relación de dominación y subordinación. Así, el patriarcado, como institución, es una constante histórica que impregna todas las otras formaciones económicas, religiosas..., pero en su seno hay contradicciones y una cierta distancia entre lo ideal y lo real.

fundamental de la posición de subordinación de las mujeres, han creado imágenes unificadas de la Mujer como oposición a los discursos dominantes pero, al fin y al cabo, imágenes unificadas que se alejaban igualmente de las mujeres reales. Es decir que, de alguna manera, se reproduce el mismo esquema del derecho cuando se empeña en una versión específica de la diferenciación de género. Desde este enfoque es posible analizar las formas en las que el discurso fija las diferenciaciones de género sin necesidad de proponer una forma propia de diferenciación como un punto de partida o un punto final.

Por ejemplo, el discurso científico y médico del siglo XIX hacía de la Mujer un ser determinado por su cuerpo, sus ciclos psicológicos y sus deseos sexuales. El discurso jurídico recogía las imágenes de la mujer de los discursos médico y científico y las consolidaba al fijarlas en normas regulativas. En la actualidad se quiere mostrar a las mujeres del siglo XIX más allá de las imágenes que tenemos de ellas a través de dichos discursos. Es decir, encontrar a las mujeres burguesas que sean otra cosa que "semi-inválidas" y a las mujeres obreras que sean otra cosa que unos seres de costumbres ligeras.

Smart ilustra la forma en la que el derecho hace emerger un objeto Mujer construido enteramente por él mismo y receloso de su propia lógica jurídica. En el Parlamento inglés de 1623 se votó una ley que preveía la pena de muerte para la mujer no casada cuyo hijo ilegítimo muriera fuera cual fuera la causa de su fallecimiento. Esta ley creaba dos excepciones al derecho común de la época. Por una parte, esta ley invertía la carga de la prueba, puesto que ahora le correspondía a la madre demostrar su inocencia aunque la presunción de culpabilidad era extremadamente rara en la Inglaterra de la época. Y, por otra parte, el matrimonio no era ni habitual ni precoz en la Inglaterra de principios del siglo XVII, no era raro entonces que las parejas tuvieran varios hijos antes de casarse; y el Estado no insistía en que se casaran. Smart afirma que con esta ley aparece en la Inglaterra de la época la figura de la mala madre que le permite al derecho penal mostrar "la buena madre". La buena madre no podía ser la mujer no casada. La mujer no casada madre era sospechosa a priori de dejar morir a su hijo, o de darle muerte.

En resumen, y como hemos visto, desde cada uno de los enfoques expuestos el derecho es caracterizado de forma diferente en base a las distintas propuestas que se van elaborando desde la teoría feminista sobre lo que conocemos como "diferencia sexual".

III: ¿HACIA UNA TEORÍA FEMINISTA DEL DERECHO? K.T.BARTLETT VERSUS C.A.MACKINNON

En la primera parte de esta exposición nos hemos referido a tres enfoques que permiten una mejor comprensión del discurso jurídico sobre las mujeres desde una perspectiva feminista. Pero ninguno de los tres ofrece un marco teórico y la necesaria orientación en la práctica jurídica, es decir, ninguno constituye una teoría feminista del derecho. Así mismo constatamos los relativos resultados obtenidos mediante las reformas legales realizadas, en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, fruto de las luchas por la igualdad, además de la situación de impás en la que se encuentran las teorías feministas liberales de reforma del derecho. Todos estos hechos han generado frustración entre las mujeres de los movimientos feministas y entre las teóricas del derecho. Ante esta

situación, y como medio para superar la frustración, surgirá en los años 80 la inquietud de acometer la construcción de una teoría feminista del derecho¹²⁸.

Desde esta nueva posición se plantearán nuevas cuestiones, ya que más allá de lo señalado en la primera parte, construir una teoría feminista del derecho exigiría abordar temas de distinta índole. Desde cuestiones filosóficas como la idea de una justicia feminista, hasta la posibilidad de un método¹²⁹ jurídico feminista¹³⁰, pasando por cuestiones de tipo procedimental como las que se refieren a la forma en la que debería administrarse el derecho etc.. Desde esta nueva posición se actuaría no sólo sobre el componente formal del derecho, sino también sobre su componente estructural y político¹³¹.

La necesidad de una teoría feminista del derecho no aparece sólo como consecuencia de la frustración por los escasos e incluso contradictorios resultados obtenidos por las mujeres a consecuencia de las reformas legales que han modificado su posición social. Como señala Smart (1999) hay otras dos cuestiones que apuntan hacia esta necesidad. Una de ellas es el denominado problema de los y las docentes de derecho. Todo enseñante de derecho que adopte una perspectiva feminista se tendrá que enfrentar al hecho de que está transmitiendo un discurso que niega la validez de otros discursos alternativos (sólo una de las normas que surgen como resultado de interpretar una disposición será la válida), y que asume la existencia un único método jurídico objetivo y neutral. La otra cuestión enunciada por Smart es a la que se refieren las profesionales cuando trabajan con casos de malos tratos, divorcio o violación. Dichas profesionales señalan que tienen dos posibilidades: o actuar desde un punto de vista feminista, con lo que pierden legitimidad en los tribunales con el consiguiente riesgo de perder el caso; o seguir las pautas habituales y convencionales con lo que mantienen su credibilidad como profesionales pero no pueden expresar, defender, ni lograr, aquello que pretenden.

En este segundo apartado de la lección nos referiremos a una de las cuestiones que han aparecido como más relevantes dentro de la teoría feminista del derecho: la referida al método. Para abordarla nos basaremos en dos de las teóricas que con mayor insistencia se han dedicado a esta cuestión. La primera de ellas, Bartlett (1990)¹³² indicando cuáles han de

¹²⁹ Entendemos el método como "*el conjunto de reglas, procedimientos intelectuales y principios que rigen el uso de las normas jurídicas para la toma de decisiones en derecho, y en particular de las decisiones que recaen en la aplicación de las normas para la resolución de conflictos por los operadores jurídicos*" (García Amado, 1992: 32)

¹³⁰ Respecto al método feminista en general Ver S.Harding, *Ciencia y Feminismo*, Morata, Madrid, 1996 y sobre método jurídico en particular Ver C.A.Littlethton, "Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes", en *Stanfor Law Review*, Vol.41, 1989, pp751-785. K.Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry* Vol.16, nº 2, 1991, pp373-404. M.J.Mossman, "Feminism and Legal Method. The Difference it Makes", en *Wisconsin Women's Law Journal*, Vol 3:147-168, 1989. C.A.Mackinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State; Toward Feminist Jurisprudence", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991, pp.180-200. K.T.Bartlett, "Feminist Legal Methods", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991, pp.370-403.

¹³¹ Sobre el concepto amplio del Derecho ver A. Facio, *Op. Cit*, 1992 pp. 87-105.

¹³² K.T. Bartlett, "Feminist Legal Methods", en *Harvard Law Review*, Vol.103, nº4, febrero 1990, pp.829-888.

ser las características que debe reunir la actividad jurídica para ser caracterizada como feminista. La segunda, Mackinnon, proponiendo un método feminista para enfrentarse con la actividad jurídica. Para ambas autoras, “ *el método organiza la aprehensión de la verdad. Determina lo que cuenta como prueba y define lo que se toma como verificación. Desde un punto de vista operativo, determina lo que una teoría acepta como real. ‘El método no es neutral: establece los criterios por los que se juzga la validez de las conclusiones y en consecuencia lleva en sí no sólo una habilidad técnicamente simple, sino consecuencias y compromisos filosóficos más profundos’* ”¹³³. Aunque difieren en algunas cuestiones a las que nos referiremos más adelante, Bartlett y Mackinnon comparten la idea según la cual para “*organizar la aprehensión de la verdad*” a través de un método feminista hay que seleccionar una serie de principios básicos. Dichos principios, aplicados sistemáticamente en el ámbito jurídico, serían las herramientas que podrían permitir la configuración de un método jurídico feminista.

1. K. T. BARTLETT: CARACTERIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD JURÍDICA COMO FEMINISTA

Bartlett¹³⁴ es una de las teóricas feministas más reconocidas en el ámbito jurídico europeo. Una de sus principales preocupaciones es el análisis de las distintas metodologías que podrían ser útiles para calificar una actividad jurídica como feminista. La principal constatación de sus análisis era algo relativamente esperado aunque no por ello menos relevante. La autora señala que las mujeres que trabajan en el ámbito del derecho hacen lo mismo que los hombres, con lo que parece indicarse que no es posible encontrar ninguna especificidad en la actividad de las mujeres que nos oriente sobre la posible existencia de una actividad jurídica feminista. ¿En qué se fundamenta para mantener dicha afirmación? En que según Bartlett, las mujeres juristas utilizan los mismos métodos de razonamiento jurídico que sus colegas varones. Si esto es así, podríamos concluir que no existe manera alguna de calificar de feminista a ningún método jurídico y, por lo tanto, la tarea de encontrarlo habría concluido. Pero esto no es así. Esta primera constatación de la autora no agota la totalidad de la actividad que realizan las mujeres que trabajan en el ámbito jurídico. Bartlett detecta que éstas, además de utilizar los mismos métodos de razonamiento que los varones, añaden algún otro que ellos no usan. Es de suponer que el análisis de esos “*otros*” métodos puede ofrecer los criterios que permitan calificar una actividad jurídica como feminista, de tal manera que en ello podría consistir tanto la crítica como la aportación que hace la teoría feminista al método jurídico.

Ahora bien, ¿en qué consisten esos “*otros*” métodos? Fundamentalmente en incorporar estructuralmente cuatro principios básicos a la práctica jurídica. Dichos principios son: el que hace visibles a las mujeres al introducir en sus razonamientos la que denominan como “*la pregunta sobre la mujer*”; el que a través del “*razonamiento práctico feminista*” amplía las nociones tradicionales de lo que es legalmente relevante para que el proceso de decisión jurídico sea más sensible a las particularidades de un caso que aún no han sido reflejadas por la doctrina jurídica; el que al apostar por la “*concienciación*” pone en tela de

¹³⁴ Ver entre otros, K.T.Bartlett, 1990, *Op. Cit.*; y K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.

juicio la validez de los principios jurídicos habitualmente aceptados; y el que al optar por la “*positionality*” evidencia la situación de exclusión social de las mujeres. A continuación vamos a examinar con mayor detenimiento en qué consisten cada uno de estos principios.

1.1 La pregunta sobre la mujer.

Consiste en introducir en el razonamiento preguntas que requieran respuestas en las que se expliciten las repercusiones que las normas y las prácticas jurídicas tendrán en lo referente al sexo y al género. De no introducir este tipo de preguntas, las normas y práctica jurídica podrían parecer neutrales (o, como dice la teoría feminista, falsamente neutrales y objetivas). En concreto se debe examinar por qué la ley no tiene en cuenta experiencias y valores que parecen más típicos de las mujeres que de los hombres, y en qué medida o por qué razón, las normas y la dogmática pueden suponer desventajas para las mujeres.

Si consideramos las distintas normas vigentes en el derecho occidental hasta bien entrado el siglo XX se constata que la diferencia era tan evidente y que las desventajas para las mujeres eran tan brutales (bien por que la mayoría las considerara naturales, bien porque culturalmente se consideraba lo adecuado), que las primeras veces que se hace “*la pregunta sobre las mujeres*” y el derecho, ésta no se orienta a dar cuenta de la realidad de marginación (discriminación) en la que el contenido de la ley situaba a las mujeres, sino a si esa situación de marginación o discriminación se podía justificar en base a la diversidad de roles realizados por ambos sexos en tanto que unos roles pertenecían al espacio público y otros al privado. Por ejemplo todas las normas que convertían en incapaz legal a la mujer casada, ya que se consideraba que el rol básico y único de la mujer casada se circunscribía al espacio privado de la familia donde su objetivo era ser esposa y madre. Dada la configuración social de la familia, una mujer cuyo cometido social era ser madre y esposa no debiera tener ningún derecho que sobrepasara ese espacio¹³⁵.

Sólo a partir de los años 70 “*la pregunta sobre la mujer*” tiene la virtud de proporcionar diferentes respuestas que ponen en cuestión la adecuación o no del rol de la “Mujer” que asume y expresa el derecho (el contenido de la norma). Surgen preguntas hasta entonces inimaginables. Por ejemplo en el caso de embarazo lo que se pregunta es si las exclusiones (de cualquier tipo, laboral, educativo....) en base al embarazo discriminan a las mujeres, ya que como sólo las mujeres pueden quedarse embarazadas el hombre como referente para la discriminación desaparece, y el concepto de discriminación desde un punto de vista jurídico es inimaginable sin un referente respecto al cual alguien es discriminado. Si no existe referente de exclusión, la pregunta que se formula es ¿cuáles son las razones para excluir a las mujeres?. Al no existir el varón como referente de la comparación (patrón de discriminación), por razones obvias, las contestaciones serán del siguiente tenor: que la no exclusión de las mujeres embarazadas es muy costosa y en general voluntaria. Es decir, ante la imposibilidad de ofrecer un criterio justificativo de exclusión admisible, la respuesta se desplaza hacia la realidad empírica: que es “costosa”, y “voluntaria”. Pero esta argumentación no resulta de ningún modo satisfactoria ya que el embarazo no es el único hecho costoso (en el sentido de no productivo) con el que nuestras sociedades se deben enfrentar. Responder así encubre la verdadera razón: la exclusión por ser mujer. Pero esta respuesta, vista desde los intereses de las mujeres, permite una segunda pregunta. Bien, aceptemos que el embarazo es

costoso, pero considerémoslo como una enfermedad¹³⁶ (ya que los varones sí tienen enfermedades cuyo costo asumen las empresas y la sociedad). Si hay enfermedades costosas cubiertas que no son motivo de exclusión¹³⁷ ¿por qué excluir a las embarazadas? ¿cuáles son las otras razones para tratar de forma diferente el embarazo?. La contestación no irreal por ficticia de un juez puede ser, o suele ser *"bien, ya que lo dice, las mujeres embarazadas debieran de estar en casa, incubando"*¹³⁸.

En la práctica jurídica *"la pregunta sobre la mujer"* no ha sido en absoluto insignificante pues una de sus consecuencias más reconocidas y vitoreadas ha sido el servir, por ejemplo en el ámbito del derecho laboral, para construir el concepto de *"medidas falsamente protectoras"*¹³⁹ claramente discriminatorias, o para elaborar el concepto de *"discriminación indirecta"*¹⁴⁰.

Los razonamientos que plantean *"la pregunta sobre la mujer"* en la actividad jurídica tienen la virtud de detectar las formas en las que la opción política y el acuerdo institucional contribuyen a la subordinación de la "Mujer". Además muestran cómo la posición de ésta en el ámbito jurídico, más que reflejar características de las mujeres lo que reflejan es la propia organización social. Examinar los efectos no explícitos de las normas que no discriminan de forma específica por razones de sexo puede ayudar a demostrar cómo las estructuras sociales se incorporan a normas que implícitamente hacen diferente a la "Mujer" y por ello la subordinan.

1.2 Sobre el razonamiento práctico feminista.

Algunas feministas¹⁴¹ sugieren que las mujeres se aproximan al proceso de razonamiento de forma diferente a como lo hacen los hombres. En concreto señalan que: 1) las mujeres muestran una mayor sensibilidad a la situación y al contexto; 2) las mujeres se resisten a los principios universales y generalizaciones, especialmente a aquellos que no encajen en sus propias experiencias; y 3) las mujeres creen que los aspectos prácticos de la vida diaria no deberían ser desatendidos u olvidados por la justicia abstracta. Si estas

¹³⁶ Dejaremos para mejor ocasión la necesidad de equiparar el embarazo con la enfermedad. La necesidad de que para que el embarazo, la experiencia más vitoreada de la sociedad patriarcal, no sea excluyente (al no existir patrón discriminatorio, el varón) se deba recurrir a compararlo con la enfermedad.

¹³⁷ Cuando nos referimos a enfermedades que no excluyen lo que pretendemos decir es que el simple hecho de poder padecer enfermedades no te pone fuera del mercado de trabajo, mientras que el ser mujer y tener la capacidad de reproducir la especie te excluye del mercado de trabajo.

¹³⁸ E. Aponte, *Op. Cit.*, 1998, p. 82

¹³⁹ Como las declaradas por el Tribunal Constitucional en las siguientes sentencias: STC207/87, STC142/90, STC28/92, STC3/93, STC315/94, STC317/94. Discriminación indirecta.

¹⁴⁰ Aunque el origen del concepto nos remite al ordenamiento estadounidense, a la doctrina Griggs y al ordenamiento comunitario Directiva 76/207, su introducción en el ordenamiento jurídico español se hace por medio de la STC145/91, de 1 de julio.

¹⁴¹ Véase G.Fraisse, G.Sissa, F.Balibar, J.Rousseau-Dujardin, A.Badiou, M.David-Ménar, M. Tort, *L'exercice du savoir et la difference des sexes*, L'Harmattan, París, 1993.

afirmaciones pueden ser sustentadas empíricamente, entonces se puede considerar que estos procesos de razonamiento tengan significado normativo. Como consecuencia de ello algunas feministas, han argumentado que la búsqueda individualizada de hechos es a menudo superior a la aplicación de reglas generales, y que el razonar desde un contexto permite un mayor respeto a la diferencia y a las perspectivas de los indefensos.

El razonamiento práctico (tipo de razonamiento al que pertenece el razonamiento legal) puede ser entendido de forma diferente según el contexto y según los fines que se persigan. En el caso concreto que nos ocupa Bartlett habla de una versión del razonamiento práctico que denomina "*razonamiento práctico feminista*". En esta versión se combinan algunos aspectos de un modelo Aristotélico de deliberación práctica con un enfoque feminista que permita identificar y tomar en cuenta las perspectivas de los excluidos.

El razonamiento práctico que responde al modelo Aristotélico considera los fines, medios y acciones con el objeto de "reconocer y actualizar lo que es mejor en las situaciones mas complejas, variadas y ambiguas"¹⁴². El razonamiento práctico reconoce pocos supuestos, si reconoce alguno. Además, lo que deba hacerse, por qué, y cómo, son todas cuestiones abiertas consideradas sobre las bases de la complejidad de cada contexto específico objetivo o basado en datos. No sólo la resolución del problema, sino lo que se considera como un problema, surge de los detalles o aspectos concretos de la situación misma, más que de una definición o precepto anterior o precedente.

El razonamiento práctico se acerca a los problemas no como conflictos dicotomizados, sino como dilemas con múltiples perspectivas, contradicciones, e inconsistencias. Estos dilemas ,idealmente, no requieren la elección de un principio por encima de otro, sino mas bien integraciones y conciliaciones imaginativas que requieren una atención especial al contexto particular. El razonamiento práctico ve los detalles particulares no como molestas inconsistencias o naderías irrelevantes, que impiden la tranquila y lógica aplicación de normas fijadas. Ni tampoco los ve como los objetos del análisis legal, la materia inerte a la que aplicar la ley viva. En vez de eso, los hechos nuevos presentan oportunidades para mejores entendimientos, e integraciones. Las situaciones son únicas, no se pueden anticipar en sus detalles, ni generalizar de antemano. Las nuevas situaciones dan lugar a percepciones prácticas, e informan a los que deciden sobre los deseados fines u objetivos de la ley.

Para ejemplificar lo dicho, Bartlett se refiere a la cuestión del acceso de las menores al aborto. Según la autora esta cuestión ejemplifica el potencial generativo y educativo de los hechos particulares o específicos. El principio abstracto de la autonomía familiar parece justificar lógicamente una ley estatal que obligue a las menores a la obtención del consentimiento de sus padres antes de que puedan practicar el aborto. Las menores son inmaduras y los padres son los individuos generalmente mejor situados para ayudarles a tomar una decisión tan difícil como es la de si practicar o no el acto de abortar. Los informes reales de las circunstancias dolorosas bajo las cuales una menor buscaría evitar notificar la decisión de practicar un aborto, sin embargo, demuestran las dificultades prácticas de la cuestión. Las investigaciones realizadas por la autora se basan en los informes reales de muchas menores que revelan cómo se enfrentan a severos abusos físicos y emocionales por sus padres como resultado del descubrimiento de su embarazo. Los padres fuerzan a muchas

menores a llevar adelante un embarazo que tendrá como resultado un niño al que las menores no podrán educar responsablemente, y sólo las mas decididas serán capaces de dejar a su niño en adopción ante el rechazo y manipulación de los padres. En otras palabras, las circunstancias reales producen percepciones nuevas sobre las dificultades de los problemas y de la toma de decisiones en la familia y el Estado que el concepto abstracto de la autonomía paternal no revela.

El razonamiento práctico jurídico no rechaza y no puede rechazar las normas. En la especificidad-generalidad del continuo de las normas, el razonamiento práctico tiende a favorecer a las normas menos específicas, a causa de la gran libertad de acción para los análisis individualizados que las normas estandars no permiten. Pero el razonamiento práctico en el contexto de la ley necesariamente trabaja desde las normas. Las normas representan un determinado conocimiento acumulado históricamente, que debe ser reconciliado con las contingencias y el pragmatismo de los hechos reales actuales. Las normas proporcionan indicaciones para los propósitos y fines apropiados que se pueden conseguir mediante la ley. Las normas verifican la inclinación a la arbitrariedad y dan constancia y estabilidad en situaciones en las cuales los prejuicios y las pasiones pueden distorsionar el juicio.

Idealmente, sin embargo, las normas dejan lugar para las nuevas perspectivas y percepciones generadas por los nuevos contextos. El pensador práctico cree que las circunstancias específicas del nuevo caso pueden dictar novedosas lecturas y aplicaciones de las reglas. Lecturas y aplicaciones que no sólo no son, sino que no podían haber sido previstas de antemano. A este respecto el razonamiento práctico difiere de la visión de la ley que ve las normas como sin límites fijos por necesidad no por elección. Esta visión valora en gran medida la predictibilidad y determinismo, pero asume que los hechos son demasiado variados e impredecibles para los legisladores como para aplicar o legislar normas determinadas. Por otra parte podemos decir que el razonamiento práctico encuentra no deseable tanto como impracticable la reducción de las contingencias a normas por las que todas las disputas puedan ser dirimidas por adelantado.

Otra característica importante del razonamiento práctico es la inclusión de la justificación. El razonamiento práctico exige más que algunas bases razonables para una decisión jurídica determinada. Los que toman las decisiones deben ofrecer sus razones reales - las mismas razones que componen su descripción verdadera de intenciones-. Este requisito refleja la unión indisoluble entre la determinación de los medios y los fines; el razonamiento es en sí mismo parte del fin o finalidad, y la finalidad no puede ser razonable separada del razonamiento en el que esta basada. Refleja, además, el compromiso del razonamiento práctico en la aceptación del que toma las decisiones de la responsabilidad por las decisiones. Existen elecciones que deben ser hechas y el agente que las realiza debe admitir esas elecciones y defenderlas.

Una vez hechas estas consideraciones sobre el razonamiento práctico en general veamos cuáles son las peculiaridades que según Bartlett tiene el razonamiento práctico feminista.

Para la autora, el razonamiento práctico feminista se construye sobre el modo tradicional de razonamiento práctico aportándole intereses y preocupaciones críticos así

como valores reflejados en los otros métodos feministas, como por ejemplo el de incluir la cuestión sobre la mujer. La exposición clásica del razonamiento práctico otorga la legitimidad a la comunidad cuyas normas refleja o representa, y por esta razón tiende a ser fundamentalmente conservadora. De forma diferente el razonamiento práctico feminista recusa la legitimidad de las normas de aquellos que afirman hablar, a través de las leyes, por la comunidad. Ninguna forma de razonamiento legal puede estar libre del pasado o de las normas de la comunidad, ya que la ley siempre está situada en un contexto de prácticas y valores. Pero el razonamiento práctico feminista difiere de otras formas de razonamiento jurídico, según la autora, en la fuerza de su compromiso con la noción de que no hay una, sino muchas comunidades solapadas en las que uno podría buscar la "razón". Las feministas consideran el concepto de comunidad problemático, debido a que ellas han demostrado que la ley tiende a reflejar las estructuras existentes de poder. Si añadimos a esto su interés por la inclusión del método que pregunta por la cuestión de la mujer, tenemos como resultado que éstas insisten en que ninguna comunidad está más legitimada que otra para hablar por todas las demás. De este modo, los métodos feministas rechazan la comunidad monolítica a veces supuesta en los informes masculinos de razonamiento práctico, y buscan identificar perspectivas no representadas en la cultura dominante de la que la razón podría proceder.

El razonamiento práctico feminista, sin embargo, no es el opuesto frontal de un modelo deductivo "masculino" de razonamiento jurídico. El modelo deductivo supone que para alguna clase de hechos, fijos, las normas legales preexistentes imponen un simple, correcto resultado. Muchos comentaristas han observado que virtualmente nadie, hombre o mujer, en estos momentos defiende estrictamente el enfoque deductivo sobre el razonamiento jurídico. El razonamiento contextualizado no es tampoco, como algunos comentaristas sugieren, el opuesto frontal a un modelo "masculino" de pensamiento abstracto. Todas las formas superiores de razonamiento jurídico abarcan procesos tanto de contextualización como de abstracción. Incluso el más convencional de los métodos legales requiere que alguien observe cuidadosamente el contexto real de un caso para identificar similitudes y diferencias entre ese caso y otros. La identificación de un problema legal, la selección de la norma, y la aplicación de esa norma, todo requiere una comprensión o entendimiento de los detalles de un caso y como relacionarlo con otro distinto. Cuando los detalles cambian, la norma y su aplicación también son capaces de cambiar.

Del mismo modo, los métodos feministas requieren del proceso de abstracción, esto es, la separación de lo significativo de lo que no lo es. Los hechos concretos tienen significado sólo si representan algún aspecto generalizable del caso. Las generalizaciones identifican lo que sucede y establecen conexiones con otros casos. Para las feministas, tanto el razonamiento práctico como el preguntarse sobre la cuestión de la mujer, puede hacer que muchos hechos sean relevantes o "esenciales" para la resolución del caso más que lo que pudieran hacer análisis jurídicos no feministas. Por ejemplo, el razonamiento práctico feminista considera hechos relevantes los relacionados con la cuestión de la mujer -hechos por los que se interesan las reflexiones de las normas particulares o resoluciones judiciales y que requieren una atención más pausada-. Las feministas no rechazan y no pueden rechazar sin embargo el proceso de abstracción. De este modo, se podría determinar en un caso de violación dentro del matrimonio que si es relevante que la esposa no quiera relaciones

sexuales ese día, mientras que es muy probable que no lo sea el que el acusado regale una caja de bombones a su madre el día de su cumpleaños. No importa lo detallado que sea el nivel de particularidad, el razonamiento práctico como otras formas de análisis jurídico requiere seleccionar y dar significado a ciertas particularidades. El razonamiento práctico feminista da por sentado o supone que no hay razones a priori que impidan a uno el ser persuadido de que un hecho que parece insignificante sea significativo, pero no exige que cada hecho sea relevante. Además, aunque haya generalizaciones que expongan detalles insignificantes y que requieren un examen o análisis, éstas no son a priori inaceptables.

De manera parecida, el método feminista de razonamiento práctico no es lo contrario de la racionalidad "masculina". El proceso de encontrar concomitancias, diferencias y conexiones en el razonamiento práctico es un proceso racional o lógico. El razonamiento práctico feminista da a la racionalidad o lógica nuevos significados. La lógica o racionalidad feminista reconoce la gran diversidad de las experiencias humanas y la validez de tener en cuenta afirmaciones contrarias o incongruentes. Revela abiertamente su parcialidad en la opiniones al declarar explícitamente qué elecciones morales y políticas subyacen bajo esa parcialidad, y reconoce sus propias implicaciones para la distribución y ejercicio del poder. La lógica feminista también se esfuerza en integrar elementos emotivos e intelectuales y abrirse a las posibilidades de nuevas situaciones más que limitarlos en categorías ordenadas de análisis. Dentro de estos significados revisados, sin embargo, el método feminista es y debe ser entendible. Según la autora, el método feminista trata de sacar más sentido de la experiencia humana, no menos, y debe ser juzgado por su capacidad de hacerlo.

La pregunta que se hace Bartlett es la siguiente:

¿Deben las feministas razonar contextualmente para evitar la aplicación de las leyes o normas a las que se oponen?, o ¿pueden las consecuencias argumentales del razonamiento práctico feminista ser justificadas como los métodos más apropiados para cambiar las normas o los resultados en los casos específicos?.

Por un lado, si se supone que los métodos pueden y deben ocultar los factores políticos y morales de la toma de decisión jurídica, el razonamiento práctico no es un modo apropiado de análisis jurídico. Al contrario, ya que al no tener limitaciones puede proporcionar el tipo de oportunidad para resolver los casos sobre bases de intereses morales o políticos que el método, operando independientemente del argumento, se supone debe eliminar.

Por otro lado, si se supone que nada ni nadie puede eliminar los factores morales y políticos de la toma de decisión jurídica, entonces se tiene la posibilidad de hacerlos más visibles. Si los factores morales y políticos están necesariamente vinculados a cualquier forma de razonamiento jurídico, entonces sacar a relucir estos factores en el ámbito público requeriría que los que juzgan estuvieran menos cohibidos por ellos y que justificaran y razonaran sus decisiones a la luz de los factores en juego en cada caso particular.

Ante estos dos supuestos las feministas se decantan por el segundo. Los análisis feministas de la toma de decisión jurídica han revelado que los métodos que se llaman neutrales en la decisión de cada caso tienden a enmascarar, no a eliminar, las consideraciones políticas y sociales de la toma de decisión jurídica. Las feministas han encontrado que las leyes y procedimientos neutrales tienden a representar de forma no explícita las ideologías de

los que toman las decisiones jurídicas, y que estas ideologías no favorecen los intereses de las mujeres. Desaventajadas por ocultos prejuicios, las feministas observan la validez de los modos de razonamiento que expresan y abren el debate sobre las consideraciones morales y políticas que subyacen en el razonamiento jurídico. Al forzar la expresión y comprensión de estas consideraciones, el razonamiento práctico fuerza la justificación de los resultados basados en los intereses que están en juego.

La relevancia del razonamiento práctico feminista consiste en una vigilancia sobre ciertas formas de injusticia que de otra manera pasarían desapercibidas. Las feministas vuelven a métodos contextualizados de razonamiento que permiten una mayor comprensión o entendimiento y desenmascaramiento de esa injusticia. Razonando desde un contexto se pueden cambiar las percepciones sobre el mundo, lo que permite más tarde ensanchar o expandir el contexto en el cual tales razonamientos parezcan apropiados, lo que sucesivamente puede conducir todavía a mayores cambios en las percepciones. La expansión de los límites existentes de las relaciones basadas en las percepciones cambiantes sobre el mundo es familiar al proceso de reforma legal. Muchas de las reformas judiciales que han beneficiado a las mujeres, se han producido debido a la expansión o apertura de las lentes de la aplicabilidad legal, es decir, debido a la ampliación de lo "jurídicamente relevante", para abarcar las perspectivas ausentes de las mujeres y acomodar las percepciones sobre la naturaleza y el rol de las mujeres. El razonamiento práctico jurídico favorece la expansión continuada de tales percepciones.

Recapitulando lo dicho hasta el momento, el resultado de las investigaciones de Bartlett indican que el razonamiento práctico feminista no constituye un modo específico de razonamiento, por lo que no es en modo alguno una forma opuesta a la del razonar masculino, del modelo masculino de razonamiento. Pero, sí detecta alguna diferencia al comparar los razonamientos hechos por feministas y por quienes no lo son. Esta diferencia consiste en asumir el modelo deductivo del razonamiento jurídico¹⁴³ críticamente, introduciendo en el proceso un mayor número de hechos (no encontrados en los razonamientos no feministas) que se consideran relevantes para obtener la resolución del caso. También señala la autora que no hay ningún indicio sostenible de que dicho razonamiento se oponga o sea diferente a la racionalidad "masculina"¹⁴⁴ y considera que la forma de obtener analogías, antinomias y

¹⁴³Para una visión crítica del modelo deductivo de razonamiento legal ver P. A. Ibañez, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?. Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", en *Doxa*, 15-16, 1994, pp.861-882. E. Diciotti, " Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces", en *Doxa*, 20, 1997, pp.91-129. E. P.Haba, "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (I)", en *Doxa*, 7,1990, pp.169-247 y "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (II)", en *Doxa*, 8,1990, pp. 241-272. J.A. García Amado, "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp.13-42, y "Tópica, derecho y método jurídico", en *Doxa*, 4, 1987, pp.161-188. P. Chiassoni, "Notas para un análisis silogístico del discurso judicial", en *Doxa*, 20,1997,pp. 53-90.

¹⁴⁴ Conclusión diferente a la que llega Gilligan. "*La distinta voz que yo describo no se caracteriza por el sexo sino por el tema. Su asociación con las mujeres es una observación empírica, y seguiré.....; y los contrastes entre voces masculinas y femeninas se presentan aquí para poner de relieve una distinción entre dos modos de pensamiento y para enfocar un problema de interpretación, más que para representar una generalización acerca de uno u otro sexo*" Gilligan: Op.Cit., p.14.

conexiones en el razonamiento práctico es un proceso racional¹⁴⁵. Lo que añade la racionalidad "feminista" es una mayor diversidad de experiencias humanas y el valor añadido que tiene el tomar en consideración exigencias inconsistentes o en conflicto.

1.3. Sobre la concienciación

Tomar conciencia de la situación social de subordinación en la que se encuentran las mujeres se consideraría como un procedimiento capaz de articular las experiencias propias de cada una, con las de las demás. A partir de dicho procedimiento, se podría elaborar políticamente una conciencia colectiva como mujeres. Bartlett afirma¹⁴⁶ que la conciencia actuaría como una especie de meta-metodología de las experiencias de las mujeres y serviría como marco general para situarlas. No cabe ninguna duda de que éste es uno de los temas que más controversias y divergencias ha provocado y provoca entre las feministas. Pero antes de proseguir haremos una pequeña reflexión sobre este tema que, a nuestro entender, permitirá aclarar esta cuestión.

Esta "*conciencia colectiva de mujer*" puede significar varias cosas diferentes, pero una de ellas puede ser la que aquí defendemos, que no es otra que considerar la elaboración de una conciencia colectiva como la construcción del sujeto político del feminismo. Nos explicamos. Las mujeres como tales no han alcanzado hoy por hoy el status de sujeto, ya que existe una heterodesignación femenina normativa. Es decir, en nuestra sociedad hoy por hoy ser mujer significa un algo (sea lo que sea este algo), independientemente de lo que seamos las mujeres de carne y hueso. Mientras exista esta heterodesignación normativa creemos que es imprescindible seguir pensando en contestar a dicha heterodesignación con una idea regulativa- normativa de Mujer¹⁴⁷.

Realizada esta pequeña aclaración la pregunta que nos debemos hacer es la siguiente: ¿en qué metodología se concreta esta elaboración de una conciencia colectiva de Mujer?. Aceptemos que las normas jurídicas que tienen como destinatarias a las mujeres proyectan (a la vez que colaboran en la construcción de) una determinada imagen de la Mujer. Este hecho en si mismo no es relevante (ya que todos y cada uno de nosotros tenemos una visión determinada del mundo que nos rodea). Ahora bien este hecho deja de ser poco relevante cuando detectamos que la imagen concreta de las mujeres que proyecta el derecho coincide exactamente con la imagen que los hombres tienen de las mujeres. La elaboración de una conciencia colectiva de Mujer va a permitir contrarrestar los efectos perjudiciales para las mujeres de esta imagen que los hombres tienen de ellas y que el derecho refleja a veces de forma tan fiel. Un ejemplo de cómo actúa esta meta-metodología lo encontramos en el

¹⁴⁶Haciendo una clara referencia a los conceptos propuestos por Mackinnon en su desarrollo del método en *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

¹⁴⁷Asumo la propuesta de Amorós (1997) que sitúa esa idea regulativa en un discurso ético-político que suponga la radicalización de los ideales modernos de la Ilustración como proyecto normativo de cara a lograr un nominalismo temperado. "*Nuestra identidad se construye así en la reconstrucción crítica de los contrastables conatos emancipatorios que hemos producido históricamente y de los pensamientos en que se han plasmado, en la misma medida en que nuestra reconstrucción se guía selectivamente por la problemática construcción actual de nuestra identidad como un genérico en vías de constitución como nuevo genérico de individuos*" Amorós: Op.Cit.,1997, p.117.

trabajo realizado en Alemania en lo referente a como se atribuye el *dolo* de matar¹⁴⁸. En este trabajo se detecta cómo todos los razonamientos utilizados por los tribunales conducen a afirmar que en el caso de las mujeres (de mujeres que eliminan al marido tras años de sufrir violencia doméstica) siempre existe dolo. Elena Larrauri también constata además que en el caso de la justicia española *"en todas las Sentencias del Tribunal Supremo que he podido estudiar, es frecuente que la mujer que mata a su marido sea calificada de alevosa"*¹⁴⁹. Necesaria, aunque no suficiente, la elaboración de una *"conciencia colectiva de mujer"* permite apuntar hacia una metodología que nos posibilite desenmascarar realidades perjudiciales para las mujeres. Por ejemplo, que se considere como un indicio de existencia de *dolo* de matar algo tan aséptico y poco genérico como puede ser la peligrosidad del arma utilizada para matar, . como apunta Larrauri *"mientras el hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no. Porque, ya sea para lesionar o para matar, lo habitual será que la mujer utilice un arma peligrosa"*¹⁵⁰.

Así , *"la pregunta sobre la mujer"*, el *"razonamiento práctico feminista"* y la *"concienciación"* constituyen para Bartlett el núcleo de lo que se podría denominar una metodología feminista del derecho, aquello que permitiría responder a la pregunta de qué es adecuado en derecho. Pero la autora propone además lo que denomina *"Positionality"* y que se definiría como *"el lugar desde el que un número aparentemente inconsistente de "verdades" feministas adquieren sentido"*.¹⁵¹

1.4 La "positionality"

La *"positionality"* se refiere a la posición de exclusión de las mujeres, posición que, además de hacia la exclusión social, también apunta hacia la posición en los márgenes de la racionalidad¹⁵² en la que la mayoría de los hombres las han situado. Esta posición de exclusión les ha permitido *"conocer"* ciertas cosas sobre la exclusión: su sutileza, su enmascaramiento mediante reglas *"objetivas"*, su resistencia, su dolor y la necesidad de cambiarlo. Este conocimiento ha propiciado una comprensión que permite exigir que las respuestas dejen de ser arbitrarias. Esta postura o posición niega la objetividad de la verdad considerándola parcial y situacional. Según este conocimiento, la verdad estaría situada en aquello que emerge de las relaciones y compromisos particulares. Estas relaciones particulares son las que se perciben desde las perspectivas del individuo y configuran el lugar en el que es posible el sentido, la identidad y el compromiso político. La verdad es parcial porque las perspectivas individuales que la juzgan lo son.

¹⁴⁹ E. Larrauri: *Op.Cit.* p.55

¹⁵⁰ E.Larrauri: *Op.Cit.* p.54.

¹⁵¹ K.Bartlett, "Feminist Legal Methods", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.p.389 ss. Siguiendo las propuestas de Sandra Harding, *Ciencia y Feminismo*, Ediciones Morata, Madrid, 1996.

¹⁵² La historia del pensamiento filosófico, entendida como la historia de la razón patriarcal, ha considerado a las mujeres seres irracionales , sin logos, sin alma, o sin posición ética... Desde Aristóteles, la mayoría de los pensadores occidentales, salvo rarísimas excepciones, han defendido esta posición.

La manera de aumentar el conocimiento es aumentar las perspectivas propias, intentando identificar y comprender las perspectivas de las personas ajenas. Para lograr este aumento de conocimiento se hace necesario no establecer los propios puntos de vista como verdaderos y el ejercicio constante de la autocritica. El considerar otros puntos de vista no supone que debamos asumir las verdades de las que parten o las verdades a las que llegan como verdades propias puesto que considerarlas no es compartirlas. Se podría pensar que se trata de una estrategia pactista que intenta conciliar todas las posturas, o intereses en conflicto, pero no es así. Por ejemplo, las feministas al considerar los juicios sexistas nunca han afirmado que dichos juicios tengan el mismo valor que los que no los son (el feminismo, en último extremo, debe ser visto como una ética). Las verdades se aceptan como contingentes, pero se separa el momento del juicio a partir de la verdad contingente, del momento en que se enjuicia la contingencia de esta verdad, y en su caso se modifica. Algunas verdades se fijan como permanentes (por ejemplo el compromiso de acabar con la opresión sexista), pero se trata de reducir el listado de las verdades y de no aceptar su contenido acríticamente, además de no defenderlas de forma dogmática. Los desacuerdos reales en el seno de la sociedad y por supuesto, entre las propias feministas, reflejan conflictos de valores básicos y éstos sólo pueden resolverse (si es que se puede), excluyendo todo tipo de referencias a principios de verdad externos o naturales.

Como hemos visto, para Bartlett cuatro son los ejes estratégicos indispensables para la construcción de una teoría feminista del derecho que disponga de su propio método: incorporar la "*pregunta sobre la mujer*"; el "*razonamiento práctico feminista*"; la "*concienciación*" y la "*positionality*". Veamos a continuación cuál es la propuesta de Mackinnon.

2 C.A. MACKINNON: LA SUPREMACÍA DE LA EXPERIENCIA DE LAS MUJERES

En este apartado vamos a examinar la propuesta metodológica de Mackinnon por constituir, sino la mayor, una de las mayores contribuciones feministas en el ámbito del método jurídico. Las innovaciones metodológicas de Mackinnon no se encuadran dentro del derecho continental, pero dado que se fundan en argumentos de racionalidad, bien podrían trasladarse a los argumentos que pudiera en un momento determinado utilizar el Tribunal Constitucional¹⁵³. Baste en este momento esbozar las aportaciones de esta autora, profesora universitaria, activista feminista y abogada en ejercicio, en dos de sus obras más paradigmáticas¹⁵⁴ que, según C. A. Littleton¹⁵⁵, suponen un servicio a la comunidad feminista y a toda la comunidad jurídica.

El esfuerzo realizado por Mackinnon elaborando una "teoría feminista del derecho" ha sido contestado desde ciertos sectores del feminismo con dos objeciones de fondo. Una de ellas se refiere a que la creación de dicha teoría responde a una demanda equivocada puesto que, para algunas feministas, la propia actividad teórica es androcéntrica en sí misma ya que

¹⁵⁴ C.Mackinnon: Op.Cit.,1995 y *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

¹⁵⁵C.A.Littleton, "Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes", en *Stanford Law Review*, Vol.41,1989, pp.751ss.

supone entrar en un juego cuyas reglas están ya determinadas por los intereses masculinos y por la tradición positivista. Y la que defiende Smart (1994) cuando se refiere a que la propia pretensión de construir una teoría feminista del derecho lleve implícita la idea de que el derecho ocupa un lugar privilegiado en la jerarquía del conocimiento, lo que la autora denomina "*fetichización del derecho*".

Pero Mackinnon, más que una teoría de la situación de las mujeres, elabora un método de descubrimiento o búsqueda de dicha situación. Y dentro del contexto de la pertinencia o no de una "*teoría feminista del derecho*" esto puede ser considerado a largo plazo como algo más importante, ya que la autora cree justificadamente que la esencia de la jurisprudencia feminista sólo puede desarrollarse a través del método feminista¹⁵⁶. Mackinnon define este método de una forma bastante sencilla: "*creer en los informes o vivencias de las mujeres sobre el uso y abuso sexual por parte de los hombres*".¹⁵⁷ A pesar de que más de la mitad de su *Feminismo sin adular* lo dedica a presentar y argumentar la necesidad de una legislación específica sobre la pornografía, en *Hacia una teoría feminista del Estado* uno de los apartados más importantes es el que se refiere al método, con lo que se puede afirmar que su contribución a la jurisprudencia feminista es más metodológica que programática. Varias son las juristas¹⁵⁸ que opinan que aunque sus obras están llenas de estrategias sociales y legales centradas en el cambio de las estructuras concretas que fomentan la subordinación de las mujeres en esferas particulares de la vida, los vacíos y silencios de las mismas conducen inevitablemente a los temas y cuestiones del método.

La propuesta de la autora pasa por una crítica contundente del feminismo liberal¹⁵⁹ ya que explica por qué "*la teoría de la dominación masculina*"¹⁶⁰ ha tenido tan buena acogida en los casos que se refieren al acoso sexual; reconocida con muchas objeciones en los casos de violación, y rechazada rotundamente en las cuestiones relativas a la pornografía¹⁶¹. Pero antes de entrar en los distintos grados de acogida que ha encontrado en cada uno de estos casos, es importante reparar en que la teoría feminista aspira a expresar la experiencia femenina situada desde la perspectiva de las propias mujeres. Para hacer esto, las teóricas feministas han utilizado cada instrumento intelectual acreditado por los hombres - razonamiento deductivo, razonamiento inductivo, analogía y diferencia¹⁶², introspección, reconstrucción¹⁶³ y además,

¹⁵⁷ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1987, p.5 y *Op.Cit.*, 1995, p.225.

¹⁵⁸ E.R.Mahoney, *Human Sexuality*, McGraw-Hill, Nueva York, 1983, L.L.Holmstrom y A.W. Burgues, *The Victim of Rape: Institutional Reactions*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1983, E.Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday Anchor Books, Garden City, NY, 1987, D.C.Gibbons, "Forcible Rape and Sexual Violence" en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol.21,nº3, 1984, pp.251-269.

¹⁵⁹La primera parte del tercer capítulo de su obra *Hacia una teoría feminista del Estado* está dedicado a hacer la crítica del liberalismo en general y del liberalismo feminista en particular. pp. 277-391.

¹⁶⁰ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, pp. 391-424.

¹⁶¹ Sobre violación ver Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, pp.305-329 y sobre pornografía ver *Op.Cit.*, 1995, pp. 349-391.

¹⁶² Mackinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991, p.181.¹⁶³ Mackinnon: *Op.cit.*, 1995, pp.190 y ss.

según la autora, "uno inventado por la mujeres" : el método feminista. Una de las características más reseñables de la obra de Mackinnon es que sólo considera este último como instrumento adecuado para la teoría feminista. Afirma que si un concepto como el de la "diferencia sexual" es un instrumento conceptual que enmascara la desigualdad sexual, de ninguna forma podremos deshacer la "casa del padre" haciendo uso de él. Caben varias interpretaciones de esta posición. Por una parte se podría decir que rechaza de forma absoluta la utilización de cualquier otro instrumento intelectual. Pero según Littleton (1989) parece más razonable pensar que lo que quiere decir es que ningún otro análisis posible, independientemente de que sea realizados por feministas, es capaz de obviar las condiciones de su origen falocéntrico, aunque el instrumento sea previamente tamizado por el método feminista.

Para seguir profundizando en estas cuestiones vamos a centrarnos en primer lugar en la fuente en la que se apoya para resolver los problemas que se plantean entre el derecho y las mujeres y en segundo lugar nos referiremos a cómo aplica su método en uno de los casos antes citados, el de acoso sexual.

2.1 La primacía de las experiencias de las mujeres.

El método feminista comienza con el acto muy radical de tomar a las mujeres en serio, creyendo que lo que dicen sobre sus experiencias es válido e importante, incluso cuando (o quizás especialmente cuando) lo que digan no tenga ninguna relación con lo que se ha dicho o se dice sobre ellas. La razón, dice Mackinnon, de que el feminismo haya sido capaz de mostrar la realidad previamente ocultada por la visión de la sociedad es "*su secreto metodológico*", es decir, que el feminismo está construido sobre el acto de "*creer en los informes que proporcionan las mujeres sobre el uso y el abuso sexual perpetrado por los hombres*"¹⁶⁴. Mackinnon presenta este "*secreto metodológico*" como una especie de proceso constituido por un único paso, pero que puede fácilmente ser dividido en dos. El primero que el feminismo está construido sobre la base de creer en los informes o vivencias femeninas. El segundo afirma que estos informes tratan sobre la utilización y abuso sexual que padecen las mujeres por parte de los hombres. Como se puede apreciar ambos pasos pueden ser, y de hecho son, problemáticos para la teoría feminista. En relación con el primero, el de la "*experiencia de las mujeres*" (las vivencias), que tiene su origen en los grupos de conciencia de los años 70, se le puede objetar que los miembros de dichos grupos que se esforzaban en describir y articular esa realidad no sólo compartían el ser mujeres, sino que además solían compartir otro buen número de características tales como la raza, la clase, la orientación sexual. Dado que esto se obvió, la diversidad de la experiencia femenina fue ocultada. Sin embargo, no se puede negar que, a pesar de ello, por primera vez las mujeres no se encontraban "solas". Teniendo en cuenta este hecho, y a pesar de que en la actualidad sean muchas las feministas que no han participado en grupos de conciencia, Mackinnon en *Hacia la jurisprudencia feminista*¹⁶⁵, afirma que el feminismo radical debe ser "*metodológicamente post-marxista*". Más que una dialéctica que puede ser vista como objetiva y descrita por sujetos que estén "fuera" de la particular relación de opresión, la dialéctica de la cual la teoría

¹⁶⁴ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1987, p.5.

¹⁶⁵ En el último epígrafe del tercer apartado de su obra: *Op.Cit.* pp.427-447.

feminista surge es "interior"¹⁶⁶. Esta postura epistemológica cambia totalmente la postura académica tradicional de privilegiar al observador "objetivo". El feminismo es visto como una teoría de mujeres, no como una teoría sobre las mujeres.

Para ilustrar a través de un caso concreto las ideas expuestas, a continuación vamos a examinar cómo Mackinnon aplicaba (desde mediados de los años 70) a la ley el método feminista, es decir cómo aplicaba la "primacía de la experiencia de las mujeres" a la ley en el caso de "acoso sexual".

Los pasos seguidos por la autora son los siguientes. Primero Mackinnon describía el contexto y la experiencia del acoso sexual y, acto seguido, pasaba a criticar las categorías legales existentes para expresarlo. Aplicando la perspectiva de la experiencia femenina, el ser acosadas sexualmente debía dejar de entenderse como una equivocación reparable¹⁶⁷. La autora rechazaba las doctrinas legales existentes basadas en el agravio y el contrato, no porque fueran técnicamente inútiles, sino porque en general no se adecuaban conceptualmente a la realidad social referida al trato sexual que los hombres ejercían sobre las mujeres. Es cierto, y Mackinnon no lo niega, que la aplicación de doctrinas preexistentes, (como la del incumplimiento de contrato o la del maltrato de palabra u obra), permitían iniciar procesos legales que tuvieran desde el punto de vista jurídico alguna trascendencia para las víctimas del acoso sexual. Pero Mackinnon concluirá que por esa vía se hacía imposible reconciliar o acomodar *la configuración completa de los hechos*, ya que muchos de ellos maquillaban la práctica del acoso sexual distorsionando la experiencia femenina sobre el acoso. Es decir, en ocasiones la doctrina de "incumplimiento de contrato" (la parte contratante acosaba y se basaba en que la parte contratada provocaba, o insinuaba que lo estaba deseando,...) permitía que el acoso sexual quedara diluido ya que los hechos se interpretaban a través de lo que los varones suponían que pensaban y deseaban las mujeres. Pero éste no es el único problema que detecta Mackinnon. La autora afirmará que al introducir el acoso sexual en las categorías de las doctrinas existentes, (como en la anteriormente mencionada de "incumplimiento de contrato"), era posible que esto tuviera un efecto secundario como el de promover que las mujeres actuaran en base a conductas y expectativas masculinas standar. Desde esta realidad, y convencida de la pertinencia de sus críticas, Mackinnon hará una propuesta totalmente inesperada al recomendar que el acoso sexual se acepte como una forma de *discriminación sexual*¹⁶⁸. Mackinnon constata, basándose en toda la información que posee sobre las experiencias de acoso sexual vividas por las mujeres, que éstas consideran el acoso sexual como *degradante y envilecedor*¹⁶⁹. La originalidad de la autora consiste en construir estas

¹⁶⁶ *Op.Cit.* pp.190 ss.

¹⁶⁷ Término legal en el que el acoso era entendido.

¹⁶⁸ En la época en que Mackinnon comienza a trabajar con este tema, los años 70, la discriminación sexual era relativamente una nueva doctrina que por lo menos pretendía interesarse por la igualdad de las mujeres. Ver M. Barrère, *Discriminación, Derecho anti discriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Cívitas&IVAP, Madrid, 1997.

¹⁶⁹ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, p.221 y ss.

vivencias de las mujeres en clave jurídica como los "*perjuicios de la desigualdad*" (consecuencias perjudiciales de la desigualdad), así que las percepciones femeninas de la experiencia de las mujeres sobre el acoso sexual son las que determinan la elección de la doctrina de la *discriminación sexual*.

En su apuesta por la primacía de la experiencia femenina, no sólo indicará la conveniencia de que el acoso sexual sea tratado desde la doctrina de la *discriminación sexual*, sino que dará un paso más al referirse a las consecuencias de elegir entre las distintas concepciones de esa doctrina. Para justificar la categorización de la experiencia femenina del acoso sexual como *discriminación sexual* legalmente procesable desarrollará dos líneas distintas de razonamiento. En base a ellas conseguirá demostrar la diferencia que existe entre introducir a las mujeres en conceptos legales preexistentes, y basar los conceptos legales en la experiencia femenina. Veamos qué repercusiones tiene optar por cada una u otra opción.

La opción que consiste en introducir a las mujeres en los conceptos legales preexistentes la denomina enfoque de las "diferencias". En él se parte de lo ya firmemente establecido en el discurso legal sobre la igualdad, y el razonamiento consiste en afirmar:

1º) que el acoso sexual, en la mayoría de los casos, es una práctica que se produce en el ámbito laboral; 2º) que dicha práctica no se hubiera producido si el sexo de la víctima hubiera sido diferente; 3º) que al no tomarse medidas sobre aquello que produce el acoso sexual, en general, se produce una situación de desigualdad entre hombres y mujeres; 4º) que si se tomaran medidas eso podría constituir la defensa¹⁷⁰.

Es decir que incluso en los propios términos del sistema legal, el acoso sexual podría ser considerado fácilmente como una cuestión de "discriminación sexual". ¿Pero qué es lo que hace que Mackinnon considere este enfoque insuficiente y opte por otro?, ¿Cuáles son las limitaciones del enfoque de las "diferencias"? Para ella "*Este enfoque de la discriminación sexual concibe implícitamente la situación social de los sexos como una expresión de un modelo de diferencias sexuales... Desde este punto de vista, prohibir la discriminación sexual no es prohibir todas las diferenciaciones entre los sexos sino sólo aquellas que han sido consideradas no bien fundadas o falladas, esto es, distinciones incorrectas o tópicas entre los sexos. La prueba para la discriminación es si una norma o práctica está irracionalmente motivada en una diferencia sexual*"¹⁷¹

Así, Mackinnon traslada la crítica a la cuestión de la racionalidad. Según ella la racionalidad masculina no resuelve una cuestión tan seria como es la de la viabilidad de una prueba de discriminación que depende, en último extremo, de un tribunal fundado en la diferenciación irracional.¹⁷² Desde este enfoque no hay salida posible. Para Mackinnon, el enfoque de las diferencias sobre el acoso sexual es meramente una posición defensiva.

¹⁷¹ Mackinnon, *Sexual Harassment*, supra nota 2 p.47.

¹⁷² *Op. Cit.*, pp. 427 y ss. *Jurisprudencia feminista*. Es decir un tribunal que refleja la desigualdad.¹⁷³ Este concepto aparece en *Feminismo sin adulterar* y también en *Hacia una teoría feminista del Estado*, ambas obras citadas ya reiteradamente.

En el segundo enfoque, la autora parte de la experiencia femenina de acoso sexual, y utiliza aquellas aportaciones de la doctrina de la discriminación sexual que resaltan la importante dimensión de la desigualdad social dejando más de lado las cuestiones de las "diferencias". El reparar más en la desigualdad que en la diferencia le permitirá enfocar la cuestión del acoso sexual como una cuestión de "subordinación"¹⁷³: "*Las prácticas que expresan y refuerzan la desigualdad social de las mujeres con respecto a los hombres son claramente casos de discriminación basada en el sexo en el enfoque de la desigualdad. El acoso sexual de las mujeres trabajadoras es utilizado para efectuar la discriminación en el trabajo basada en el sexo, donde el sexo es definido como el significado o resultado social de la biología sexual. Las mujeres son acosadas sexualmente por los hombres porque son mujeres, esto es, a causa del significado social de la sexualidad femenina, aquí, en el contexto del empleo o trabajo*"¹⁷⁴.

La importancia del enfoque de la desigualdad comparado con el de las diferencias no sólo se ciñe a la cuestión del acoso sexual. La desigualdad va más allá de la discrepancia o la diversidad. La desigualdad se traduce en subordinación y "*desde este punto de vista, los roles de hombres y mujeres no son sólo diferentes; los roles de los hombres son socialmente dominantes, los roles de las mujeres están subordinados a ellos. Las mujeres como grupo son consideradas para ser relegadas a trabajos que no solamente son distintos a los de los hombres sino que también están trivializados, desvalorizados, y poco remunerados*"¹⁷⁵

Mackinnon apuesta por el enfoque de la desigualdad, el único que a su parecer aparece planteado en el método feminista, a pesar de que la doctrina del acoso sexual, desde sus orígenes, haya participado de ambos enfoques. Según la autora, que existan dos enfoques provoca polémica en torno a las experiencias de acoso sexual de las mujeres. Por un lado, sus definiciones básicas reflejan correctamente las experiencias femeninas del acoso sexual como una atención sexual *no deseada*. Pero, por otro, habrían permitido que los mitos masculinos sobre las mujeres fueran reintroducidos en el derecho mediante la aplicación judicial de las definiciones.

En 1978¹⁷⁶, y recogiendo los planteamientos de Mackinnon, el Tribunal Superior de Apelaciones del Distrito de Columbia se convirtió en el primer tribunal de apelaciones en admitir que el acoso sexual era *discriminación sexual*, y por lo tanto prohibido por la ley federal de igualdad de oportunidades en el empleo. El caso en el que esto se plasma es el caso "*Barnes contra Costle*" y, como suele suceder en las sentencias en las que por primera vez se introduce algo novedoso, nos encontramos con que no se hace con toda la claridad deseada. De hecho en esta sentencia se recogerán tanto argumentos del enfoque de la desigualdad como del de las "diferencias".

Consideremos el siguiente párrafo del caso: "*El demandado había expresado que <<al apelante o demandante se le había supuestamente denegado el incremento de sueldo en*

¹⁷⁵ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, p.435.

¹⁷⁶ Aunque no estaba publicado existía ya en 1975 un borrador del argumento de Mackinnon que circulaba libremente. C.A.Littleton *Op.Cit.*, p.768.

el empleo no porque fuera una mujer, sino porque decidió no cumplimentar las consideraciones sexuales que decía le habían sido demandadas>>. No podemos aceptar este análisis de la situación expuesto por la demandante. Pero su femineidad, por muy evidente que aparezca, no le obliga a su participación en una actividad sexual que nunca debería haber sido solicitada. Decir, por tanto, que fue victimizada en su empleo simplemente porque declinó la invitación, es ignorar el hecho probado de que fue invitada solo porque era una mujer subordinada, al que invitaba, en la jerarquía de la agencia de personal"¹⁷⁷.

Podemos observar que en esta parte del texto el Tribunal reproduce el argumento de "desigualdad" de Mackinnon mediante la combinación del reconocimiento del "*status sexual*" con el de la "*jerarquía*". Pero tengamos en cuenta la siguiente parte de la sentencia. "*No hay ni que decir que una condición similar puede ser impuesta a un subordinado masculino por un superior heterosexual femenino, o a subordinados de ambos sexos por un superior homosexual del mismo sexo. En cada caso, el problema legal sería idéntico al que nos confrontamos ahora -la exigencia injusta de una condición que, por el sexo de él o de ella, el empleado no podría encarar o hacer frente. Situaciones, como esa en el bar, deben ser diferenciadas de las de un superior bisexual que condiciona las oportunidades de empleo de un subordinado de cualquiera de los dos sexos que participe en un affair sexual. En el caso del superior bisexual, la insistencia sobre los favores sexuales no constituyen discriminación sexual porque son aplicadas tanto a empleados masculinos como a femeninos.*"¹⁷⁸ Comprobamos al analizar esta parte de la sentencia, que el argumento que en ella se utiliza es el de las "diferencias".¹⁷⁹

A modo de resumen podemos decir que Mackinnon propugna para el método jurídico de la teoría feminista que éste tome a la Mujer (definida en términos de subordinación social) como su categoría central, y a la "*experiencia de las mujeres*" como su fuente de datos. Con lo dicho hasta el momento sobre el desarrollo de la doctrina sobre el acoso sexual esta petición de Mackinnon es ciertamente pertinente. No es ninguna trivialidad el empeño de hacer visibles todos los supuestos hipotéticamente neutrales, tanto en la práctica como en la teoría, supuestos que ciertamente no son neutrales. Aunque fuera de los círculos feministas la primacía de la "experiencia femenina" es duramente cuestionada¹⁸⁰. Veamos a continuación el controvertido segundo paso de su metodología, -la unidad de la experiencia femenina-.

¹⁷⁸ C. Littleton: *Op.Cit.*, p. 770.

¹⁷⁹ La EEOO ("Equal Employment Opportunity Commission"/"Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo) promulgó en 1980 las pautas o directrices para considerar la prohibición de "acoso sexual" como una forma de *discriminación sexual*. Pero en ningún caso señaló cuál de los dos enfoques adoptaba o debería ser adoptado.

¹⁸⁰ J.A.García Amado, "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho, en *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, pp.13-42. En este artículo el autor plantea la siguiente cuestión: "*desterrada por ficticia toda pretensión de neutralidad, queda patente que también el método jurídico feminista sirve a un determinado resultado, cual es, en este caso, eliminar toda situación de sometimiento y discriminación de la mujer. Pero el problema naturalmente surgirá en aquellos casos en que el logro de este objetivo exija la vulneración de una norma jurídica válida. ¿Exige el método feminista en tal supuesto la decisión <<contra legem>> ¿O simplemente ocurre que la decisión de los casos a tenor de este método requiere prescindir de las normas jurídicas, cuestionadas en su misma pretensión de generalidad y abstracción, como hemos visto?*" García Amado: *Op.Cit.*, 1992, p.32.¹⁸¹ Por ejemplo el trabajo de K. Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry*, vol16, n2,1991 pp.373-404.

2.2 La unidad de la experiencia femenina.

El párrafo en el que Mackinnon describe "*el secreto de la metodología*" feminista incluye: a) el proceso del conocimiento -recogida de datos- "*crear en las vivencias o informes de las mujeres*"; y b) -el resultado de tal proceso- "*el uso y abuso sexual por parte de los hombres*". Algunos críticos han aceptado el proceso de conocimiento, pero cuestionan profundamente el resultado del mismo¹⁸¹.

Para Mackinnon, la cosificación social de las mujeres se puede explicar mediante las categorías de "uso" y "abuso"¹⁸². Para explicar estas categorías, toma a modo de referencia el trabajo que desarrolla la revista *Playboy*¹⁸³, y se pregunta qué es lo que hace exactamente esta revista. La autora responde de la siguiente manera. En primer lugar *Playboy* coge a una mujer (cualquier mujer) y convierte su sexualidad en algo que cualquier hombre que así lo desee puede comprar por una pequeña cantidad de dinero. Este acceso de los hombres a la sexualidad de las mujeres es entendido socialmente como un ejercicio de la libertad, tanto de él como de ella. El propio acceso hace que ella se convierta en algo "usado" por él, se convierta en un objeto o cosa para su utilización sexual. Así describe la autora lo que sucede, cómo sucede y entre quién y qué sucede, en la actividad desarrollada por *Playboy*. Para explicar qué es lo que piensa de esa actividad utiliza un símil. Dice, una copa es parte de un mundo de objetos, valorada según su aspecto y su uso. Si alguien rompe ese objeto, esa copa, puede producir distintas reacciones. Una puede ser la sensación de "abuso" (si se tira, o no se toman las debidas precauciones para que no se rompa...); y otra puede ser una sensación de tristeza durante unos instantes hasta que es remplazada. Sea lo que sea lo que provoque el hecho, su uso no infringe nada porque es para ser utilizada para lo que está hecha. De forma similar *Playboy*, como norma o pauta, está diciendo que utilizar (usar) a una mujer sexualmente no viola su naturaleza porque es para lo que está hecha, es decir, usar a una mujer sexualmente no es un abuso porque su uso expresa su naturaleza, aquello para lo que está hecha. Así Mackinnon concluye que criticar a *Playboy*, como la expresión de un standar de comportamiento, por cómo una mujer puede ser tratada, es decir algo muy sencillo "que una mujer no es una copa, ni su sexualidad, tampoco"¹⁸⁴.

Ciertamente, esta visión de las mujeres -como objetos cuya utilización no constituye necesariamente un abuso -no es patrimonio exclusivo del reducido número de hombres que producen pornografía. Mackinnon afirma que esta construcción de la mujer como objeto sexual, por parte de los hombres, es lo que les permite reconocerse a sí mismos no sólo como varones (sexuados), sino propiamente como sujetos. Para desacreditar posibles lecturas esencialistas, Mackinnon afirma que esto no constituye una visión limitada al hombre. Piensa que la capacidad del poder masculino de imponer su propio punto de vista como si fuera la

¹⁸² Ver Mackinnon: Op.Cit., 1995. pp.221 y ss.

¹⁸³ Ver Mackinnon: Op.Cit., 1995, pp.349 y ss.

¹⁸⁴ Mackinnon: Op.Cit., pp. 349 y ss.

única realidad verdaderamente existente provoca que las mujeres vivan su propia cosificación como una realidad material.

Esta explicación de la autora sobre lo que *Playboy* hace puede ser interpretada como un rechazo de dos perspectivas muy diferentes sobre la situación femenina. Lo más obvio es que Mackinnon rechaza el punto de vista masculino dominante sobre las mujeres, el que considera que la utilización no es abuso. Pero, además, rechaza una segunda perspectiva: la de aquellas feministas¹⁸⁵ que no interpretan los informes o vivencias femeninas como una utilización y abuso sexual por parte de los hombres.

El feminismo *adulterado*¹⁸⁶ donde las categorías de "uso" y "abuso" son distintas supone que podemos encontrar una línea divisoria entre un acceso sexual a las mujeres aceptable (desde la perspectiva jurídica, no penalizado por la ley) y otro inaceptable (el penalizado por la ley). Por el contrario si partimos de que las mujeres en la actualidad funcionamos en un mundo estructurado por los hombres donde somos los objetos de esos sujetos, entonces no hay forma de distinguir entre acceso sexual masculino a las mujeres y abuso. Esta es la posición mantenida por Mackinnon: que esa construcción masculina que es la Mujer no puede ser tratada desde un punto de vista sexual nada más que como objeto, excepto en las raras y valiosas ocasiones en las que la subjetividad de las mujeres es reconocida por el compañero.

El rechazo de Mackinnon tanto a las perspectivas masculinas como a las de las feministas *"adulteradas"* explica la distinta aceptación en el ámbito legal y en el feminista del trabajo llevado a cabo por ésta en tres áreas relacionadas como son el acoso sexual, la violación, y la pornografía. Para Mackinnon no existe prácticamente diferencia entre estos tres fenómenos ya que desde su perspectiva todos son ejemplo de la utilización o uso sexual de las mujeres, lo que es en sí un abuso sexual. En otras palabras, es un abuso utilizar a las mujeres, y utilizarlas mal es simplemente el peor abuso.

IV: CONCLUSIONES

En la introducción se ha hecho referencia a la "impermeabilidad" del Derecho ante las propuestas teóricas feministas (sobre todo en lo que se refiere a las cuestiones epistemológicas suscitadas por éstas), así como a la poca atención prestada a las aportaciones teóricas que en el ámbito jurídico (sobre todo anglosajón pero no sólo) y desde los años 70 hasta la actualidad se han producido desde lo que podríamos denominar "teoría jurídica feminista", o "teoría feminista del derecho". Teniendo en cuenta esta situación, el objetivo principal de esta exposición consiste en mostrar las aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del derecho y de la experiencia jurídica. Objetivo que se desdobra en dos: a) el primero, exponer (aunque no sólo, ya que se realizan algunas críticas) las distintas aportaciones teóricas desde los diferentes enfoques adscritos a la "teoría feminista del derecho" sobre las formas en las que el derecho ha tratado históricamente a las mujeres, y; b) el segundo, exponer la aproximación crítica al método jurídico que desde una perspectiva de género han realizado autoras como Bartlett y Mackinnon al desenmascarar la neutralidad,

¹⁸⁶ En contraposición a lo que Mackinnon (1995) denomina "feminismo sin adulterar" (el que consiste en creer en los informes de las mujeres sobre sus vidas con la comprensión de que estos informes revelan el uso y abuso sexual por parte de los hombres), el feminismo adulterado sería todo aquél que no es partícipe de esta idea.

racionalidad y objetividad con la que es presentado el método jurídico, a la vez que señalan algunos de los compromisos ideológicos que éste adquiere.

En todos los enfoques se constata la necesidad epistemológica de reelaborar conceptos a la hora de dar cuenta de cómo el discurso jurídico ha construido a la Mujer. Las aportaciones iusfeministas señalan que los términos al uso enmascaran el hecho de que el derecho es sexista, es masculino o tiene género¹⁸⁷. Caracterizaciones que muestran en líneas generales que:

a) El concepto de ser humano se presenta como proyección del modelo masculino.

b) El contenido de los conocimientos que sobre las mujeres nos ofrece el discurso jurídico, son contenidos que instituyen a la mujer como desviación de la persona (el varón) e inferior naturalmente.

c) Los métodos utilizados para obtener esos conocimientos se han reducido, fundamentalmente al ideal positivista de la objetividad científica y a la negación de la presencia de valoración en el conocimiento.

El discurso jurídico sobre la mujer no sólo refleja una determinada visión de la mujer, hecho que se puede considerar irrelevante, lo importante es que como dice Mackinnon¹⁸⁸ *"el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres"*, afirmación que se constituye en la primera crítica iusfeminista al derecho¹⁸⁹. La segunda crítica iusfeminista consiste en señalar que las normas jurídicas no son genéricamente neutrales como pretenden. Bajo la aparente neutralidad de algunas de ellas late una visión masculina¹⁹⁰ que si no es detectable en la neutralidad de la expresión lingüística si lo es en la interpretación de la misma. Sirva de ejemplo el trabajo desarrollado por Larrauri sobre el dolo de matar, la aplicación de agravantes (alevosía), y la legítima defensa en los casos en los que las mujeres maltratadas tras años de ser maltratadas por su marido deciden eliminarlo. La tercera crítica iusfeminista consiste en señalar que el derecho infravalora a las mujeres y como consecuencia de ello las desprotege¹⁹¹.

Las teóricas feministas del derecho, después de realizar esta crítica o deconstrucción del discurso jurídico, han constatado la necesidad reelaborar ese discurso a través de la

¹⁸⁸ Mackinnon: Op.Cit., 1995, p.64

¹⁸⁹ E. Larrauri hace referencia a *"...existen un número de tipos penales que establecen un trato distinto respecto de hombres y mujeres.... (su existencia)....se defiende afirmando que plasman exclusivamente las diferencias biológicas que separan a las mujeres de los hombres, o que responden a las "diferencias funcionales" existentes entre los sexos."* Larrauri: Op.Cit., 1996, p.49-50.

¹⁹⁰ Como ha señalado oportunamente A.Facio: Op.Cit., 1992.

¹⁹¹ Posiciones defendidas entre otras por Gilligan: Op.Cit., 1985.¹⁹² Como ya hemos señalado el sólo intento de elaborar una teoría feminista del derecho ha sido criticado por un sector iusfeminista afirmando que ello contribuye a la "teticización del derecho" como discurso hegemónico de conocimiento. Smart: Op.Cit., 1998.

realización de una teoría feminista del derecho¹⁹² que considere a la mujer como sujeto de derechos y que parta de su situación y las concretas condiciones de existencia en que las mujeres se encuentran. La base programática de esta tarea se resume de la siguiente manera: 1) acabar con la desigualdad, desigualdad que no diferencia, el derecho debe plasmar la diferencia (pluralidad), es por ello que se acomete la tarea de distinguir conceptualmente entre "trato igual" y "trato desigual positivo"¹⁹³; 2) reconstruir a la mujer como sujeto de derechos partiendo de su situación real y considerando las condiciones reales de existencia en las que se encuentran.

Los esfuerzos realizados desde la teoría feminista del derecho han dado unos resultados que lógicamente no están exentos de críticas y sirvan como botón de muestra los siguientes¹⁹⁴: 1) el iusfeminismo puede incurrir en un casuismo que imposibilite el debate sobre principio generales; 2) el iusfeminismo puede incurrir en un relativismo que haga imposible una visión de la justicia para todos ya que la renuncia a criterios objetivos, imparciales, e igualitarios supondría que sólo existiera la justicia para el caso concreto; 3) el isufeminismo puede incurrir en un particularismo que deslegitime la aspiración de que existan normas aplicables a todos los grupos humanos, sin reparar adecuadamente en que él mismo aspira a que existan normas generales para tratar a un colectivo como el de las mujeres que a su vez se compone de distintos tipos de mujeres; 4) la confusión entre método y práctica metodológica. Pero no era el objetivo fundamental de esta exposición el tratar de las críticas que se realizan a la teoría feminista del derecho si no dar a conocer lo que dicha teoría ha aportado. Las críticas y una posible alternativa la dejo para posteriores trabajos.

¹⁹⁴ Las posiciones más críticas respecto a la *Feminist Jurisprudence* las sostienen en nuestro ámbito autores como M.A.Barrère: Op.Cit., 1996, y A.García Amado: Op.Cit., 1992.

LAS MUJERES Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN REPASO AL CONTENIDO DE LOS GRANDES CONCEPTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Jasone Astola Madariaga

Profesora titular de Derecho Constitucional en la UPV-EHU

“(…) se ha iniciado un proceso por el que la identidad masculina, deja de ser el tradicional sinónimo de excelencia humana asexuada, neutra (…)”
Alicia H. Puleo¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: 1. El inicio de la dogmática del Derecho constitucional; 2. Unas primeras consideraciones.- III. DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO: 1. Las luchas de las mujeres en el siglo XIX; 2. Los logros del siglo XX; 3. Unas segundas consideraciones.- IV. LOS EFECTOS DE LA DEFINICIÓN DE ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ESTADO SOCIAL Y EN EL ESTADO DE DERECHO: 1. En el estado social; 2. En el estado de derecho. 3. Unas terceras consideraciones.- V. EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES: 1. La interpretación actual: a) De la no-discriminación; b) De la igualdad; c) Unas últimas consideraciones. 2. Una propuesta de lo que debe ser la igualdad de mujeres y hombres.

I. INTRODUCCIÓN

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político es la fórmula que utiliza nuestra constitución para definir el tipo de estado que ha decidido crear ese pueblo español del que emanan sus poderes². Dentro de esa fórmula me detendré, en un primer momento, en el carácter democrático del estado y en el valor superior de la igualdad³, aunque, como se verá, incidir sobre una parte de la fórmula tiene consecuencias en toda ella.

El origen del estado es, aparentemente, democrático ya que es el pueblo español⁴ –formado por mujeres y hombres- el que lo crea y de él dimanen los poderes constituidos, sin olvidar que la representación delimita la capacidad inmediata, continua y efectiva de ese pueblo de

¹ Alicia H. PULEO, “La violencia de género y el género de la violencia” en Alicia H. PULEO (Ed.), *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en Ética y Filosofía Política*, Biblioteca Nueva, Madrid 2008, p. 371.

² Ángel GARRAORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid 1984, p. 22 definió esta fórmula como *Constitución de la Constitución*.

³ Para las posibles interpretaciones de toda la fórmula, por todos, Pablo LUCAS VERDÚ, “Estado social y democrático de Derecho”, en Oscar ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo I, Cortes generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid 1996, especialmente pp.109-118.

⁴ La noción de pueblo, tan usual en nuestros sistemas constitucionales, ha sido también acuñada dogmáticamente. Interesante en este sentido el trabajo de Edmund MORGAN, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Norton, New York 1989, especialmente p. 306 donde el autor señala, haciendo su análisis de las nociones de soberanía popular en Inglaterra y sus colonias en América en los siglos XVII y XVIII, que aún cuando la idea de que el Estado era reflejo de la voluntad del pueblo era tan ficticia como la idea de que el Estado era voluntad de Dios, tenía una ventaja: permitía acciones para intentar hacerla algo más real.

controlar a los poderes del Estado. Y en la representación no podemos olvidar a los partidos políticos, vehículos privilegiados a través de los que ésta se realiza⁵.

Pero el principio democrático no ha asegurado en nuestras sociedades, por ahora, una igualdad propugnada en el art. 1.1 de nuestra constitución, me estoy refiriendo a la igualdad de mujeres y hombres. Tampoco otras igualdades podría decirse, pero en este trabajo sólo voy a referirme al hecho de que ningún Estado del mundo ha conseguido que en sus instituciones públicas o en sus instituciones privadas exista coparticipación y corresponsabilidad de los dos sexos. Es decir, que el principio democrático, base de todos nuestros sistemas constitucionales, que iguala teóricamente a toda la ciudadanía, a todas las personas, no tiene una representación visual de lo que predica⁶. Y es extraño porque en todas las luchas para hacer efectivo tal principio han participado por igual mujeres y hombres⁷. Ahora bien, cuando la lucha deviene principio organizativo del poder las mujeres desaparecen⁸.

Desde este hecho enfrente esta investigación con la pretensión de analizar los motivos del mismo y saber si se debe a actuaciones individuales, propias de la autonomía de la voluntad y no achacables, por tanto, al propio principio, o si se debe a una mala formulación en inicio del principio democrático, o si se debe, únicamente, al actual estadio de evolución del principio; y para ello comenzaré haciendo una lectura de aquellas personas, que en el conocimiento de nuestra disciplina son de obligada cita, así como de otras que, casualmente, son unas perfectas desconocidas, porque sus aportaciones divergían ostensiblemente de lo que hoy conocemos como nuestra dogmática ortodoxa.

Y esta lectura es una lectura centrada en un elemento: cómo concebían esas personas a las mujeres y a los hombres en sus discursos⁹. Y delimito mi investigación porque las posibilidades de estudio de la democracia son muy variadas¹⁰: pocos pudieron haber

⁵ John MARKOFF, “La problemática historia de la ciudadanía democrática”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Nº 6, Septiembre 2005 en <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=04> [Consulta: 2 de octubre de 2008] párrafos 25 a 30, defiende el argumento de que los partidos, los *lobbies* y los movimientos sociales están en la esencia misma de la democracia.

⁶ Podemos hacer una analogía con el derecho al voto y para ello es interesante Robert DAHL, *How Democratic is the American Constitution?*, Yale University Press, New Haven and London, 2002, p. 35 donde el autor recuerda lo que decía James Madison quien rechazaba la idea de que sólo una pequeña capa de propietarios tuviera derecho a voto. Según él, esta definición tan restringida “viola el principio vital del gobierno libre, de que quienes estarían sujetos a las leyes deberían tener voz en su origen”.

⁷ Para verificar este hecho es interesante el trabajo de Allan TODD, *Las revoluciones. 1789-1917*, Alianza, Madrid 2000, donde el autor da cuenta de la participación que tuvieron las mujeres en ellas, recuperando de esta manera parte de esa memoria histórica que parece no incluir a personas de sexo femenino.

⁸ Como dice Anne PHILLIPS, *Género y teoría democrática*, PUEG/IISUNAM, México 1996, p. 14: “La política se ha de reconceptualizar sin los prejuicios de género, y la democracia debe repensarse con ambos sexos incluidos en ella. Los viejos conceptos se han de reconfigurar”.

⁹ La interrelación entre definición teórica y realidad es estudiada, entre otros, por Pilar PÉREZ CANTÓ, y Esperanza MÓ ROMERO, “Ilustración, ciudadanía y género: el siglo XVIII español”, en Pilar PÉREZ CANTÓ, (ed.), *También somos ciudadanas*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Madrid, 2000, pp. 43-141.

¹⁰ No puedo dejar de hacer una digresión: la democracia etimológicamente es un poder construido, no originario, porque el principio (*arkhé*) no fue el pueblo (*demos*) sino el jefe (*arkhos*). El verbo griego *arkhein* tiene dos significados ligados entre sí: “empezar” y “mandar”. Con él se conectan dos sustantivos: *arkhé*, “origen”, y *arkhos*, “jefe”. Con *arkhé* se vinculan palabras como “arcaico” y “arqueología”. Con *arkhos*, “monarca” -

imaginado en 1790 que dos siglos más tarde se pensaría que la democracia es un sistema caracterizado por instituciones representativas, sufragio casi universal –únicamente nacionales de un estado-, voto secreto y competencia entre partidos. Todas estas nociones habrían sido objetadas como cuestión de principio por algunos de los pioneros de la democracia en los estados nacionales. Prácticamente toda la primera generación de demócratas modernos se habría opuesto a la idea de competencia entre partidos. Y, efectivamente, lo mismo sucedía con el sufragio femenino, ya que el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres era algo muy poco probable en aquel período de democratizaciones revolucionarias¹¹.

Pretendo, en definitiva, dar luz sobre cuestiones que nos pueden llevar a concebir el auténtico sentido del principio democrático en el siglo XXI¹², que no es el mismo que tuvo en los siglos precedentes, me remito al comentario hecho a finales del siglo XIX por de Tocqueville¹³: “en la actualidad, el principio de soberanía del pueblo ha adquirido en Estados Unidos todo el desarrollo práctico que es dable imaginar” y sin embargo, a principios del siglo XXI, pocos considerarían democrático un país en que las mujeres no pudieran votar, un país en el que hubiera millones de esclavos y en el que las minorías étnicas no tuvieran acceso a derechos ciudadanos.

Sin olvidar que esta ponencia tiene un objetivo ulterior: que la larga marcha de las mujeres por ser consideradas sujetos jurídico-políticos, olvidada por la academia, sea primero recuperada y segundo transmitida a las generaciones –de mujeres y hombres- futuras. Porque el género¹⁴ está presente en la transmisión cotidiana de las universidades¹⁵ y, por tanto, una de sus acepciones: la de entender la historia de los hombres como historia de la humanidad.

“monarquía” “poder de uno” *mono*, “oligarquía” -*oligoi* “pocos”-. Más tarde *arkhos* fue reemplazada por la palabra *kratos* que también significa en griego “poder”, pero no necesariamente el poder originario, ancestral, sino más bien un poder construido, elaborado, y de *kratos* nos llegan la democracia, la aristocracia -*aristón*: “el mejor”- y la burocracia. La palabra poder, por su parte, viene de la voz indoeuropea *poti*, que significa “jefe”. De ella deriva el griego *despotes*, “jefe” o “amo”, por lo que la expresión más antigua de poder es política - *poti*, jefe- y desde ahí se ha trasladado a otras acepciones como la capacidad genérica de hacer algo: poder hablar, trabajar... Por lo tanto, etimológicamente, se puede establecer una duda sobre el primer elemento político entre los seres humanos ¿fue el poder del jefe, o fue el poder de empezar a construir algo?

¹¹ John MARKOFF, “Margins, Centers and Democracy: The Paradigmatic History of Women’s Suffrage,” *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 29, 2003, pp. 85-116; Ana AGUADO, “Ciudadanía, mujeres, democracia”, *Revista electrónica de Historia Constitucional* nº 6, 2005, en <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=01> [Consulta: 2 de octubre de 2008].

¹² Principio inseparablemente unido a la ciudadanía, otro concepto profundamente controvertido y contradictorio, porque la noción de ciudadanía desde su inicio ha mantenido la esperanza y la promesa de inclusión, al tiempo que ha creado y recreado un sistema de exclusiones.

¹³ Alexis DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, Knopf, New York, 1994, 1:57 -también accesible en http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/toc_indx.html [Consulta: 2 de octubre de 2008].-. Cuando de Tocqueville visita Estados Unidos entre 1831 y 1832, se sorprende también de lo que llamó “sufragio universal”. Hoy en día, sin embargo, somos nosotros quienes nos sorprendemos del uso de esa expresión para referirse a un sistema electoral en el que ninguna mujer, ningún esclavo, sólo unos pocos negros libres y unos pocos indígenas podían votar.

¹⁴ La “diferencia” entre mujeres y hombres tiene que ver con algunas características biológicas, pero no está limitada por lo biológico. Se trata más bien de “género” e influye en la distribución de los bienes y de las oportunidades. “Género” no es lo mismo que “sexo” o “cuerpo”, no es básicamente algo “natural”, sino que se refiere a rasgos de la personalidad y a una construcción cultural, social y política. Para leer una magnífica

II. EL ORIGEN DEL PROBLEMA

Sabemos que desde que nació el estado moderno un gran número de mujeres ha intentado conseguir formar parte, en paridad con los hombres, de las estructuras de ese estado, acompañadas de una parte de la dogmática pero, hasta el momento, todas las medidas diseñadas para aumentar la igualdad entre los sexos han acabado teniendo efectos negativos sobre las mujeres.

En este apartado quiero intentar hallar una explicación a tal hecho y para ello comenzaré analizando las premisas en las que se basa la construcción del estado moderno para intentar saber si la explicación podemos encontrarla precisamente ahí.

1. El inicio de la dogmática del Derecho constitucional¹⁶

Cuando Thomas Hobbes en el siglo XVII construía su teoría del pacto o contrato concebía a todos los seres humanos como iguales¹⁷, haciendo abstracción de su sexo. Tanto en su texto *The Elements of Law Natural and Politic*¹⁸ de 1640, especialmente en el capítulo 23 -*Of the Power of Fathers, and of Patrimonial Kingdom*-, como en su texto de 1651 *De Cive*¹⁹, especialmente en el capítulo IX -*Of the right of Parents over their children and of hereditary Government*²⁰ - establece que la supremacía del varón sobre la mujer, que impregnaba aquella

síntesis del significado de este concepto se puede consultar el “Diccionario de Acción humanitaria y cooperación al desarrollo” del Instituto Hegoa de la UPV-EHU en la dirección <http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/108> [Consulta: 2 de octubre de 2008].

¹⁵ En el trabajo “El género en el lenguaje jurídico: Su uso formal y material” de próxima publicación en la revista *Feminismos*, profundizo en esta perspectiva.

¹⁶ No analizaré por tanto trabajos anteriores como el de Christine de Pizan que en 1405 publicó *Le Livre de la Cité des Dames*, - *La ciudad de las damas*, Introducción, traducción y notas de Marie-José Lemarchand, Ed. Siruela, Madrid, 1995-, donde se pregunta cuáles son las razones que llevan a tantos hombres, clérigos y laicos a vituperar a las mujeres y por qué no hay textos exentos de misoginia; o a Marie de Gournay y su *Egalité des hommes et des femmes* de 1622 y su *Grief des dames* de 1626 -publicado por Coté femmes & Indigo, Paris 1989, con prefacio de Milagros Palma, donde la escritora se queja de las autoridades académicas -hombres- que desprecian las obras de las mujeres sin haberlas leído, pp. 108-131, asequible en <http://wings.buffalo.edu/litgloss/gournay/text.shtml> [Consulta: 2 de octubre de 2008] - Interesantes los trabajos de Mercé OTERO VIDAL: "Christine de Pizan y Marie de Gournay: las mujeres excelentes y la excelencia de las mujeres" en Rosa M^a RODRÍGUEZ MAGDA (coord.), *Mujeres en la historia del pensamiento*, Anthropos, Barcelona 1997, pp. 77-93; y "De «La ciudad de las damas» al «Agravio de las damas»", en Fina BIRULÉS (comp.), *Filosofía y género. Identidades femeninas*, Ed. Pamiela, Tafalla 1992, pp. 103 y ss. Tampoco hablaré de Bodino, que como nos recuerda Carlos DE CABO MARTÍN, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, Vol. I, PPU, Barcelona 1998, p. 355, pensaba que el gobierno ejercido por las mujeres iba contra la naturaleza por lo que, apoyándose en las Leyes Fundamentales o *Leges Imperii* dejó clara la imposibilidad de las mujeres de ocupar el trono de Francia.

¹⁷ Thomas HOBBS, *El Ciudadano*, CSIC y Editorial Debate, Madrid. 1993, Cap. IX, 2: "hay que regresar pues al estado de naturaleza en el que, por la igualdad natural, todos los hombres maduros han de considerarse iguales entre sí. Allí por derecho natural el dominio sobre el niño pertenece primariamente primero al que lo tiene en su poder. Y es manifiesto que al recién nacido el primero que lo tiene es su madre antes que cualquier otro, de manera que puede educarlo o entregarlo, a su arbitrio y con derecho".

¹⁸ Se puede encontrar en <http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/hobbes/elelaw.html> [Consulta: 2 de octubre de 2008] o, Thomas HOBBS, *Elementos de Derecho Natural y Político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

¹⁹ Se puede encontrar en <http://www.constitution.org/th/decive.htm> [Consulta: 2 de octubre de 2008].

²⁰ Se puede encontrar en <http://www.constitution.org/th/decive09.htm> [Consulta: 2 de octubre de 2008].

sociedad, venía del acuerdo de las partes. Hobbes nos explica que, por derecho natural, el poder originario sobre las niñas y niños, sobre las hijas e hijos lo tiene la *Madre* y que si ese poder pasa al *Padre* es porque así lo acuerdan las partes, no por derecho natural y se toma su tiempo para explicar tal hecho.

No entra a analizar la calidad de ese contrato ni el motivo, pero parte en su teoría de una igualdad primigenia entre las personas sin distinción del sexo. Son otros hechos, la guerra, la conquista, el nacimiento, o el contrato, los que marcan las diferencias entre las personas²¹, es decir: todas las personas son iguales por naturaleza y la desigualdad, ya sea en la riqueza, en el poder o en la nobleza, proviene de la ley civil.

Fue Hobbes, por tanto, el primer filósofo que desde las mismas tesis iusnaturalistas planteó el carácter convencional de la dominación del hombre sobre la mujer²². Y esta posición, de singular importancia, es ignorada en nuestras explicaciones sobre el autor o, al menos, no es reseñada cuando comenzamos a dar cuenta de los inicios teóricos de lo que hoy conocemos como Estado constitucional.

Tampoco hablamos de la posición mantenida por Locke, y contraria a la mantenida por Robert Filmer, en su *Tratado del gobierno civil*²³, donde concibe como iguales a mujeres y hombres en el matrimonio y homologa el derecho de las madres al derecho de los padres sobre sus hijos, ahora bien cuando sale de la sociedad conyugal, base de la sociedad política, y entra a analizar esta última las mujeres –reconocidas como madres, es decir, como reproductoras- desaparecen y ya nos encontramos con los hombres –y sus hijos- como los únicos iguales²⁴.

²¹ Dice en el capítulo 23 de *Elements of Law*: “1. Of three ways by which a man becometh subject to another, mentioned section 2. chap. ult., namely voluntary offer, captivity and birth, the former two have been spoken of, under the name of subjects and servants. In the next place, we are to set down the third way of subjection, under the name of children; and by what title one man cometh to have propriety in a child, that proceedeth from the common generation of two, (viz.) of male and female. And considering men again dissolved from all covenants one with another, and that (Part I. chap. XVII, sect. 2) every man by the law of nature, hath right or propriety to his own body, the child ought rather to be the propriety of the mother (of whose body it is part, till the time of separation) than of the father. For the understanding therefore of the right that a man or woman hath to his or their child, two things are to be considered: first what title the mother or any other originally hath to a child new born; secondly, how the father, or any other man, pretendeth by the mother.

²² Anna JÓNASDÓTTIR, *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Madrid, Cátedra, Madrid 1993, pp. 176-192, estudia con más detenimiento las aportaciones de Hobbes.

²³ *Two treatises of Government: in the Former, The false principles and Foundation of Sir Robert Filmer*, es el título de la obra de Locke, que puede consultarse en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372764200248510645802/index.htm> [Consulta: 18 de octubre de 2008], en la p. 46, recuerda que si Adán consigue algún poder sobre Eva, es únicamente conyugal y no un poder político; en la p. 54 dice que la afirmación de Filmer de que en la creación Dios da soberanía al hombre sobre la mujer, por ser el más noble y principal agente en la procreación, no la ha encontrado en su Biblia; en la p. 60, tras haber mencionado muchos pasajes bíblicos señala que el derecho sobre los hijos pertenece por igual al padre y a la madre, sin exclusión ninguna; ahora bien desde la p. 204, cuando entra a hablar de la sociedad civil, después de haber repetido que el poder sobre los hijos es materno-parental, comienza a hablar únicamente de la igualdad natural de todos los hombres.

²⁴ La razón de la desaparición de las mujeres en la sociedad civil es que cada sociedad conyugal tiene una única voz exterior y esa voz es la de los hombres: “Pues sucede que el marido y la mujer, aunque tienen una preocupación común [es decir, la cría y la enseñanza de sus hijos], poseen sin embargo entendimientos

Spinoza también reflexionó en su *Tratado teológico-político*, sobre si las mujeres debían o no tener derechos políticos²⁵. Este autor que creía que «la naturaleza es una y la misma para todos» y que son el poder y la cultura los que marcan la diferencia entre los individuos²⁶ empieza preguntándose, al hilo de lo pensado por Hobbes, si la sumisión de las mujeres se justifica por la debilidad de su naturaleza o por una convención, y afirma que si se debiera a una convención no habría razón para excluirlas del gobierno.

Las justificaciones que ofrece a favor de la desigualdad por naturaleza -las mujeres no han reinado nunca²⁷ y, a renglón seguido, habla del reinado de las amazonas- son, al menos, chocantes²⁸. De su reflexión sobre las amazonas y su actitud hostil hacia los varones, sale un argumento de orden práctico para rechazar la concesión de la ciudadanía a las mujeres: la guerra entre los sexos. La mejor manera de evitar esa guerra era incapacitar a la supuesta enemiga.

Nuestro siguiente autor es un ausente de nuestras explicaciones²⁹, a pesar de que sus textos son un ejemplo de las teorías igualitaristas, me estoy refiriendo a François Poulain de la Barre³⁰ quien en 1673 publicó su trabajo *Sobre la igualdad de los dos sexos*³¹, que sólo ha

diferentes; y habrá casos en los que, inevitablemente, sus voluntades respectivas habrán de diferir. Será por tanto necesario que la última decisión, es decir, el derecho de gobierno, se le conceda a uno de los dos; y habrá de caer naturalmente de lado del varón, por ser éste más capaz y el más fuerte” - ver J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1690), Alianza, Madrid 1990, p. 99-. Esta posición fue contestada por otra autora olvidada, la filósofa Gabrielle Suchon, en su *Tratado de la moral y de la política*, de 1693; en su trabajo de 1700, *Tratado del celibato voluntario*, ofrece un nuevo estatuto a las mujeres, diferente a las dos únicas alternativas existentes: el matrimonio o el monasterio. Séverine AUFFRET, “Gabrielle Suchon, una filósofa feminista de la libertad en el siglo XVII” en Celia AMORÓS (Coord.), *Acta del seminario permanente feminismo e ilustración*, Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992, pp. 106 y ss. se ocupa de presentar y analizar los trabajos de esta autora.

²⁵ Esta obra de 1670 ha sido publicada por Alianza, Madrid, 1986, p. 261.

²⁶ *Ibidem* p. 205.

²⁷ Resulta sorprendente que un pensador de procedencia española ignore el reinado conjunto de los Reyes Católicos o de la regencia de Catalina de Médicis en Francia.

²⁸ Como dice María José VILLAVARDE, “Spinoza, Rousseau: dos concepciones de democracia” en *Revista de Estudios políticos*, nº 116/2002, pp. 85-106, especialmente p. 101: “Ciertamente la ambigüedad del párrafo no da pie para llegar a ninguna conclusión definitiva pero sí, al menos, para formular la hipótesis de un Spinoza contrario a la desigualdad natural de los sexos y proclive a otorgar a las mujeres los derechos políticos. Solo las consecuencias prácticas de tal concesión —la hostilidad de los varones y la guerra de sexos que ello conllevaría— le detienen”.

²⁹ Al igual que muchas otras personas, en su mayoría mujeres, como nos recuerda Rosalía ROMERO, “Historia de las filósofas, historia de su exclusión (siglos XV-XX)”, en Alicia H. PULEO, *El reto de la igualdad de género. Nuevas perspectivas en Ética y Filosofía Política*, Biblioteca Nueva, Madrid 2008, pp. 298-318.

³⁰ Interesante el trabajo de Siep STUURMAN, *François Poulain de la Barre and the Invention of Modern Equality*, Harvard University Press, Cambridge 2004 - en http://www.hup.harvard.edu/pdf/STUFRA_excerpt.pdf [Consulta: 2 de octubre de 2008] pueden leerse algunos fragmentos -, “Admittedly, most of the eighteenth-century *philosophes*, with the notable exception of Condorcet, were not such ardent feminists as Poulain, but neither were they outspoken champions of masculine supremacy”, p. 19.

³¹ *Discours physique et moral de l'égalité des deux sexes, où l'on voit l'importance de se défaire des préjugés* fue su título y el comienzo de una trilogía, cuya segunda obra se tituló *De l'éducation des dames pour la conduite de l'esprit dans les sciences et dans les mœurs* y en 1675 publicó la tercera con el título *De l'excellence des hommes contre l'égalité des sexes*, donde en primer lugar rebatía sus propios argumentos de las obras anteriores para acabar con un gran argumento final defendiendo sus ideas igualitarias a la vez que rebatía todas

sido editada en valenciano en nuestro país³². Poulain afronta directamente el tema de la igualdad de los sexos, aunque no se detiene en ella³³. Porque este autor fue el primero que concibió en Europa toda una filosofía social basada en un concepto universal de igualdad y a pesar de eso, sólo se le conoce en el feminismo y en la historiografía, pero el constitucionalismo lo ignora.

Pero el Estado constitucional que nacerá después no se basará en esas ideas igualitarias sobre el ser humano sino en las discriminadoras. Triunfa Rousseau -las mujeres, a diferencia de los hombres, no pueden controlar sus “deseos ilimitados” por si mismas, y por ello, no pueden desarrollar la “moralidad” que se requiere para la sociedad civil³⁴-, y su definición del *citoyen* como varón, propietario y padre de familia ofrece un criterio preciso del significado que tenía el concepto de ciudadanía para la nueva ideología hegemónica. Como afirma Chiara Saraceno³⁵, desde sus mismas bases, la familia se articula como una institución basada en la autoridad masculina -el “cabeza de familia”-, y en la dependencia y subordinación femenina. Evidentemente, siguiendo los razonamientos de Rousseau, de Locke y dejando a un lado las ideas de Hobbes y Poulain de la Barre³⁶.

Aquella igualdad de la que se hablaba en el siglo XVII no esta presente en Sièyes cuando, en 1789, propone que en el nuevo orden revolucionario francés todos tendrían muchos tipos de derechos, pero sólo algunos participarán activamente en decisiones importantes para la sociedad. Comienza en esos momentos ha generarse la terminología para una distinción: la ciudadanía activa, reservada para aquéllos con juicio independiente, y la ciudadanía pasiva para el resto. La ciudadanía activa estaba conferida por la naturaleza e influida por la educación, reforzada por la ocupación y asegurada por el acceso a recursos. Los que no tenían

las citas bíblicas donde se hablaba de la supremacía masculina. Desde la dirección <http://www.stopmachismo.net/profem.php> [Consulta: 2 de octubre de 2008] se puede acceder a estos escritos. Ver también, *Obras feministas de François Poulain de la Barre (1647-1723)*, edición crítica de Daniel CAZÉS MENACHE con la colaboración de Haydeé GARCÍA BRAVO, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, México, 2007.

³² El olvido de la dogmática de este trabajo no parece casual. Fue publicada con el título *Sobre la igualtat dels dos sexes* por la Universidad de Alicante, Servicio de Publicaciones en 1993. El mismo año se publicó en castellano *La educación de las damas*, Cátedra, Madrid 1993, traducido por Celia Amorós.

³³ Como dice STUURMANN *Ibidem*, p. 6: “It is no accident that Poulain’s egalitarian argument, though centered on gender, also touches on “class” and “race.” The interrelation of those concerns is no twentieth-century invention—it is right there, in the early-modern sources. And it is there that we must study it to gauge its historical meaning and its significance for today’s world”.

³⁴ Creo, por eso, que hay que empezar a re-situar la figura de Rousseau y dar su contenido real a frases tales como «Rousseau is the author of the strongest political theory that had appeared among men» - LORD ACTON, *Essays in the liberal interpretation of History. Selected Papers*, W. A. McNeill, ed, University of Chicago Press, Chicago 1967-, explicando que el término hombres se refiere al masculino plural.

³⁵ Chiara SARACENO, “La estructura de género de la ciudadanía” en *Mujer y realidad social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, pp. 123-141.

³⁶ Ana AGUADO, “Ciudadanía, mujeres y democracia”, en *Revista electrónica de Historia Constitucional*, nº 6/2005 - <http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=01> [Consulta: 2 de octubre de 2008] p. 11 nos recuerda que “Esta concepción puede verse ya en dos referentes básicos del pensamiento contemporáneo: en Kant y en Hegel. Para Kant, la casa es el fundamento de la moral y del orden social, es el núcleo de lo “privado” sometido al padre. Igualmente en Hegel, la división sexual de las funciones femeninas y masculinas se apoya en sus “caracteres naturales”, de acuerdo con la dicotomía pasivo / activo, interior / exterior, privado / público.

aptitudes naturales, carecían de educación adecuada, se ganaban la vida desempeñando funciones subordinadas o no tenían suficientes recursos no podían ejercer cargos públicos ni podían votar. Quedaban así excluidos, en distintos lugares y periodos, aquéllos sin propiedades, los analfabetos, las mujeres, los sirvientes, los que vivían de la ayuda pública, los militares, el clero, los presos, los enfermos mentales, los que no fueran blancos y los niños. Nunca ha existido un Estado democrático en que alguna, al menos, de estas categorías no haya sido excluida del derecho a sufragio.

Es decir, que el lema de libertad, igualdad y fraternidad aparentemente sólo funcionaba para aquellos considerados iguales, que no eran otros que los hombres blancos propietarios, por lo que el primer concepto de democracia fue un concepto mucho más excluyente que inclusivo. Ahora bien, algunas de las exclusiones en la nueva sociedad burguesa podían eliminarse o “redimirse” en función de los “méritos” individuales -el ideario liberal propone un modelo de sociedad meritocrática-, pero no la exclusión basada en el sexo de las personas, ya que ésta se entiende como perpetua, no modificable, por derivar de la naturaleza y de las diferencias “esenciales” y “naturales” de mujeres y hombres, que hacían de las primeras seres no independientes, no autónomos, y casi no “racionales”: son las conocidas dicotomías entre razón y sentimientos, cultura y naturaleza, civilización o pre-civilización (primitivismo), asociadas respectivamente a la masculinidad y a la feminidad como categorías inmanentes y ahistóricas. El espacio público creado fue, en este sentido, el espacio de los “iguales”, de los que se reconocen como tales por su “naturaleza” o “capacidades” –autonomía personal- como ciudadanos u “hombres públicos”, en tanto que las mujeres son la alteridad, “lo diferente”, “lo otro”, supuestamente opuesto pero complementario y subordinado³⁷.

Fueron particularmente los ilustrados -salvo destacadas excepciones como Condorcet y D’Alambert- los que argumentaron que sus propuestas ideológicas de igualdad, de razón y de libertad, no eran pertinentes cuando se trataba de las mujeres y de la diferencia de sexos, para lo cual “esencializaron” u “ontologizaron” esas diferencias, haciéndolas derivar de la naturaleza, de la biología, de la especie: desde su argumentación, las mujeres no son “individuos” con voluntad propia, sino que son “especie”, son “idénticas”, por ser “naturaleza irracional”³⁸.

No podía haber igualdad entre quienes no eran “iguales” –bien por voluntad divina, bien por voluntad de la naturaleza³⁹ o de la razón⁴⁰-. De esta manera, el sexo marca un punto de partida

³⁷ Esa relación que se tiene con “lo otro” comienza, pero no acaba en las mujeres; la relación existente entre la discriminación por razón de sexo con la discriminación por razón de raza o etnia, es una de las líneas de investigación de la profesora Nilda GARAY MONTAÑEZ, a quien agradezco el envío de un artículo sobre la materia, que será publicado en un próximo número de *Feminismo/s*.

³⁸ Directamente relacionado con estos presupuestos, el mito del Robinson será también el mito del hombre “civilizado”, del “yo” masculino autorrealizado, frente a una alteridad, un “otro”: la naturaleza, el estado pre-civilizado y salvaje, y más específicamente, la mujer-naturaleza, a la que dominar, domesticar, educar y civilizar.

³⁹ Cultivar en la mujer las cualidades del hombre, y descuidar las que le son propias, es trabajar en detrimento suyo (...) Hacedme caso, madres juiciosas, no hagáis a vuestra hija un hombre de bien, que es desmentir a la naturaleza. Hacedla mujer de bien y así podréis estar seguros de que será útil para nosotros y para si misma (...) Por la misma razón que deben tener poca libertad, se extralimitan en el uso de la que le dejan (...): Jean Jacques ROUSSEAU: *El Emílio*.

y traza una línea divisoria insalvable entre quienes pueden participar o no de la igualdad y pueden ser incluidos o no en la ciudadanía⁴¹. Precisamente esa diferencia tan absoluta entre las funciones de los dos sexos es lo que hoy se denomina la diferencia de género⁴², y se denomina así, porque no es una diferencia natural, no es una cuestión orgánica ni biológica y, por lo tanto, no es una cuestión de sexo, sino cultural, motivada por la tradicional situación de sometimiento de las mujeres al varón en las sociedades de estructura patriarcal⁴³.

Ahora bien, en la historia del pensamiento, nunca se acalló la voz que propugnaba la igualdad de las personas, más exactamente la igualdad de mujeres y hombres: Montesquieu, en sus *Cartas Persas*, decía que cuanto más civilizada era una sociedad, tantos más derechos se reconocían a las mujeres⁴⁴; y Françoise Graddigny en sus *Cartas peruanas*⁴⁵, llamaba la

⁴⁰ “(...) La Razón quiere que, sin miramientos hacia la reclamación de Condorcet, las mujeres continúen renunciando al derecho de ciudadanía cuyos deberes no sabrían cumplir (...). La intención de la buena y sabia naturaleza ha sido que las mujeres exclusivamente ocupadas en las labores domésticas, se honraran con tener en las manos, no un libro o una pluma, sino una rueca y un huso (...). Considerando los inconvenientes graves que resultan para los dos sexos que las mujeres sepan leer, la Razón quiere que las mujeres no metan la nariz en un libro ni pongan la mano en una pluma”. Pierre-Sylvain MARÉCHAL: *Proyecto de una ley por la que se prohíba aprender a leer a las mujeres*; Recordemos que Maréchal es considerado el padre del anarquismo y en su *Manifeste des Egaux* de 1796 –en <http://perso.wanadoo.fr/libertaire/portraits/egaux.htm> [Consulta: 2 de octubre de 2008]– las únicas diferencias que admite son las basadas en la edad y en el sexo. Para el comentario detenido del sarcástico panfleto de Maréchal, ver G. FRAISSE, *Musa de la razón*, Cátedra, Madrid, 1991.

⁴¹ Ver en este sentido Cristina SÁNCHEZ MUÑOZ, “La difícil alianza entre ciudadanía y género” en Pilar PÉREZ CANTÓ (Ed.), *También somos ciudadanas*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2000, pp. 3-25; o Iris YOUNG, “Imparcialidad y lo cívico público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política” en Seyla BENHABIB, y Drucilla CORNELL, (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*, Ed. Alfons el Magnànim, Valencia, 1990, pp. 89-118.

⁴² Fue el psicólogo Robert STOLLER en su trabajo *Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity*, Science House, New York 1968 el primero en introducir el concepto de identidad de género (cultura), de modo que el sexo quedaba ligado a la biología mientras que el género pasaba a ser un producto de la cultura. El concepto género incluye tanto a mujeres como a varones, pero sus diferencias son tratadas y construidas de modo desigual, que no es lo mismo que diferente. Interesante también el punto de vista de Christine DELPHY, “El concepto de género”, en <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=37433> [Consulta: 2 de octubre de 2008]. Por eso la expresión *violencia de género* es la traducción del inglés *gender-based violence* o *gender violence*, difundida a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995 bajo los auspicios de la ONU se refiere a la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal.

⁴³ Patriarcal no es sinónimo de hombre. Al decir patriarcal me estoy refiriendo a un sistema que se caracteriza por la dominación de las mujeres por los hombres, sin olvidar que las exigencias del patriarcado son tan fuertes para la construcción de lo femenino como para la construcción de lo masculino. Inés CALERO SECALL y María Dolores FERNÁNDEZ DE LA TORRE MADRUÑO, *El modelo femenino: ¿una alternativa al modelo patriarcal?*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Málaga 1996, profundizan más en la definición del modelo patriarcal. En la dirección <http://www.mujaresenred.net/spip.php?article1396> [Consulta: 2 de octubre de 2008] pueden verse las características más básicas de este modelo y en <http://www.mujaresenred.net/spip.php?article739> [Consulta: 2 de octubre de 2008], un artículo de Alicia H. PULEO “El patriarcado: ¿una organización social superada?”, publicado en *Temas para el debate*, nº 133, diciembre 2005, pp.39-42.

⁴⁴ Una respuesta anónima a sus cartas, titulada *Cartas de una turca en París, escrita a su hermana en el harem, para servir de complemento a las Cartas Persas*, pone de manifiesto que la relatividad de las costumbres no impide que, en todas partes, las mujeres sean consideradas inferiores. Alicia H. PULEO, *La Ilustración olvidada, La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos, Madrid 1993, pp. 62-64 recoge un fragmento de dicha carta.

atención sobre la situación de las mujeres en Francia. Las posiciones defendidas por Rousseau fueron contestadas, entre otros, por Mary Wollstonecraft en su texto *Vindicación de los derechos de la mujer* de 1792⁴⁶; o por Condorcet⁴⁷ quien propuso que la nueva República educase igualmente a las mujeres y a los hombres, en su escrito de 1790 “Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía”⁴⁸ -su pensamiento sobre la igualdad de mujeres y hombres es claro: “o bien ningún individuo de la especie humana tiene verdaderos derechos o todos tienen los mismos; y el que vota contra el derecho de otro, cualquiera que sea su religión, color o sexo, ha adjurado de los suyos a partir de ese momento”⁴⁹ -.

Pero, a pesar de que en la dogmática coexistían los dos puntos de vista, en la realidad triunfó el que excluía a las mujeres. Cuando fue redactada, la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 la palabra «hombre» se refería claramente a personas de sexo masculino⁵⁰.

⁴⁵ Siguiendo el mismo estilo epistolar, Mme de Graffigny publicó en 1747 sus cartas peruanas – ver Françoise GRAFFIGNY, *Lettres d'une Péruvienne*, Flammarion, París, 2005 o <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k88560s> [Consulta: 3 de octubre de 2008]- en la carta 33 podemos leer: “Il n' est pas surprenant, mon cher Aza, que l' inconséquence soit une suite du caractère léger des français; mais je ne puis assez m' étonner de ce qu' avec autant et plus de lumières qu' aucune autre nation, ils semblent ne pas apercevoir les contradictions choquantes que les étrangers remarquent en eux dès la première vue. Parmi le grand nombre de celles qui me frappent tous les jours je n' en vois point de plus déshonorante pour leur esprit que leur façon de penser sur les femmes. Ils les respectent, mon cher Aza, et en même temps ils les méprisent avec un égal excès”.

⁴⁶ Mary WOLLSTONECRAFT, *Vindicación de los derechos de la Mujer*, Ed. Debate, Barcelona 1998. De su texto nos queda hoy lo que se viene denominando el “dilema de Wollstonecraft”, es decir, las contradicciones que surgen por el hecho de que todas las medidas diseñadas para aumentar la igualdad entre los sexos acaban teniendo efectos negativos sobre las mujeres. Respuesta: es debido al contexto patriarcal en que se aplican; mientras no seamos conscientes de la existencia del género en el orden patriarcal, las dos vías -la equiparación con los derechos del varón, o el reconocimiento de un sujeto específico diferenciado- que utilizamos las mujeres para alcanzar una ciudadanía equipotente son problemáticas. Sobre este dilema, ver Carole PATEMAN, *The disorder of Women*, Polity Press, Cambridge 1989 y Emanuela LOMBARDO, “La política de género de la Unión Europea: ¿atrapada en el «dilema de Wollstonecraft»?”, en Andrés GARCÍA INDA y Emanuela LOMBARDO, *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Huesca 2002, pp. 225 ss.

⁴⁷ Ver CONDORCET Jean Antoine Nicolas de Caritat, *La instrucción pública*, Eumo Editorial, Vic 1996; y *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004, donde aboga por la igualdad entre los sexos, como la mejor manera de conseguir el desarrollo de una conciencia moral más plena y de una mayor felicidad. Más información sobre el pensamiento de Condorcet en <http://www.condorcet.info/condorcet02.html> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

⁴⁸ Recogida por Alicia H. PULEO, *La Ilustración olvidada, La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos, Madrid 1993, pp. 100-106.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 101.

⁵⁰ Gramaticalmente las declaraciones de derechos son correctas respecto a las mujeres, ya que no somos hombres, palabra pretendidamente genérica, pero no sucede lo mismo respecto a los hombres de otra raza que no sea la blanca. Y siempre teniendo en cuenta además que a la hora del reconocimiento de derechos políticos las normas exigirán que además de ser hombre blanco había que ser propietario. Precisamente por estas exclusiones del falsamente genérico «hombres» en Estados Unidos, el movimiento sufragista estuvo inicialmente muy relacionado con el movimiento abolicionista - Sheila ROBOTHAM, *La mujer ignorada por la historia*, Debate, Madrid 1980, p. 68, señala que en ese tiempo las mujeres no sólo aprendieron a organizarse, sino a observar las similitudes de su situación con la de esclavitud-. Bonnie ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *A History of their own*, Harpers and Row, New York, 1988 profundizan en esta materia.

Y ese momento es crucial para el nacimiento y el posterior desarrollo del sujeto jurídico, porque como dice Habermas⁵¹ «el individuo –varón añado yo- deviene sujeto en virtud de la Declaración». Ya que es la Declaración la que sitúa al «sujeto-varón» como el fin de la organización política –el fin de toda asociación política es la consecución de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, dice el art. 2-, establece los medios de lo que conocemos como el nacimiento técnico de los derechos subjetivos⁵² -los límites sólo pueden establecerse por ley, art. 4-, creándose así la relación entre derechos y ley⁵³.

Por todo eso, Olympe de Gouges -Marie Gouze-, una mujer del pueblo y de tendencias políticas moderadas, tuvo que hacer su Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana de 1791⁵⁴, que dedicó a la reina María Antonieta, con la que, finalmente, compartió la misma suerte: la guillotina.

La igualdad de mujeres y hombres, pedida una y otra vez en los Cuadernos de Quejas⁵⁵, fue tema de discusión en la Asamblea Nacional francesa, y la mayoría de los diputados rechazó tal principio con argumentos tan poco sutiles como que al ser la mujer una persona desprovista de razón, no podían concederse derechos a todas para proteger a una minoría de mujeres excepcionales⁵⁶. En aquella Francia revolucionaria la República estaba dispuesta a agradecer y a condecorar a las mujeres por los servicios prestados – recordemos que el

⁵¹ Peter HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad, 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid 1998, p. 77.

⁵² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1995.

⁵³ G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mitte*, Giuffrè, Milano 1992 llama la atención sobre el hecho de que aunque la construcción teórica difiera en el constitucionalismo norteamericano, al hacer los derechos anteriores a la ley y fundamento de la independencia, hecho que fortalecerá la propia Constitución, la base teórica es común (iusnaturalista) y por tanto tan excluyente para las mujeres como el sistema europeo.

⁵⁴ Ver <http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/8947/Olympe.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

⁵⁵ Ver Isabel ALONSO, y Milagros BELINCHÓN, *La voz de las mujeres en la Revolución francesa. Cuadernos de quejas y otros textos*, La Sal, Barcelona, 1989, especialmente Introducción; o Ángeles JIMÉNEZ PERONA, “Las conceptualizaciones de la ciudadanía y la polémica en torno a la admisión de las mujeres en las Asambleas”, en Celia AMORÓS, (Coord.), *Actas del seminario Feminismo e Ilustración*, Madrid, 1992; o Alicia PULEO, (Ed.), *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos, Barcelona, 1993.

⁵⁶ Seguían al pie de la letra los dictados del que siempre ha sido considerado el gran teórico de la democracia, Rousseau, que ideó ésta únicamente para los hombres ya que si se dejaba actuar libremente a las mujeres, puro instinto, la sociedad estaría abocada a la irracionalidad, al caos y a la locura: Juan Jacobo ROUSSEAU, *Emilio, o la educación*, Porrúa, México 1978. Como pone en evidencia Amelia VALCÁRCEL, “La memoria colectiva y los retos del feminismo”, en Amelia VALCÁRCEL y Rosalía ROMERO (eds.), *Los desafíos del feminismo ante el siglo XXI*, Instituto Andaluz de la mujer, col. Hypatia, Sevilla, 2000, pp. 19-54: este filósofo radical que ni siquiera admite la fuerza como criterio de desigualdad en el estado presocial, que considera injusto todo privilegio posterior, que afirma que “es difícil demostrar la validez de un contrato que no obliga más que a una de las partes, que pone todo de un lado y nada del otro”, que considera que la libertad es un tipo tal de bien que nadie está autorizado a enajenar, asevera que, por el contrario, la sujeción y exclusión de las mujeres es de todo punto deseable.

símbolo de la propia revolución es una mujer- pero no estaba dispuesta a reconocerles otra función de que la de madres y esposas (de los ciudadanos)⁵⁷.

Con todo, los años de 1791 y 1792 fueron años en los que, en pleno proceso revolucionario, estuvieron abiertas durante un breve período de tiempo todas las posibilidades de construcción de la sociedad civil, y algunas de ellas se materializaron -la proliferación de clubes políticos de mujeres⁵⁸, el reconocimiento del derecho de las francesas a ser admitidas en actos civiles de 1792, y sobre todo, las leyes dadas, aquel mismo año, sobre estado civil y divorcio, considerando por primera vez el matrimonio como un contrato entre dos personas igualmente responsables -. Pero, finalmente, la nueva Constitución de 1793⁵⁹ estableció definitivamente el denominado “sufragio universal” como exclusivamente masculino, y en octubre de ese mismo año se ordenó la disolución de los clubes políticos femeninos -el Club de Amigas de la Libertad de Etta Palm, el Club de Republicanas Revolucionarias de Claire Lacombe, etc-, y se prohibió que más de cinco mujeres se reuniesen en la vía pública, por considerarse subversivo contra el orden establecido⁶⁰.

⁵⁷ Pero, como dice Paule-Marie DUHET, *Las mujeres y la Revolución (1789-1794)*, Península, Barcelona 1974, p. 44. una vez que las mujeres habían sentado el precedente de iniciar un movimiento popular armado, no iban a cejar en su afán de no ser retiradas de la vida política. Cuando las mujeres quedaron excluidas de la reunión de los tres estados para redactar y presentar sus quejas al rey comenzaron a redactar sus propios *cahiers de doléance*, auto denominándose "el tercer Estado del tercer Estado".

⁵⁸ Las mujeres crearon asociaciones destinadas a exigir la defensa de sus derechos, como por ejemplo la Sociedad de Mujeres Republicanas Revolucionarias, fundada en febrero de 1793, por Claire Lacombe y Pauline Léon, responsable de diversas conquistas revolucionario-populares. Algunas feministas consiguen destacarse en la defensa de sus derechos destacan Marie-Jeanne Roland, conocida como "Manon" Roland, discípula de Rousseau y célebre como la *philosophe* republicana; la holandesa Etta Palm d'Aelders; Tréouguet de Méricourt, que se destacó en el grupo Amigos de la Constitución en 1790.

⁵⁹ Ver Elisabeth G. SLEDZIEWSKI, “Revolución Francesa. El giro”, en George DUBY y Michelle PERROT, (Dir.), *Historia de las mujeres en Occidente* Madrid, Taurus, Madrid 1993, Vol. 4, pp. 44-45. En el mismo volumen, el trabajo de Dominique GODINEAU, “Hijas de la libertad y ciudadanas revolucionarias”, pp. 23-39.

⁶⁰ Olympe de Gouges fue guillotinado por los jacobinos en noviembre de 1793, acusada de “contrarrevolucionaria”, y en el *Moniteur Universel* apareció publicado un artículo sobre ella en el que se afirmaba significativamente: “quiso ser *hombre de Estado*, y parece como si la ley hubiese castigado a dicha conspiradora por haberse olvidado de cuales son las virtudes propias de su sexo...”. Entre 1793 y 1794 aquellas mujeres que tuvieron una participación política significativa, del signo ideológico que fuese, compartieron el mismo final: la guillotina o el exilio. Así pues, las mujeres no podían subir a la tribuna, pero sí al cadalso - La prensa revolucionaria de la época explica claramente que se persigue a las mujeres que quieren ser "hombres de Estado", transgrediendo las leyes de la naturaleza y abjurando de su destino de madres y esposas -. Este proceso culminó en el caso de la Revolución francesa en 1795 al decretar la Convención que las mujeres no estaban facultadas para asistir a ninguna asamblea política; y, sobre todo, culminó con la aprobación en 1804 del Código Civil napoleónico -que fue copiado y modelo a seguir para el resto de los Códigos Civiles posteriores, incluyendo el español de 1889-. En él, se sancionaba jurídicamente, por un lado, la subordinación legal femenina dentro de la familia a partir de la explícita consideración del matrimonio como un contrato desigual, recogida en la tradicional fórmula matrimonial: “la mujer debe obedecer al marido y el marido proteger a la esposa”; y por otro lado, la institucionalización de la función del marido como mediador y representante de la mujer en lo público, con la significativa denominación de “cabeza de familia” vigente hasta la actualidad y aquel código civil napoleónico de 1804 se encargó de hacer ley positiva dicha "ley natural", consolidando conquistas revolucionarias de los hombres y condenando a las mujeres a la incapacidad legal. Y estos códigos civiles son los que sancionan positivamente al sujeto jurídico como un hombre igual, propietario y con disponibilidad sobre sí mismo (sobre su trabajo) -ver en este sentido a P. BARCELONA, *Diritto Privato e Società Moderna*, Jovene Editore, Napoli 1996-, definición en la que no entran las mujeres.

El pensamiento de aquellas mujeres revolucionarias puede resumirse en la declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana. Si comparamos ese texto con la declaración de derechos del hombre y del ciudadano⁶¹, podemos quedarnos con dos ideas:

- La primera es que mientras la del hombre es excluyente la de la mujer, a pesar del título, es incluyente. Es decir, se nombra a mujeres y hombres:

- Para definir la igualdad:

“La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común” (art.1)⁶²;

- Para definir la soberanía y la nación:

“El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación que no es más que la reunión de la Mujer y el Hombre: ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane de ellos” (art.3)⁶³-; y

- Para definir el principio de legalidad y del principio democrático:

“La ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar en su formación personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos; todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, por ser iguales a sus ojos, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos” (art. 6)⁶⁴-; y

- la segunda es que la declaración de derechos de la mujer añade un plus muy importante al concepto de Constitución y estado constitucional, que no está presente en la declaración de derechos del hombre, me estoy refiriendo al conocido artículo 16, que tantas veces hemos utilizado para sentar las bases del Estado constitucional:

“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución”.

Pues bien, el artículo 16 de la declaración de la mujer y de la ciudadana añade un párrafo, que hubiese cambiado desde el inicio la historia del estado constitucional:

⁶¹ La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano puede verse en la dirección: <http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-declaracionderechos.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008]; o http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/declaracion_fr_1789.html [Consulta: 3 de octubre de 2008]; Y la declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana en: <http://clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf> [Consulta: 3 de octubre de 2008]; o <http://www.estrellacardonagamio.com/8demarzo.html> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

⁶² A pie de página irán los artículos correspondientes de la declaración del hombre y del ciudadanos. “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común” (art.1).

⁶³ El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella (art.3).

⁶⁴ La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos (art. 6).

“la constitución es nula si la mayoría de los individuos que componen la Nación no ha cooperado en su redacción”.

Una vez establecido quien forma la nación –art. 3-, este plus de democracia, a la hora de redactar una constitución, hubiese hecho bastante difícil la historia posterior europea y, es incuestionable que añade otro matiz de universalidad a la declaración.

Es decir, mientras la declaración de derechos del hombre y del ciudadano concibe al ser humano únicamente como hombre, la declaración de la mujer y de la ciudadana, concibe al ser humano como hombre y como mujer; mientras la primera entiende que un estado constitucional puede ser creado y gestionado únicamente por los hombres, la segunda entiende que únicamente la voluntad de mujeres y hombres puede crearlo y gestionarlo; en definitiva, mientras la declaración que triunfó no era universal, la que no triunfó si lo era. Y, precisamente, ésta es la gran aportación de las mujeres a las declaraciones de derechos, conciben a un ser humano sexuado –mujer u hombre- igual en dignidad, en derechos y deberes.

2. Unas primeras consideraciones

Tras el periodo revolucionario el primer concepto de *demos* –y por ende de democracia- que nos queda es un concepto excluyente pero que se autodenomina universal⁶⁵. Y quiero reseñar ese sentido, porque creo que será útil para entender por qué su evolución no ha conseguido, hasta el momento, lo que predica.

El Contrato social de Rousseau entre varones no podía funcionar sin un discurso sobre la inferioridad de las mujeres y sin colocarlas en situación de subordinación legal -la obligada reducción de las mujeres al ámbito doméstico y a la familia-. El “discurso de la inferioridad” frente a la universalidad ética, política y epistemológica no fue una “contradicción” de la Ilustración, sino uno de sus elementos básicos. Y de ahí pasó a ser uno de los elementos constitutivos de los Estados liberales, que estarán basados en la exclusión de las mujeres de la lógica democrática y de la meritocracia. Las mujeres son las únicas que en el Estado moderno siguen manteniendo una lógica estamental: su estatus es de adscripción –a un sexo determinado-. Semejante actuación requería construir una esencia femenina inferior a la masculina (diferente o complementaria en terminología patriarcal), que pusiese las bases de su exclusión política, es decir, que explicase por qué no eran ni sujetos de razón ni sujetos políticos. O dicho de otra forma, como señala Rosa Cobo⁶⁶, “como no era conveniente que las mujeres fuesen sujetos políticos, era requisito necesario negarles la definición de sujetos de razón”. Así, en lo que se podría denominar la cultura generada por las revoluciones burguesas y por la modernidad, se acabó consolidando una representación de las mujeres como centro de la domesticidad, cercanas a la naturaleza por sus funciones reproductivas, y exclusivamente

⁶⁵ Anne PHILIPS, “¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal?” en C. CASTELLES, (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona 1996, pp. 79-98 llama la atención sobre el hecho de que esta concepción presuntamente universal sin serlo de la democracia liberal es la más costosa de poner en tela de juicio ante aquellos que se conforman con la supuesta universalidad.

⁶⁶ Rosa COBO, “Democracia paritaria y radicalización de la igualdad” en *Seminario “Balance y perspectivas de los estudios de las mujeres y del género*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2003, pp. 59-71.

dedicadas a las necesidades de sus hijos y de su círculo familiar; mientras que a los hombres se les representaba como intelectuales, políticos, y vinculados al interés general.

Los hombres blancos, adultos, propietarios y cristianos que erigen el primer estado constitucional, necesitan, para materializar sus definiciones pseudo-universales, que todas las demás personas asuman como propios los valores que reivindican y por eso dedican muchos de sus afanes a estigmatizar y a convencer a aquéllas y a aquéllos que no pertenecen a ese *demos* excluyente: 1) para que asuman esa estigmatización como natural; y 2) para que asuman como propio un orden que les protege a cambio de su renuncia a existir como personas libres. En resumen, en la primera democracia moderna unos pocos hombres quieren convencer al resto de las personas de que su exclusión de la vida pública es “natural” y de que si el Estado que se constituye no los acepta como sujetos es, en definitiva, por su propio bien.

Y aquí está el quid de la cuestión: el contrato constitutivo que invocamos como comienzo y legitimación del estado moderno es un contrato basado no sólo en la exclusión de las mujeres, sino en su anulación como sujetos político-constitucionales con derechos y deberes⁶⁷. Por lo tanto cualquier intento de inclusión en ese orden, sin cuestionar el pacto originario, no tiene más remedio que fracasar. Me explico: por mucho que las mujeres luchen por acceder a formar parte de ese estado, como lucharán, nunca conseguirán su sitio como mujeres, porque las bases de ese estado han sido cabalmente diseñadas para negarlas⁶⁸, por eso, cuando las personas de sexo femenino reivindican únicamente una igualdad con las personas del sexo masculino, se arriesgan a desembocar en la destrucción de su propio sexo.

El derecho a la ciudadanía en ese primer estado constitucional se otorgó siguiendo los dictados del “género”, las mujeres no eran ciudadanas, no por falta de capacidad, por mayor o menor competencia, sino por su pertenencia a un sexo determinado y los varones consiguieron el poder no por su capacidad o mayor competencia, sino por su inclusión en un sexo determinado. De esta manera, la concepción de aquel estado de la democracia era la de un sistema basado en la existencia de vínculos de dominación interpersonales, considerados naturales. Y las mujeres perdimos, algo que todavía hoy no hemos recuperado, perdimos nuestro cuerpo. Me explico, Hobbes ya decía que para ser ciudadano había que se dueño del propio ser y del propio cuerpo; simbólicamente, ese reconocimiento lo hacen las palabras, “ciudadanos”, “derechos del hombre”, etc. Pues bien. Las mujeres seguimos sin ser nombradas “ciudadanas” “derechos de mujeres y hombres” etc. O bien nos conformamos con los genéricos masculinos o devenimos ser humano o persona, pero seguimos sin aparecer como dueñas de nuestros seres y nuestros cuerpos en los contratos por excelencia: las

⁶⁷ Imprescindible la lectura del trabajo de M^a del Mar ESQUEMBRE VALDÉS, “Género y Ciudadanía, Mujeres y constitución”, en *Feminismo/s* nº 8, diciembre de 2006, pp. 35-51, para ver la importancia del sujeto en el derecho constitucional. Más estudios sobre la materia en Neus CAMPILLO IBORRA (Coord.), *Ciudadanía, Género y Sujeto Político. En torno a las políticas de igualdad*, Institut Universitari D’Estudis de la Dona, Universitat de Valencia, Valencia 2000.

⁶⁸ Tamar PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003 se hace la siguiente pregunta: “¿el contrato constitutivo que se invoca como legitimación del orden moderno puede ser extendido a nuevos contratantes, o bien, la irrupción en escena de estos nuevos participantes debe implicar pensar en un contrato radicalmente diverso?”

constituciones⁶⁹. Y como hemos visto, el genérico masculino no es neutral sino que es el reflejo lingüístico de toda una filosofía que niega la calidad de sujeto político a las mujeres⁷⁰.

Y no es baladí el ser nombradas, porque todo el orden establecido en el primer estado constitucional, como hemos visto, educación, leyes, mitos⁷¹, está concebido partiendo de una división de roles de mujeres y hombres y en ese orden el estado es masculino⁷² y patriarcal, basado en la exclusión de las mujeres. Ese estado dejó a las mujeres y a su vida fuera de lo público, formaban parte de lo privado, tema que no incumbía al estado, pero que estaba íntimamente relacionado con su formación. Sin esa parte femenina de “lo privado”⁷³ “lo público” no hubiese podido ser concebido de aquella manera.

Y esa separación entre lo privado y lo público no se limita al estado⁷⁴, también la economía, como discurso teórico elaborado mayoritariamente por los hombres, presenta sesgos androcéntricos⁷⁵, a pesar de algunos intentos en establecer otro discurso, intentos que no prosperaron, como el del líder del movimiento cooperativista inglés, el irlandés William

⁶⁹ Si leemos a Carlos DE CABO MARTÍN, “La Constitución del más débil”, en M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 27-53, especialmente p. 37 y su explicación de la importancia que tiene el nacimiento del estado para la creación del sujeto - “la aparición del Estado (...) hace desaparecer los poderes intermedios – fundamentalmente los Señoriales- que eran los que al “vincular” a los hombres bajo su dominio, impedían la aparición del “hombre” como “sujeto”, es decir, libre y autodeterminado”- podemos afirmar que para las mujeres se mantienen esos poderes intermedios –los varones-, que al vincular a las mujeres bajo su dominio impiden la aparición del sujeto “mujer”, libre y autodeterminada.

⁷⁰ Como dice Mercedes BENGOCHEA BARTOLOMÉ, “Necesidad de poseer cuerpo y nombre para acceder plenamente a la ciudadanía” en Teresa FREIXES SAN JUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coord.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 37-44, especialmente p. 37: “(...) en el orden político, legislativo y simbólico patriarcal el masculino ha usurpado el neutro, constituyéndose en referencia universal única y convirtiéndose en la única categoría pensable y decible de lo universal”.

⁷¹ Interesante en este sentido el trabajo de Luisa MURARO, “El concepto de genealogía femenina” en http://mamametal.com/articulos/indice_genealogias.htm [Consulta: 3 de octubre de 2008] del que destaco este párrafo: “De hecho, la genealogía femenina en las sociedades patriarcales es suprimida, debe ser suprimida, para exaltar la genealogía masculina, la relación Padre e Hijo, escritas con letras mayúsculas, con una clara referencia a la religión cristiana. Para Irigaray, Grecia y cristianismo coinciden en cuanto a los órdenes simbólicos fundados sobre las genealogías masculinas con exclusión de las femeninas. Esta es la definición misma de sociedad patriarcal a la que llega Irigaray y que podríamos sin más considerar como su esencia: es patriarcal aquella sociedad que da vida a genealogías masculinas con exclusión de las femeninas” y el trabajo de la autora que cita Luce IRIGARAY, *Ethique de la difference sexuelle*, De Minuit, Paris 1984.

⁷² Desde que lo conocí siempre cito a Johann Kaspar BLUNTSCHLI, *The Theory of the State*, en <http://www.ecn.bris.ac.uk/het/bluntschli/TheState.pdf> [Consulta: 3 de octubre de 2008], p. 29 porque explica que la expresión francesa *l'état c'est l'homme* expresa que el Estado es el hombre no las personas en general, es decir que el Estado representa la naturaleza masculina. Más datos sobre este origen masculino del Estado en Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid 1984, especialmente pp. 330-334, es decir, que incluso existe esta formulación en nuestra dogmática.

⁷³ Carole PATEMAN, *El Contrato sexual*, Anthropos, Barcelona 1995, denomina a este contrato “privado” contrato sexual e insiste en que es inseparable del contrato social “público”.

⁷⁴ Ver J.B. ELSHTAIN, *Public Man, Private Woman*, Princeton University Press, Princeton 1980.

⁷⁵ No es extraño, dada la escasa participación de las mujeres en la definición de los conceptos, como muestra, es interesante ver la lista de premios Nobel en economía en http://www.eumed.net/cursecon/economistas/premios_nobel.htm [Consulta: 3 de octubre de 2008]; desde que se instauró este premio en 1969 hasta la actualidad ninguna mujer lo ha ganado.

Thompson (1775-1833), por ejemplo, quien en una de sus primeras obras, la “Investigación sobre la Distribución de la Riqueza” (*Inquiry into the Distribution of Wealth*), criticó el capitalismo del siglo XIX y la desigualdad, esgrimiendo argumentos tanto a favor de los trabajadores, como a favor de la igualdad de los sexos. Y esta última postura se radicaliza en su trabajo de 1825 *Appeal of One Half The Human Race, Women, against the Pretensions of the Other Half, Men, to retain them in political, and thence in civil and domestic slavery*⁷⁶, del que es coautora su compañera Anna Wheeler. Sus investigaciones pretenden dar luz sobre la legitimación-deslegitimación de una sociedad patriarcal y fundamentar la posible y necesaria existencia de una sociedad igualitaria.

Pero cuando la economía empieza a nacer como ámbito de estudio, los juicios normativos y morales que había en aquel tiempo respecto de las mujeres y de las actividades que realizaban impidió que la economía política profundizara en esa dirección. En realidad, ni Smith ni los demás autores pertenecientes a la escuela clásica inglesa - con la excepción también aquí de John Stuart Mill - prestaron demasiada atención al trabajo femenino. Y no sólo lo ignoraron, sino que con sus formulaciones contribuyeron a legitimar una visión parcial y sesgada de ‘lo económico’, marginando del campo de estudio de la economía a las mujeres y a sus actividades⁷⁷. Ese discurso ha tenido, además, una consecuencia mediata: su influencia sobre los futuros desarrollos teóricos. Los estereotipos y juicios de género implícitos en aquella visión acabaron por convertirse en el axioma del que parten la mayoría de teorías del mercado laboral.

Como prueba, y por mencionar alguno, citaré los conceptos de mercado y de trabajo. La identificación de economía con mercados y de trabajo con trabajo remunerado hace que muchas mujeres desaparezcan de esos conceptos⁷⁸ y se conviertan en una presencia ausente -

⁷⁶ La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres contra la pretensión de la otra mitad, los hombres, de mantenerlas en la esclavitud política y, en consecuencia, civil y doméstica, obra traducida por Ana de Miguel Álvarez –ver William R. THOMPSON, Anna WHEELER, *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres*, Comares, Granada 2001-. En las direcciones <http://www.mdx.ac.uk/WWW/STUDY/xTho.htm> y <http://www.worc.ac.uk/CHIC/suffrage/document/appeal.htm> [Consulta: 4 de octubre de 2008] se pueden leer extractos de esa obra.

⁷⁷ Maribel MAYORDOMO RICO, “Precursores: el trabajo de las mujeres y la economía política”, en <http://www.ucm.es/info/ec/jec7/pdf/com3-7.pdf> [Consulta: 3 de octubre de 2008], profundiza en esta materia y nos dice que el hecho de que visiones alternativas sobre el trabajo y el rol económico femenino como las de Bodichon, Taylor o Mill, se vieran eclipsadas por la visión clásica de las mujeres como agentes ‘no-económicos’ y ‘no-trabajadoras’ - promovida tanto desde la propia noción de salario de subsistencia como desde la microeconomía laboral smithiana - corrobora esta hipótesis. Y que las referencias clásicas al trabajo y el empleo femeninos no se correspondan con la historia real del trabajo de las mujeres inglesas durante la industrialización, y esto confirma el dominio de un discurso económico cargado de retórica.

⁷⁸ Amaia PÉREZ OSORO, “Estrategias feministas de reconstrucción del objeto de estudio de la economía”, *Foro Interno*, nº 4, diciembre 2004, pp. 87-117, especialmente pp. 90-92 nos explica que esto no siempre ha sido así. El paso importante se da cuando la economía pasa a privilegiar los valores de cambio frente a los valores de uso. Especial importancia en esta concepción tiene la teoría marxista histórica cuando empieza a utilizar el término trabajo real para definir aquel trabajo que puede intercambiarse en el mercado frente al trabajo no real –no-trabajo- que no puede intercambiarse –ejemplo paradigmático el trabajo reproductivo de las mujeres-. Este último aspecto es tratado por C. DI STEFANO, “Masculine Marx”, en M. L. SHANLEY y C. PATERMAN (Eds.), *Feminist Interpretation and Political Theory*, The Pennsylvania State University Press, 1996, pp. 146-163.

presentes en cuanto que para mantener el sistema son imprescindibles y ausentes porque su trabajo es invisible-.

Pero, sin duda, las peores consecuencias de la concepción segregacionista triunfante vienen de su implantación en la enseñanza, porque a través de ella se fortalece y se perpetúa. La justificación teórica viene de la mano de Rousseau⁷⁹ que se erige como padre indiscutible de la pedagogía moderna al constituirse como punto de referencia de todas las propuestas pedagógicas de los siglos XIX y XX. Rousseau planteaba unos principios totalmente diferenciados para la educación de niños y niñas: para Emilio (protagonista masculino de su libro *Emilio o De la Educación*, 1762) el proceso educativo se basa en la experiencia y en el respeto a su personalidad, y debe proporcionarle los conocimientos adecuados para convertirse en un sujeto con criterios propios, libre y autónomo; por el contrario, la educación de Sofía (protagonista femenina que aparece en el último tomo de su obra Emilio) debe ir encaminada a hacer de ella un sujeto dependiente y débil.

Las consecuencias de tal punto de partida no afectan únicamente a las mujeres, sino también a los hombres. El falso universalismo masculino está tan asumido por los varones que éstos no son capaces de distinguir que sus posiciones no son toda la verdad y toda la razón sino que están absolutamente mediatizadas por la enseñanza que han recibido –la del aspecto masculino de la universalidad-.

Y por supuesto, ni las posiciones de Poulain de la Barre, ni de Mary Wollstonecraft, defendiendo con muchos y variados argumentos, la misma educación para las mujeres y para los hombres no van a ser tenidas en cuenta durante estos siglos, aunque nadie pudo rebatirlas. En España defendieron estas mismas posiciones, entre otras personas⁸⁰, Benito Jerónimo Feijoo, quien publicó en 1726 “Defensa de las mujeres” discurso XVI del primer volumen de su monumental *Teatro crítico universal de errores comunes* (1726-1739)⁸¹; o Josefa Amar y

⁷⁹ Interesante el trabajo de Rosa COBO, *Fundamentos del patriarcado moderno*, Ed. Cátedra, Madrid 1995, donde la autora analiza especialmente esta gran influencia de Rousseau.

⁸⁰ Inés Joyes que en 1798 publicó *Apología de las mujeres*, escrita en forma de una “Carta a sus hijas”. Vicente del Seixo, *Discurso filosófico y económico-político sobre la capacidad o incapacidad natural de las mujeres* (1801). Un excelente compendio de estos pensamientos se hace en Isabel MORANT (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, vol. 2: *El mundo moderno. España y América colonial*, Cátedra, Madrid, 2005 -en <http://www.valencia.edu/~iued/somos/publi/catedradef.htm#cap1> [Consulta: 3 de octubre de 2008] puede encontrarse la aportación de Mónica BOLUFER PERUGA, a ese volumen “Transformaciones culturales: luces y sombras”, pp. 479-510-. Sin olvidar que la publicación más antigua que se ha recogido cuando se ha digitalizado la prensa histórica española es *La pensatriz salmantina*, donde Escolástica Hurtado, Girón y Silva de Pico, aboga por esa igual instrucción –ver <http://prensahistorica.mcu.es/es/estaticos/contenido.cmd?pagina=estaticos/presentacion> [Consulta: 3 de octubre de 2008] -.

⁸¹ En esta obra, Feijoo rebate los argumentos habituales sobre la inferioridad física, moral e intelectual de las mujeres, afirmando que mujeres y hombres son iguales en tanto que seres racionales, pues la razón no tiene sexo –“la Alma no es varón ni hembra”-, y llama la atención sobre el papel de la educación –“Estos discursos contra las mujeres son de hombres superficiales. Ven que por lo común no saben sino aquellos oficios caseros a que están destinadas, y de aquí infieren que no son capaces de otra cosa (...); de que las mujeres no sepan más, no se infiere que no tengan talento para más”-. Su obra puede ser consultada en la “Biblioteca feijoniana, Proyecto de Filosofía en español en <http://www.filosofia.org/bjf> [Consulta: 10 de octubre de 2008]. Olivia BLANCO CORUJO, “La Ilustración deficiente. Aproximación a la polémica feminista en la España del siglo XVIII”, en

Borbón que en 1784 publicaba su obra *Importancia de la instrucción que conviene dar a las mujeres*⁸².

Pero las leyes educativas españolas de los siglos XVIII y XIX explicitan claramente que niños y niñas deben educarse en escuelas distintas y recibir enseñanzas también distintas⁸³.

Es a finales del siglo XIX cuando aparecen propuestas que defienden la escuela mixta, es decir: que los niños y niñas se eduquen en los mismos centros y puedan tener acceso por igual a los estudios medios y superiores - Emilia Pardo Bazán⁸⁴, como consejera de Instrucción Pública, propuso en el Congreso Pedagógico de 1892 la coeducación a todos los niveles, con objeto de superar la división de funciones asignadas al hombre y a la mujer, sin embargo, esta propuesta no fue aprobada en las conclusiones finales.

En la Segunda República, cuando la coeducación fue admitida y considerada necesaria, sólo una minoría de centros llegó a tener carácter mixto. Al final de la guerra civil quedó cerrada, por un largo período de tiempo, la opción de la escuela mixta. La legislación franquista⁸⁵ prohibió de nuevo la escolarización conjunta de niñas y niños en los niveles primarios y secundarios, aunque exista un currículum prácticamente único (excepto algunas materias), con el Plan del entonces ministro de Educación Ibáñez Martín (años 40).

Y la educación y la enseñanza son claves para entender la profundidad del problema que trato de analizar y no me refiero únicamente al hecho de una educación segregada de mujeres y hombres sino a los contenidos de las disciplinas que se imparten, donde vuelvo a hacer hincapié en el uso de las palabras⁸⁶. Las disciplinas son impartidas haciendo uso del

Celia AMORÓS y Ana DE MIGUEL (eds.), *Historia de la teoría feminista. De la Ilustración a la globalización*, vol. 1, Minerva, Madrid 2005, pp. 145-173 estudia a Feijoo en su contexto.

⁸² Josefa AMAR Y BORBÓN, *Importancia de la instrucción que conviene dar a las mujeres*, ediciones Cátedra, Colección Feminismos clásicos, Madrid, 1994 – Interesante la biografía intelectual que de ella hace M^a Victoria López Cordón en la introducción pp. 9-49-; Su “Discurso en defensa del talento de las mujeres y de su aptitud para el gobierno y otros cargos en que se emplean los hombres” (1786), puede verse en la dirección <http://www.ensayistas.org/antologia/XVIII/amar-bor/> [Consulta: 3 de octubre de 2008]. Para conocer el contenido de los debates en los que se insertan estas obras ver Mónica BOLUFER PERUGA, “Mujeres y hombres en los espacios del Reformismo Ilustrado: debates y estrategias”, *Debats*, 2003 –asequible en <http://www.raco.cat/index.php/HMiC/article/view/22053/21887> [Consulta: 3 de octubre de 2008]-.

⁸³ El art. 21 del Plan general de Instrucción Pública, Real decreto de 4 de agosto de 1836 dice así: “Se establecerán escuelas separadas para las niñas donde quiera que los recursos lo permitan, acomodando la enseñanza en estas escuelas a las correspondientes elementales y superiores de niños, pero con las modificaciones y en la forma conveniente al sexo. El establecimiento de estas escuelas, su régimen y gobierno, provisión de maestras, etc., serán objeto de un decreto especial”. Este Plan general se puede leer en <http://www.filosofia.org/mfa/fae836a.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008]; en la dirección <http://www.filosofia.org/mfa/index.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008] puede consultarse normativa española sobre enseñanza del siglo XIX.

⁸⁴ Emilia Pardo Bazán apoyó la experiencia educativa que desde 1876 hasta 1938 llevó a cabo la Institución Libre de Enseñanza, cuyos principios pedagógicos se vinculaban a la coeducación y al laicismo.

⁸⁵ Para ver las bases de la legislación franquista es interesante la lectura de la Ley de la Jefatura del Estado español de 20 septiembre de 1938, sobre reforma de la Enseñanza Media, Boletín Oficial del Estado de 23 de septiembre de 1938 cuyo prólogo puede leerse en: <http://www.filosofia.org/mfa/fae938a.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

⁸⁶ Sobre la importancia de la enseñanza ver Eva MARTÍNEZ SAMPERE, “La Constitución y la educación mixta igualitaria”, en *XXI Revista de Educación*, Universidad de Huelva, vol. 6. 2004.

masculino universal, expulsando a las mujeres de todo el discurso científico⁸⁷. Es decir, las mujeres no encontramos semejantes en ese discurso y, lo que es peor, ese discurso masculino que expulsa a las mujeres del orden jurídico, ayuda a esconder la desigualdad de trato y crea además lógicas que permiten desarrollar mecanismos de seguridad del statu quo para hacer permanente esta situación -baste recordar cómo explicamos el nacimiento del estado constitucional en nuestras aulas, ¿contamos lo que he contado hasta aquí?-. Es importante transmitir el conocimiento reconociendo que los sujetos son sexuados porque el lenguaje es quien configura nuestro sentido de la realidad.

Y el genérico, por definición, no tiene por qué incluir a las mujeres, válgame para ello dos ejemplos⁸⁸: en Holanda en 1883 Aletta Jacobs solicitó ser incluida en los censos electorales porque como residente -*ingezetenen*- tenía derecho al voto; la respuesta del Alto Consejo -*Hoge Raad*- fue que en el término no estaban incluidas las mujeres; en Suiza en 1957, algunas habitantes del cantón suizo de Vaud, reclamaron su inclusión en el censo, alegando que la ley que regulaba el sufragio en su art. 25 utilizaba los términos *tous les Suisses* y que en el uso común y legal se interpretaba que el masculino abarcaba también el femenino, interpretación que negó el Tribunal Supremo Federal suizo; Situación que dio pie a que fuese la constitución suiza la primera en decir, -en el art. 74- que el derecho al voto es de los suizos y de las suizas, tras serles reconocido a las mujeres el derecho al sufragio en 1971⁸⁹.

Por eso es tan importante nombrar a las mujeres, porque para que ocupemos un lugar en el pensamiento debemos ocupar un lugar en la lengua, porque sólo así ocuparemos nuestra posición en la realidad político-constitucional: no hay sujeto sin nombre. Y, esta necesidad no es abstracta, ni obedece a ningún capricho inane, sino consecuencia del arduo trabajo que se tomó el derecho para negar al sujeto femenino primero e ignorarlo después⁹⁰.

Resumiendo lo dicho en estas primeras conclusiones diría que el nacimiento del estado constitucional es el tiempo en el que lo masculino se apropia de lo universal y lo femenino queda fuera de la norma. Y ese falso universalismo masculino está tan asumido por los hombres -y por muchas mujeres- que no son capaces de distinguir que sus posiciones no son toda la verdad y no tienen toda la razón sino que están absolutamente mediatizadas por la enseñanza que han recibido -la del aspecto masculino de la universalidad⁹¹-.

⁸⁷ Para tener mayor conocimiento sobre lo aquí dicho ver, entre otras: Rossana CASSIGOLI, (Coord.), *Pensar lo femenino: Un itinerario filosófico hacia la alteridad*, Anthropos, Barcelona 2008; Barbara HERRSTEIN SMITH, "Figuring and reconfiguring the humanities and the sciences", *Profession*, winter 2005, pp. 18-27; o Drucilla CORNELL, *El corazón de la libertad*, Cátedra, Madrid 2001.

⁸⁸ Ver Anne PAUWELS, *Women changing language*, Logman, London 1998.

⁸⁹ En el actual texto constitucional de 18 de abril de 1999 es el art. 136 el que especifica que todas las suizas y todos los suizos tienen los mismos derechos y deberes políticos - <http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/a136.html> [Consulta: 3 de octubre de 2008]-.

⁹⁰ Ver Raia PROKHOVNIK, "Public and Private Citizenship: From Gender Invisibility to Feminist Inclusiveness", *Feminist Review* 60/1998, pp. 84-104.

⁹¹ Como dice Kaufman, Michael, "Las experiencias contradictorias del poder entre los hombres", en Teresa Valdés y José Olavarría (eds.), *Masculinidad-es: poder y crisis*, Isis Internacional-Flacso, Santiago de Chile 1997, pág. 81: "La gran paradoja de la cultura patriarcal es que las formas dañinas de masculinidad dentro de una sociedad dominada por los hombres son perjudiciales no sólo para las mujeres sino también para ellos mismos".

III. DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO⁹²

Este punto nos servirá para verificar si la costosa lucha de las mujeres por el voto⁹³ consiguió el fin que anhelaban: formar parte de lo público.

1. Las luchas de las mujeres en el siglo XIX

Entramos en el siglo XIX, al igual que en los siglos anteriores, con dos corrientes de pensamiento enfrentadas, la que partía de la exclusión de las mujeres de lo público⁹⁴ y la que reivindicaba su inclusión⁹⁵. Las mujeres habían quedado encerradas en los hogares de sus padres o de sus maridos, marginadas de la educación y de las profesiones liberales. Por eso comenzaron a organizarse en torno a la reivindicación del derecho al sufragio, lo que explica su denominación como sufragistas.

En EEUU en 1848, en el Estado de Nueva York, se aprobó la Declaración de Seneca Falls, uno de los textos fundacionales del sufragismo⁹⁶. En Europa, el movimiento sufragista inglés fue el más potente y radical. Desde 1866, en que el diputado John Stuart Mill⁹⁷, presentó la primera petición a favor del voto femenino en el Parlamento, no dejaron de sucederse iniciativas políticas. Sin embargo, los esfuerzos dirigidos a convencer y persuadir a los políticos de la legitimidad de los derechos políticos de las mujeres provocaban burlas e indiferencia. En consecuencia, el movimiento sufragista dirigió su estrategia a acciones más

Al negar la condición de individuos, sujetos jurídicos, a las mujeres, se negó la existencia de todo lo relacionado con lo femenino –sensibilidad, sentimientos, perdón.....- a los hombres.

⁹² En la dirección <http://www.worc.ac.uk/CHIC/suffrage/> [Consulta: 4 de octubre de 2008] se pueden encontrar más datos y documentos para la mejor comprensión de este paso.

⁹³ En la dirección <http://www.ipu.org/wmn-e/suffrage.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008] puede verse cronológicamente cómo se llega a este derecho en los diferentes países del mundo.

⁹⁴ “(...) Sólo el aspecto de la mujer revela que no está destinada ni a los grandes trabajos de la inteligencia ni a los grandes trabajos materiales. Paga su deuda a la vida, no con la acción, sino con el sufrimiento (...) Tiene que obedecer al hombre, ser una compañera pacienzuda que le serene (...) Las mujeres permanecen toda su vida niños grandes, una especie de intermedio entre el niño y el hombre (...) Lo que distingue al hombre del animal es la razón. Confinado en el presente se vuelve hacia el pasado y sueña con el porvenir. La débil razón de la mujer no participa de esas ventajas...padece miopía intelectual (...): SCHOPENHAUER, *El amor, las mujeres y la muerte*, 1851, en http://www.schopenhauer-web.org/textos/El_amor_las_mujeres_y_%20la_%20muerte.pdf [Consulta: 3 de octubre de 2008].

⁹⁵ Interesante el repaso cronológico que se hace en la dirección http://www.assemblee-nationale.org/histoire/dossier_citoyennete_politique.asp [Consulta: 3 de octubre de 2008] sobre la participación de las mujeres en lo público.

⁹⁶ Ver <http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/8947/declaracion.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008]. Este texto que se basaba en el ideario ilustrado, sin olvidar, como señaló Richard J. EVANS, *Las feministas*, Siglo XXI, Madrid 1980, p. 15, la importancia del trasfondo individualista de la religión protestante: "La creencia protestante en el derecho de todos los hombres y mujeres a trabajar individualmente por su propia salvación proporcionaría una seguridad indispensable, y a menudo realmente una auténtica inspiración, a muchas, si no a casi todas las luchadoras de las campañas feministas del siglo XIX". Cuando en 1920 en EEUU se introdujo la decimonovena enmienda, de las mujeres participantes en la reunión de Seneca Falls, tan sólo una, Charlotte Woodward entonces de diecinueve años, llegó a presenciar las primeras elecciones presidenciales en que tomaron parte las mujeres.

⁹⁷ John STUART MILL, junto con Harriet TAYLOR MILL publicó en 1869 *The subjection of the woman* – Ediciones Cádiz, Madrid 2001 ha publicado *Ensayos sobre la igualdad sexual* de ambos autores-.

radicales. Tendría que pasar la Primera Guerra Mundial y llegar el año 1928 para que las mujeres inglesas pudiesen votar en igualdad de condiciones.

Ahora bien, no hay que olvidar que las sufragistas luchaban por la igualdad de mujeres y hombres, es decir, por una auténtica universalización de los valores democráticos y liberales. La lucha por el derecho al voto y su denominación de sufragistas fue una decisión estratégica porque la vindicación del derecho al voto unía a mujeres y hombres de opiniones políticas diferentes. Su movimiento fue interclasista basado en esas discriminaciones semejantes que todas las mujeres sufrían como mujeres, al margen de su clase social. La idea era que, una vez conseguido el voto y el acceso al parlamento, podrían comenzar los cambios en las leyes y en las instituciones. Idea que un siglo más tarde pudimos constatar que era correcta, pero no suficiente: no basta con acceder a las instituciones que gestionan las reglas del juego, hay que cambiar las propias reglas de juego para existir en igualdad⁹⁸.

Y esta idea estaba presente en las mujeres de aquel tiempo, Hubertine Auclert⁹⁹, fue la primera en plantearla en 1880, cuando escribió una carta al prefecto para negarse a pagar los impuestos hasta que pudiera votar: «Yo dejo a los hombres que se arroguen el poder de gobernar, el privilegio de pagar los impuestos que votan y se reparten a su gusto (...) Yo no tengo derechos, entonces no tengo cargas, yo no voto, yo no pago».

En aquellos momentos las mujeres se preocupaban sobre todo de la conquista de los derechos civiles. En 1884, Hubertine Auclert pidió otra vez la extensión del sufragio llamado «universal» a las mujeres y sugirió al mismo tiempo que las Asambleas estuvieran compuestas «por tantas mujeres como hombres». No sólo para acabar con el monopolio masculino del poder republicano y otorgar el derecho a las mujeres a votar y a ser elegidas, sino para repartir el poder político entre mujeres y hombres. Lo importante para Auclert, como resalta Agacinski¹⁰⁰, era que la igualdad política que reclamaba debía significar el reconocimiento de las mujeres como tales como la otra parte del pueblo soberano¹⁰¹. Hombres y mujeres debían en consecuencia constituir, juntos e igualmente, el cuerpo de electores y elegidos¹⁰².

⁹⁸ La Federación de Mujeres progresistas, propone un Nuevo Contrato social y los Objetivos esenciales del nuevo pacto social son: 1.- Compartir responsabilidades familiares; 2.- Compartir el trabajo; 3.- Compartir el poder y 4.- Promover las condiciones que posibiliten una sociedad compartida. Puede verse en <http://humano.ya.com/ampvictoriakent/Contrato.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

⁹⁹ Ver Hubertine AUCLERT, *Le Vote des femmes*, Editions Giard et Briene, París 1908, pp. 136-137, citada por Sylviane AGACINSKI, *Política de sexos*, Taurus, Madrid 1999 p. 155; en la dirección http://www.assemblee-nationale.org/histoire/femmes/citoyennete_politique_ECRITS.asp [Consulta: 3 de octubre de 2008] se pueden ver los escritos sobre la paridad de Auclert.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ En España en 1899 Adolfo GONZÁLEZ POSADA, publica su obra *Feminismo*, publicada por Cátedra, Madrid 1994, trabajo que analiza Javier GARCÍA MARTÍN; “Adolfo G. Posada, un constitucionalista ante el feminismo. Entre el estado social y el derecho privado”, en su aportación a este congreso.

¹⁰² Es decir, *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* como decía ya Bartolomé DE LAS CASAS, *Los Tesoros del Perú*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1958, p. 202; cita mencionada también por Kenneth PENNINGTON (2003), “Bartolomé de las Casas and the Tradition of Medieval Law”, versión en Internet: <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/RightsNatives.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008] y que una vez más, siglos más tarde, sigue manteniendo su sentido.

En ese tiempo, desde el socialismo utópico Fourier¹⁰³ aportó su tesis de que la situación de las mujeres era el indicador clave del nivel de progreso y civilización de una sociedad, tesis que fue 'literalmente' asumida por el socialismo posterior.

A mediados del siglo XIX comenzó a imponerse en el movimiento obrero el socialismo de inspiración marxista o "científico". El marxismo articuló la llamada "cuestión femenina" en su teoría general de la historia y ofreció una nueva explicación del origen de la opresión de las mujeres y una nueva estrategia para su emancipación. Tal y como desarrolló Friedrich Engels en *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, obra publicada en 1884¹⁰⁴, el origen de la sujeción de las mujeres no estaría en causas biológicas -la capacidad reproductora o la constitución física- sino sociales. En concreto, en la aparición de la propiedad privada y la exclusión de las mujeres de la esfera de la producción social -de este análisis se deduce que la emancipación de las mujeres irá ligada a su retorno a la producción y a la independencia económica-.

Ahora bien, la tesis que apoyaba la incorporación de las mujeres a la producción, no dejó de tener numerosos detractores en el propio ámbito socialista. Se utilizaron diferentes argumentos para oponerse al trabajo asalariado de las mujeres: la necesidad de proteger a las obreras de la sobreexplotación de la que eran objeto, el elevado índice de abortos y mortalidad infantil, el aumento del desempleo masculino, el descenso de los salarios... Pero, como señaló Auguste Bebel en su célebre obra *La mujer y el socialismo*, también se debía a que, a pesar de la teoría, no todos los socialistas apoyaban la igualdad de los sexos¹⁰⁵. Por otro lado, el socialismo insistía en las diferencias que separaban a las mujeres de las distintas clases sociales. Así, aunque las socialistas apoyaban tácticamente las demandas sufragistas, también las consideraban enemigas de clase y las acusaban de olvidar la situación de las proletarias, lo que provocaba la desunión de los movimientos. Además, la relativamente poderosa infraestructura con que contaban las feministas burguesas y la fuerza de su mensaje calaba en las obreras llevándolas a su lado. Una de las tareas de las socialistas fue la de romper esa alianza¹⁰⁶, aunque esta separación sufragistas/socialistas presentó numerosos dilemas a las mujeres socialistas, que, además eran conscientes de que para sus camaradas y para la dirección del partido la "cuestión femenina" no era precisamente prioritaria. Más bien se consideraba una mera cuestión de superestructura, que se solucionaría automáticamente con la socialización de los medios de producción, y, en el peor de los casos, "una desviación peligrosa hacia el feminismo". Esto no impidió que las mujeres socialistas se organizaran

¹⁰³ C. FOURIER, *Teoría de los cuatro movimientos*, Barral, Barcelona 1974, p. 167.

¹⁰⁴ Última publicación en castellano de Friedrich ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Editorial Fundamentos, Madrid 1997.

¹⁰⁵ A. BEBEL, *La mujer y el socialismo*, Júcar, Madrid 1980, p. 117: No se crea que todos los socialistas sean emancipadores de la mujer; los hay para quienes la mujer emancipada es tan antipática como el socialismo para los capitalistas.

¹⁰⁶ Alejandra KOLLONTAI, *Memorias*, Debate, Madrid 1979, bolchevique y feminista relata en este libro algunas de estas estrategias. Pero también fue ella misma, ministra durante sólo seis meses el primer gobierno de Lenin, quien dio la voz de alarma sobre el rumbo preocupante que iba tomando la revolución feminista en la Unión Soviética. La igualdad de los sexos se había establecido por decreto, pero no se tomaban medidas específicas, tal y como ella postulaba, contra lo que hoy llamaríamos la ideología patriarcal.

dentro de sus propios partidos, se reuniesen para discutir sus problemas específicos y crearan, a pesar de que la ley les prohibía afiliarse a partidos, organizaciones de mujeres¹⁰⁷. En cualquier caso, las relaciones entre el marxismo y el feminismo no fueron las adecuadas para las mujeres¹⁰⁸.

2. Los logros del siglo XX

En el siglo XX las mujeres comenzamos a vivir en la época de la igualdad formal legal donde nuestro problema se convirtió en el problema que no tiene nombre y fue el trabajo de las feministas justamente el de nombrarlo¹⁰⁹.

Dentro de los logros del siglo XX, indudablemente, es el derecho al sufragio activo y pasivo el más destacado¹¹⁰ –que en Europa comenzó en 1906 en Finlandia y acabó en Liechtenstein en 1984- y junto a él la declaración universal de derechos humanos de 1948, propiciada por la ONU, que contó con la activa presencia de Eleonor Roosevelt, presidenta de la Comisión que

¹⁰⁷ Los cimientos de un movimiento socialista feminista fueron puestos por la alemana Clara Zetkin (1854-1933), quien dirigió la revista femenina *Die Gleichheit* –Igualdad- y organizó una Conferencia Internacional de Mujeres en 1907.

¹⁰⁸ A ese respecto es interesante el texto de Lidia SARGENT (Ed.), *Woman and Revolution: a discussion of the unhappy marriage of Marxism and feminism*, South End Press, Boston 1981, especialmente el trabajo de Heidi HARTMANN, “The unhappy marriage of Marxism and feminism”, donde la autora nos dice: “The marriage of Marxism and feminism has been like the marriage of husband and wife depicted in English common law: Marxism and feminism are one, and that one is Marxism”.

¹⁰⁹ Fruto de este trabajo son la obra de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo* (1949) y *La mística de la feminidad* (1963), de la estadounidense Betty Friedan, quien analizó la profunda insatisfacción de las mujeres estadounidenses consigo mismas y su vida, y su traducción en problemas personales y diversas patologías autodestructivas: ansiedad, depresión, alcoholismo. El problema es para ella un problema político: “la mística de la feminidad” -reacción patriarcal contra el sufragismo y la incorporación de las mujeres a la esfera pública durante la Segunda Guerra Mundial-, que identifica mujer con madre y esposa, con lo que cercena toda posibilidad de realización personal y culpabiliza a todas aquellas que no son felices viviendo solamente para los demás. Betty Friedan contribuyó a fundar en 1966 la Organización Nacional para las Mujeres (NOW) y es una de las propuloras del denominado feminismo liberal, que define la situación de las mujeres como de desigualdad -y no de opresión y explotación- y postula la reforma del sistema hasta lograr la igualdad entre los sexos. Las liberales comenzaron definiendo como problema principal de las mujeres su exclusión de la esfera pública, y propugnaron reformas relacionadas con la inclusión de las mismas en el mercado laboral y en los puestos públicos.

¹¹⁰ Francisco Javier CORCUERA ATIENZA, “El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931” en *Historia contemporánea*, Nº 6, 1991, pp. 15-46 recuerda que DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3e ed., tome III, pp. 602 y ss. trata el proceso de reconocimiento del sufragio femenino en los distintos países: Se reconoce constitucionalmente en Suecia (reforma de 1919), Alemania (1919), Austria (1920), Polonia (1920), Estados Unidos (enmienda XX, 1920)Š. Legislativamente en Inglaterra (*Representation of the People Act* de 6 de febrero de 1918 que establece el sufragio universal puro y simple, aboliendo el voto plural, y admite el sufragio femenino -con 30 años. El sufragio pasivo femenino no se recoge hasta noviembre de 1918), Checoslovaquia, ley de 29 de febrero de 1920Š. Subsisten significativas excepciones, como la de Francia, donde no se recoge hasta después de la II Guerra Mundial, y donde se mantiene un debate entre constitucionalistas en que no faltan quienes defienden la exclusión de las mujeres por considerarla derivada de la ley natural que establece la división fundamental del trabajo entre los dos sexos (A. ESMEIN, *Droit Constitutionnel*, 8e ed., Paris, 1927, I, p. 394). En sentido contrario, Duguit, *loc. cit.*, pp. 592-3, considera el mantenimiento de la incapacidad política de la mujer como supervivencia de un estado social anterior que ya no respondía al estado “moral y económico” de una sociedad en que existe una activa participación de la mujer en la economía y la vida pública y, particularmente, en que se ha producido un importante progreso del movimiento sindicalista.

la redactó. Y me detengo en esta declaración porque formalmente es la primera que parte de la igual dignidad humana y la igualdad de derechos de las personas –no del genérico hombre-, prohibiendo cualquier tipo de discriminación y haciendo una referencia expresa a la de sexo –“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” dice el art. 1 y continúa el art. 2: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”-.

Pero este punto de partida no fue suficiente para la igualación en dignidad y en derechos de las mujeres y pronto se consideró necesario tomar medidas complementarias¹¹¹:

- El Convenio de los Derechos políticos de la mujer de 20 de diciembre de 1952¹¹², que entró en vigor el 7 de julio de 1954, se redacta “Reconociendo que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por conducto de representantes libremente escogidos, y a iguales oportunidades de ingreso en el servicio público de su país; y deseando igualar la condición del hombre y de la mujer en el disfrute y ejercicio de los derechos políticos, conforme a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos”¹¹³;
- El Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966¹¹⁴, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, cuyo art. 3 dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos

¹¹¹ En mi trabajo “La aportación de las mujeres a las declaraciones de derechos: otra manera de concebir al ser humano”, de próxima publicación, profundizo en las causas que hicieron insuficiente para las mujeres esta declaración. Resumiendo el mensaje de ese trabajo podría decir que la igualdad de las personas no estará jurídicamente asegurada mientras no se nombre convenientemente al sujeto de derechos con fórmulas positivas como: “Mujeres y hombres, de toda raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, son iguales en dignidad, en derechos y en deberes”. Un ejemplo de ese tipo de lenguaje es la carta mundial de las mujeres para la humanidad, aprobada en Kigali, Rwanda, el 10 de diciembre de 2004 –asequible en http://www.nodo50.org/ddhmmujeres/article.php?id_article=21 [Consulta: 3 de octubre de 2008] -.

¹¹² Puede encontrarse en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/22_sp.htm [Consulta: 3 de octubre de 2008].

¹¹³ Cuando España accede al Convenio, el 14 de enero de 1974 hizo una serie de declaraciones a propósito del los art. I, -Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna-, art. II -Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna-, y del art. III -Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna- que todavía no ha retirado: Articles I and III of the Convention shall be interpreted with out prejudice to the provisions which in current Spanish legislation define the status of head of family. Articles II and III shall be interpreted without prejudice to the norms relating to the office of Head of State contained in the Spanish Fundamental Laws. Article III shall be interpreted without prejudice to the fact that certain functions, which by their nature can be exercised satisfactorily only by men or only by women, shall be exercised exclusively by men or by women, as appropriate, in accordance with Spanish legislation.

¹¹⁴ En http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm[Consulta: 3 de octubre de 2008].

los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” que España ratificó el 27 de abril de 1977.

- El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966¹¹⁵, que entró en vigor el 3 de enero de 1976 y que España ratificó el 27 de abril de 1977, cuyo art. 3 establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto” y cuyo art. 7 establece “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; todavía no cumplido en nuestro país.
- La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979¹¹⁶, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y que España ratificó el 5 de enero de 1984¹¹⁷, que exige medidas de equiparación, incluso legislativas para superar la discriminación de las mujeres¹¹⁸. La razón de la necesidad de tal Convención, que con los pactos anteriores no debía ser necesaria es la que se expone en el propio preámbulo: “Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”, y esa preocupación podría mantenerse al día de hoy.

Ahora bien, a pesar de la instauración de un estado democrático y social de derecho, estado que reconocía, sin nombrarlas los derechos políticos de las mujeres y estos convenios internacionales, en la década de los sesenta, de intensa actividad política, las mujeres volvieron a organizarse, porque sentían que no habían conseguido su objetivo. Y precisamente en la manera de conseguirlo volvieron a vivir las diferencias entre ellas, en este caso, entre las que se denominaron feministas radicales y las feministas políticas¹¹⁹. Ambos grupos parten de que el género -que expresa la construcción social de la feminidad- y el patriarcado -un sistema de dominación sexual que se concibe, además, como el sistema básico de dominación sobre el que se levanta el resto de las dominaciones, como la de clase y raza- son las categorías que vertebran sus análisis de la totalidad social.

¹¹⁵ En http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_cescr_sp.htm [Consulta: 3 de octubre de 2008].

¹¹⁶ En http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw_sp.htm [Consulta: 3 de octubre de 2008]

¹¹⁷ España ratifica con una Declaración: The ratification of the Convention by Spain shall not affect the constitutional provisions concerning succession to the Spanish crown.

¹¹⁸ El desarrollo de estos textos de la ONU puede verse en Eva MARTÍNEZ SAMPERE, “Hacia la plena ciudadanía” en Teresa FREIXES SAN JUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coord.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 45-66, especialmente pp. 48 y 49.

¹¹⁹ Entre las radicales son obras emblemáticas Política sexual de Kate Millet y La dialéctica de la sexualidad de Sulamith Firestone, publicadas en el año 1970. Y entre las políticas encontramos a Sheyla Rowbotham, Roberta Hamilton, Zillah Eisenstein y Juliet Michell.

El feminismo radical ha evolucionado hacia un nuevo tipo de feminismo, el denominado feminismo cultural, y mientras el feminismo político - feminismo socialista y feminismo liberal- lucha por la superación de la diferencia de género, el feminismo cultural parece afianzarse en la diferencia¹²⁰, de ahí su designación como feminismos de la diferencia y feminismos de la igualdad.

El feminismo de la diferencia critica al feminismo de la igualdad por considerar que es reformista, asimila las mujeres a los varones y, en última instancia, no logra salir del paradigma de dominación masculina. Mientras el de la igualdad critica las pocas consecuciones prácticas que ha obtenido el de la diferencia.

En estos últimos años, la desaparición del feminismo como movimiento social organizado no ha implicado ni la desaparición de las feministas como agentes políticos, ni la del feminismo como un conjunto de prácticas discursivas siempre en desarrollo. Y es en estos años cuando ha ido tomando progresivamente fuerza lo que ya se denomina feminismo institucional¹²¹, cuya característica básica es la de trabajar dentro del sistema¹²².

En definitiva, los grupos de base, el feminismo institucional y la pujanza de la teoría feminista, más la paulatina incorporación de las mujeres a puestos de poder no estrictamente políticos -administración, judicaturas, cátedras...- y a tareas emblemáticamente varoniles -ejército y policía-, han ido creando un poso feminista que simbólicamente puede cerrarse con la Declaración de Atenas de 1992¹²³. En esta Declaración, las mujeres han mostrado su claro deseo de firmar un nuevo contrato social y establecer una democracia paritaria, concepto que se refiere a una democracia donde mujeres y hombres tengan no sólo los mismos derechos, sino las mismas responsabilidades en la gestión de las tareas sociales¹²⁴.

¹²⁰ El feminismo francés de la diferencia parte de la constatación de la mujer como lo absolutamente otro. En dicha otredad, tomando prestada la herramienta del psicoanálisis, utiliza la exploración del inconsciente como medio privilegiado de reconstrucción de una identidad propia, exclusivamente femenina. Desde esta visión, la igualdad de mujeres y hombres llevaría a las mujeres a renunciar a su propio ser femenino para imitar al masculino. Entre sus representantes destacan Annie Leclerc, Hélène Cixous y, sobre todo, Luce Irigaray. En Italia son escritos de esta concepción el manifiesto de *Rivolta femminile* de 1970 y el escrito de Carla Lonzi, *Escupamos sobre Hegel*.

¹²¹ Este feminismo reviste diferentes formas en los distintos países occidentales: desde los pactos interclasistas de mujeres a la nórdica -donde se ha podido llegar a hablar de feminismo de Estado- a la formación de *lobbies* o grupos de presión, hasta la creación de ministerios o instituciones interministeriales de la mujer, como es el caso en nuestro país, donde en 1983 se creó como organismo autónomo el Instituto de la Mujer

¹²² Resultado notable de estas políticas ha sido el hecho, realmente impensable hace sólo dos décadas, de que mujeres declaradamente feministas lleguen a ocupar importantes puestos en los partidos políticos y en el Estado.

¹²³ “PORQUE la igualdad formal y real entre las mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano. PORQUE las mujeres representan más de la mitad de la población. La democracia exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones”, comienza diciendo la Declaración de Atenas de 1992 - <http://www.geocities.com/Athens/Parthenon/8947/atenas.htm>[Consulta: 3 de octubre de 2008] -.

¹²⁴ Fue en el seminario que llevaba por título “La democracia paritaria. 40 años de actividad del Consejo de Europa”, celebrado en Estrasburgo los días 6 y 7 de noviembre de 1989 cuando se debatió por primera vez en Europa sobre este concepto – se ocupa de este seminario J. MOSSUZ-LAVAU, “Les femmes et la politique: La France au regard de l’Europe”, en *De la République à l’Europe. Hommage à J.-L. Quermonne*, París 1996, pp. 112 y ss. -. Desde entonces el Consejo de Europa se ha ocupado de este tema - ver http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/03_Women_and_decision-making/[Consulta: 3 de octubre de 2008]

Ahora bien, simultáneamente, los mensajes reactivos de "la igualdad está ya conseguida" y "el feminismo es un anacronismo que empobrece la vida de la mujer" parecen también fortalecerse¹²⁵.

En algunos textos se ha acuñado ya el término de "feminismo de tercera ola" para referirse al feminismo de los ochenta, que se centra en el tema de la diversidad de las mujeres. Este feminismo se caracteriza por criticar el uso monolítico de la categoría mujer y en el estudio de las implicaciones prácticas y teóricas de la diversidad de situaciones de las mujeres. Esta diversidad afecta a las variables que interactúan con la de género, como son el país, la raza, la etnia y la preferencia sexual.

En resumen, en esta breve historia¹²⁶ podemos ver que las mujeres, con diferentes planteamientos, tenemos un sentir común: queremos ser sujetos reconocidos de nuestras decisiones, tanto en el ámbito privado como en el público. Y digo reconocidos porque, como hemos visto, siempre hemos sido y somos sujetos presentes pero invisibles para el orden constitucional.

3. Unas segundas consideraciones

Si como decía Ignacio de Otto¹²⁷ una Constitución prefigura el modelo de Estado, el texto de esa Constitución tiene una gran importancia a la hora de saber los sujetos políticos que constituyen ese Estado y la manera concreta en que ese Estado va a construirse. Porque, siguiendo a Hermann Heller¹²⁸, una Constitución no es simplemente un conjunto de normas –normatividad–, sino que es también un conjunto de elementos no normados que componen los supuestos extrajurídicos e históricos de la realidad constitucional –normalidad–. De forma que sería necesario, o al menos deseable, que los valores, principios y exigencias reconocidos en

2008] -. De entre las actividades que este seminario propició citaré los siguientes textos adoptados por la Asamblea parlamentaria: la Recomendación 1229 (1994) relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; la Recomendación 1269 (1995) relativa a un progreso tangible de los derechos de las mujeres a partir de 1995 y la Recomendación 1413 (1999) sobre la representación paritaria en la vida política; También la cumbre europea de mujeres en el poder celebrada en Atenas el 3 de noviembre de 1992, -de ahí lo de Declaración de Atenas- auspiciada por la Comisión europea, hizo suyo este concepto. Para profundizar en el concepto de democracia paritaria, por todas, ver Julia SEVILLA MERINO, *Mujer y ciudadanía: la democracia paritaria*, Universidad de Valencia, Valencia 2004; su intervención sobre "Paridad y Constitución", en el Congreso *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, celebrado en Madrid en abril del 2005 puede verse en <http://www.inap.map.es/NR/rdonlyres/86AA3B3E-EC1E-46BA-90A6-B2BA321F8736/0/jsevilla.pdf> [Consulta: 4 de octubre de 2008] y desde la dirección http://www.inap.map.es/ES/Investigacion/Congresos/Congreso_Internacional/Ponencias/Ponencias.htm se puede llegar a todas las ponencias que se presentaron [Consulta: 4 de octubre de 2008].

¹²⁵ Como consecuencia, las mujeres jóvenes, incapaces de traducir de forma política la opresión, parecen volver a reproducir en patologías personales antes desconocidas -anorexia, bulimia- el problema que se empeña "en no tener nombre".

¹²⁶ Un excelente resumen de lo que hemos visto hasta aquí puede leerse en Amelia VALCÁRCEL, "La memoria colectiva y los retos de las mujeres", *CEPAL*, Serie Mujer y Desarrollo, nº 31/2000, que se puede encontrar en <http://www.ongd-clm.org/PUBLICACIONES%20DIGITALES/mujer%20y%20desarrollo/Noviembre/fem.pdf> [Consulta: 3 de octubre de 2008] y al que también se puede acceder desde <http://www.nodo50.org/mujeresred/feminismo.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

¹²⁷ Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona 1989, p. 44.

¹²⁸ Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, FCE, México 1971, pp. 272 y ss.

la Constitución, respondan a los valores, principios y objetivos que conforman la realidad social. Y, como veremos a continuación, nuestros textos están lejos de incluir a las mujeres como sujetos políticos que co-definen con los hombres esos valores, principios y objetivos comunes, porque como decía Lucas Verdú¹²⁹, “(...) no parece difícil inferir que el Estado y su ordenamiento jurídico son predominantemente masculinos, precisando que dicha masculinidad no ha de entenderse en el sentido organicista obsoleto del siglo pasado, sino con el alcance de superioridad manifiesta que los varones han tenido en la creación, configuración, articulación y dinámica de las estructuras jurídico-políticas, superioridad que en gran parte conservan todavía”.

En el constitucionalismo distinguiremos tres etapas, siguiendo a Pérez Tremps¹³⁰, en cuanto al tratamiento de las mujeres y de sus derechos:

- En una primera etapa (siglos XVIII-XIX) las mujeres no existimos, pero además, en esa época se van construyendo los primeros conceptos ‘supuestamente’ universales, como sufragio universal, democracia, soberanía popular.....¹³¹, todos ellos en ausencia de las mujeres. Es decir, desde lo que denominamos perspectiva de género, la base de nuestra cultura política se cimentó, no sólo en una negación concreta de mujeres concretas de aquel tiempo, sino en una negación absoluta en el plano simbólico de todas las mujeres de todos los tiempos, al concebir conceptos denominados universales excluyéndonos¹³². Los hombres se apropiaron de los conceptos universales y para que esta apropiación resultase coherente, urdieron toda una dogmática en la que se explicaba la incapacidad congénita de las mujeres para ser sujetos políticos.

- En una segunda etapa (siglo XX), que denominaríamos como la etapa de la igualdad formal tácita de mujeres y hombres. Es decir, que aquel “todos los hombres son iguales ante la ley” incluye tácitamente a las mujeres. O dicho de otra manera, el derecho no nos hace iguales a los hombres sino que nos hace hombres y, por lo tanto, iguales. Esta igualdad abstracta que no distingue hombres y mujeres, no fue acompañada de ninguna revisión de los textos anteriores, ni de una manera concreta, ni de una manera simbólica. El resultado, no podía ser otro, fue que la desigualdad real persistiese, aunque con un nuevo matiz: esta desigualdad empieza a ser manifiesta para el propio derecho.

¹²⁹ Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid 1984, pp. 333-334.

¹³⁰ Pablo PÉREZ TREMPs, “Constitución y derechos de la mujer” en *Derechos humanos de las mujeres*, nº 6/1998, pp. 59 y ss.

¹³¹ Cuando en 1848 se discute en Francia sobre el sufragio universal, evidentemente se concibe éste, únicamente para los hombres, a pesar de la activa lucha de las mujeres en la calle.

¹³² Hoy en día, en nuestras universidades seguimos explicando así la igualdad: La igualdad formal es la que se conoce normalmente como igualdad ante la ley, producto de la revolución liberal-burguesa y que queda plasmada: en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Todos los ciudadanos, siendo iguales (ante la ley), pueden optar de igual forma a todas las dignidades y cargos públicos según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos»; en el artículo 2 de la Declaración de 1793: «La igualdad consiste en que todos tengan los mismos derechos», y en el artículo 3 de la Constitución de 1795: «La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. La igualdad no admite distinción alguna por razón de nacimiento ni herencia alguna de poderes.» No se hace ninguna mención a que en esta igualdad formal no estamos incluidas las mujeres.

- En una tercera etapa (finales del siglo XX, comienzos del XXI¹³³), resultado de la anterior, se empieza a plantear la superación de la igualdad formal y la consecución de la igualdad material, proponiendo lo que se denominan acciones positivas que permitan alcanzar una igualdad real de mujeres (inexistentes para el Derecho constitucional todavía) y hombres, basada en la prohibición de discriminación por razón de sexo y en el mandato que reciben los poderes públicos de conseguir la igualdad real y efectiva de los individuos y de los grupos en los que se integra (el art. 9. 2 de nuestra Constitución)¹³⁴. Tampoco en esta etapa se revisan las bases del propio Estado, ni como comunidad ni como aparato, para ver las adecuaciones necesarias, por lo que una vez más sucede que las medidas adoptadas tienen consecuencias contradictorias en el mundo de las mujeres¹³⁵.

A este tiempo de la igualdad de las mujeres-hombres corresponden la opinión consultiva del TEDH y la reforma de los tratados comunitarios.

En su primera opinión consultiva de 12 de febrero de 2008¹³⁶, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye, por unanimidad, que es contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que la Asamblea rechace candidaturas de un país a la judicatura del Tribunal por no figurar mujeres en ellas¹³⁷, dicho sea de paso, posición exactamente contraria

¹³³ Estamos ya en pleno estado social de derecho, donde se venía distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos y para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social.

¹³⁴ O la otra línea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de igualdad que justifica los supuestos de trato normativo diferenciado y favorable a ciertos sectores sociales tradicionalmente discriminados basándose únicamente en el art. 14 de la Constitución española; así se hace en las Sentencias 65/1983, de 21 de julio; 25/1989, de 3 de febrero; 180/191, de 23 de septiembre y, especialmente, en la Sentencia 19/1989, de 31 de enero, donde se afirma: “La virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales...”.

¹³⁵ La viñetas de cualquier cómic de la década de los setenta y ochenta en España, donde las mujeres, sin dejar de ser madres abnegadas, compañeras sumisas –su papel la simbología del patriarcado, el mundo simbólico que no se revisa- deben ser además tigres –masculino, tigresa tiene otra connotación- en los negocios, entregadas a sus tareas profesionales, tiburones de las finanzas son una visión irónica aunque real de esta etapa.

¹³⁶ Se puede consultar en <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc08/FDOC11682.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

¹³⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos respondía así a una petición del 17 de julio de 2007, en la que el Comité de Ministros le solicitó una opinión consultiva sobre dos cuestiones planteadas por Malta –país que presentó a tres candidatos hombres para su elección como juez del tribunal-:

1. ¿Puede una lista de candidatos al puesto de juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que satisface los criterios del artículo 21 del Convenio ser rechazada únicamente en atención a consideraciones de sexo? y

a la mantenida por la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su sentencia de 6 de febrero de 1998¹³⁸, en la que entendió que el hecho de no proponer mujeres para un cargo, implicaba una discriminación contra la mujer por un acto omisivo (...) contrario al principio democrático al de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución Política (...) con lo cual se violaba el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación en perjuicio de la mujer considerada como género y colectividad, no como sujeto en concreto¹³⁹.

En los nuevos textos de los Tratados comunitarios de Lisboa, el Preámbulo de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea¹⁴⁰ nos recuerda que la nueva etapa de integración europea se pone en marcha:

“INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, así como la libertad, la democracia, la igualdad, y el Estado de Derecho”.

Es decir, todo aquello que se ha hecho primero contra las mujeres, como hemos visto, y después sin las mujeres¹⁴¹. El falso universalismo, de sobra detectado en la dogmática jurídica europea¹⁴², sigue presidiendo la parte articulada del Tratado de la Unión Europea cuyo art. 2 señala que:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos

2. ¿Contradican las resoluciones 1366 (2004) y 1426 (2005) – resoluciones que piden la presencia de al menos un candidato del sexo menos presente en el tribunal en la terna que presentan los países- las responsabilidades que el Convenio confiere a la Asamblea, en el artículo 22, de considerar una lista o un nombre que figure en esa lista en atención a los criterios enumerados en el artículo 21 del Convenio? – en Interesante el trabajo de Yaelle CACHO SÁNCHEZ, “El equilibrio de sexos en la elección de jueces para el tribunal europeo de derechos humanos: su opinión consultiva de 12 de febrero de 2008”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 16, 2008.

¹³⁸ El texto de la sentencia puede verse en <http://www.pensamientojuridicofeminista.com/Jurisprudencia/98-0716-marlene.html> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

¹³⁹ El considerando VI es inequívoco: “La igualdad de acceso a los cargos públicos implica que la Administración debe promover el nombramiento de mujeres en equilibrio con el de hombres, con excepción de los casos en que se presente inopia comprobada, ya sea de hombres o de mujeres, situación en la cual lógicamente se produce un desequilibrio entre los nombramientos. Pero en condiciones normales, las oportunidades de hombres y mujeres deben ser iguales y a eso tiende el Ordenamiento Jurídico al imponer a la Administración la obligación de nombrar un número significativo de mujeres en los cargos de decisión política”.

¹⁴⁰ Publicado en DOUE, C 115 de 9 de mayo de 2008, p. 13 y ss. –asequible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:ES:PDF> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

¹⁴¹ La foto de cualquier Consejo Europeo es una visión muy simbólica, además de real - http://www.oemec.es/area23/consejo_europeo.jpg/view [Consulta: 3 de octubre de 2008]. Desde la dirección <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/390&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=fr> [Consulta: 4 de octubre de 2008] se puede acceder a diferentes documentos y datos que prueban que la situación de las mujeres de la UE no es la misma que la de los hombres.

¹⁴² Un interesante trabajo sobre las mujeres en la Unión europea puede verse en <http://www.helsinki.fi/science/xantippa/wes/wes20.html> [Consulta: 3 de octubre de 2008].

valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Jurídicamente hay una diferencia importante entre «valor» y «característica de la sociedad» puesto que el respeto a estos valores:

- es condición imprescindible para que un Estado se adhiera a la Unión –art. 49-;
- porque si se observa un incumplimiento reiterado de alguno de estos valores en un Estado miembro éste puede ser sancionado, según el art. 7; y
- porque según el art. 3. 5 “En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos”, y no sucede literalmente lo mismo con las características de la sociedad¹⁴³, aunque, no podemos olvidar que esta expresión, modula de manera inequívoca el ‘valor’ igualdad¹⁴⁴.

Por otra parte, si nuestra sociedad está caracterizada por la igualdad de mujeres y hombres parece algo contradictorio que el art. 3, que define los objetivos de la Unión, en su punto 3 nos diga que la Unión fomentará la igualdad entre mujeres y hombres¹⁴⁵. ¿Quiere decir esto que aunque seamos iguales podemos ser más iguales? ¿En qué quedamos, somos o no somos iguales¹⁴⁶?

Estas expresiones del texto del tratado¹⁴⁷ obedecen, por un lado, a la falta de una posición constitucional clara de los estados miembros y por otro a la falta de voluntad política¹⁴⁸.

¹⁴³ Era importante señalar como valor el de la igualdad de mujeres y hombres porque así sería jurídicamente más fácil, en todos los órdenes, hacer realidad lo que señalaba el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres, 2005, Bruselas, 14.2.2005, COM(2005) 44 final - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0044:ES:NOT> [Consulta: 3 de octubre de 2008] -, que “la Constitución establece expresamente que la igualdad es un valor de la Unión, que debería promoverse no sólo dentro de la Unión sino también en las relaciones de ésta con el resto del mundo”. En la dirección <http://europa.eu/scadplus/leg/es/s02310.htm> [Consulta: 3 de octubre de 2008] pueden verse resumidas las estrategias de la Unión en las políticas de desarrollo a favor de la igualdad de mujeres y hombres.

¹⁴⁴ De imprescindible lectura para ver las luces y las sobras de este tratado constitucional el trabajo de Teresa FREIXES SANJUÁN, “La perspectiva de género en la elaboración de la constitución europea” en Teresa FREIXES SAN JUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coord.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 69-99.

¹⁴⁵ “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”.

¹⁴⁶ La respuesta obvia es que no somos iguales, ver en este sentido M^a Ángeles BARRÈRE UNZUETA, “Ciudadanía europea e igualdad de género”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n^o 66/2003, pp. 47-66.

¹⁴⁷ Octavio SALAZAR BENÍTEZ, “Las mujeres y la Constitución europea. La insoportable «levedad» del género en la Unión Europea”, *Foro Constitucional Iberoamericano* n^o 8/2004, <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-08art-osb.htm#top> [Consulta: 3 de octubre de 2008] analiza el articulado del tratado constitucional que no entró en vigor, analizando la posición que las mujeres ocuparon en él.

¹⁴⁸ Las vacilantes expresiones que contiene el tratado constitucional no fueron resultado del sentir general de la Convención, que una vez más, cuenta con un pobre porcentaje de mujeres, sino resultado de la presión ejercida por el lobby europeo de mujeres. Ver a este respecto a de Teresa FREIXES SANJUÁN, “La igualdad y el futuro

Tenemos en la Unión europea desde textos constitucionales que nada dicen de las mujeres como el nuestro, pasando por textos con reformas *ad hoc* para asegurar la participación política de mujeres y hombres como las realizadas en la Constitución francesa¹⁴⁹, portuguesa¹⁵⁰, o italiana¹⁵¹; textos que establecen la igualdad en los derechos de mujeres y hombres como la constitución alemana¹⁵²; o textos que van más allá, como el belga¹⁵³, que establece el principio de igualdad entre hombres y mujeres como una garantía del sistema constitucional¹⁵⁴ –hubiese sido preferible que dijese que garantiza la igualdad de mujeres y hombres y no entre mujeres y hombres, porque en esta última versión se puede entender que las mujeres tienen derecho a ser tratadas como hombres, porque la medida que se usa en ese tratamiento es la previamente diseñada únicamente para los hombres-.

de Europa” en M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 241-269.

¹⁴⁹ La ley constitucional nº 99-569, de 8 de julio de 1999, incorpora al art. 3 de la Constitución un nuevo párrafo diciendo que La Ley favorecerá el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas y añade en el art. 4 que los partidos y grupos políticos contribuyen a la puesta en marcha de este principio en las condiciones determinadas en la ley.

¹⁵⁰ La ley constitucional 1/1997 de 20 de septiembre añade al art. 9, como uno de los cometidos del Estado, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres e incorpora al art. 109 lo siguiente: “La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política constituye condición e instrumento fundamental en la consolidación del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación en función del sexo en el acceso a los cargos políticos”.

¹⁵¹ La ley constitucional de 17 de julio de 2000 modificó el art. 48 estableciendo que son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres, La ley constitucional de 18 de octubre de 2001 modificó el art. 117 estableciendo que la ley regional removerá los obstáculos que impiden la plena paridad de hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica y que promoverá la paridad en el acceso de hombres y mujeres a los cargos electivos. La ley constitucional de 30 de mayo de 2003 modificó el art. 51, que establecía que todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos y electorales añadiendo *A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini*.

¹⁵² La ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, página 3219) introduce el art. 3.2 “El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes”.

¹⁵³ La modificación de 21 de febrero de 2002 introduce una nueva frase en el art. 10 - “la igualdad entre mujeres y hombres está garantizada”- en el mismo artículo que reconoce la igualdad formal de los belgas ante la ley e introduce un nuevo art. 11 *bis*, que establece: La ley, el decreto o la regla citada en el artículo 134 garantiza a las mujeres y a los hombres un ejercicio igualitario de sus derechos y libertades, y favorece especialmente un acceso igual a los mandatos electivos y públicos. El Consejo de ministros y los gobiernos de comunidades y regiones cuentan con personas de sexos diferentes. La ley, el decreto o la regla citada en el artículo 134 organizan la presencia de personas de sexo diferente en el seno de las diputaciones permanentes de los consejos provinciales, los colegios de burgomaestres y regidores, los consejos de ayuda social, las oficinas permanentes de los centros públicos de ayuda social o los miembros de los ejecutivos de cualquier otro órgano territorial interprovincial, intermunicipal o intramunicipal. El párrafo que precede no se aplica mientras la ley, el decreto o la regla citada en el artículo 134 organizan la elección directa de los diputados permanentes de los consejos provinciales, los regidores, los miembros del consejo de ayuda social, los miembros de la oficina permanente de los centros públicos de ayuda social o los miembros de los ejecutivos de cualquier órgano territorial interprovincial, intermunicipal o intramunicipal.

¹⁵⁴ Un repaso más pormenorizado de estas reformas puede verse en Julia SEVILLA, “Derechos de las mujeres y reforma constitucional” en M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 271-285.

No podemos pedir al tratado de la Unión europea lo que no tenemos en nuestros textos constitucionales¹⁵⁵. Sólo me he referido a él porque es una muestra clara de la situación que estamos viviendo¹⁵⁶. Y por eso, creo que ha llegado el tiempo de enfrentar una nueva etapa constitucional en la que mujeres y hombres asumamos la tarea de construir nuestros espacios jurídico-políticos en igualdad. Y es una tarea ardua ya que no estoy hablando únicamente de incluir a las mujeres, según la cita bíblica como una apostilla-costilla de los hombres (ciudadanos/ciudadanas, electores/electoras...) sino de introducir a las mujeres en toda la teoría del estado¹⁵⁷, como ausentes o como presentes, explicando tanto los motivos de la ausencia como de la presencia, porque nada ha sido ni es casual, ni ha obedecido ni obedece al ámbito exclusivo de la autonomía de la voluntad de las personas.

El camino seguido hasta ahora, que únicamente contempla la equiparación de las mujeres a los hombres, es un camino que, aunque no está transitado del todo, sólo puede conducirnos a la uniformidad de trato: cuotas, porcentajes. Es lo único que se puede pedir y lo pedimos. Pero introducir un nuevo sujeto político es también introducir la idea de pacto entre mujeres y hombres para establecer las reglas de juego¹⁵⁸. Porque la asunción de la existencia de dos sujetos constitucionales implica la reestructuración del poder para que ambos sujetos podamos responsabilizarnos de él en condiciones de igualdad¹⁵⁹. Por poner un ejemplo en el ámbito laboral, no se trataría sólo de un cambio en los tiempos de trabajo, ni del reparto del

¹⁵⁵ María Nieves SALDAÑA DÍAZ, "Aproximación al concepto de ciudadanía europea desde la perspectiva de género: El presupuesto político de la transversalidad", en Javier PÉREZ ROYO, Joaquín Pablo URÍAS MARTÍNEZ, Manuel CARRASCO DURÁN (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Thomson/Aranzadi, Navarra 2006, pp. 731-758, resume magníficamente la historia de la Unión en este aspecto.

¹⁵⁶ No quiero olvidar que para el sistema constitucional español ha sido muy importante, en el ámbito de la igualdad de hombres y mujeres, la normativa comunitaria. La Unión europea, desde sus competencias, y teniendo en cuenta el art. 2 del TCE –"La Comunidad tendrá por misión (...) la igualdad entre el hombre y la mujer"- ha desarrollado una interesante actividad en esta materia cuyo resultado se puede ver en http://eur-lex.europa.eu/es/dossier/dossier_23.htm y en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=418&langId=en> y en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51998DC0122:ES>: [Consultas: 4 de octubre de 2008] se puede leer el informe de la Comisión -COM(98)122final- sobre el seguimiento de la Comunicación "Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas comunitarias".

¹⁵⁷ Catharine A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989 –*Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid 1995-.

¹⁵⁸ Por ejemplo: Si concebimos nuestras jornadas laborales como jornadas de 8 horas tendremos que pensar en hombres y mujeres sin responsabilidades familiares para llevarlas a cabo. Porque o las mujeres renunciarán a ellas para poder enfrentar las responsabilidades familiares y se moverán únicamente en jornadas parciales de trabajo, con las implicaciones que eso tiene: menos sueldo y, sobre todo, menos posibilidades de ascenso. O renunciarán a tener familia para poder asumir sus tareas laborales. O harán las dos cosas y se convertirán en objeto de viñetas cómicas. Son interesantes las palabras de Amparo Morales, presidenta de IBM en España, en una entrevista publicada en *El País Semanal*, nº 1482, 20 de febrero de 2005, pp. 12-20, especialmente p. 18, a propósito de la flexibilización de los horarios laborales y la diferente utilización del tiempo que tenemos mujeres y hombres.

¹⁵⁹ El concepto de sujeto constitucional es definido por Carlos DE CABO MARTÍN, "La Constitución del más débil" en M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 27-53

empleo, esta propuesta va mucho más allá del asunto de “las horas”. Es fundamental que el Estado reconozca que existe un tiempo de reproducción y de regeneración social¹⁶⁰.

La igualdad de mujeres y hombres exige cambios tanto para hombres como para mujeres. En consecuencia, es esencial que ambos participemos activamente en la creación de nuevas estrategias para primero reconocer y después gestionar esa igualdad¹⁶¹.

IV. LOS EFECTOS DE LA DEFINICIÓN DE ESTADO DEMOCRÁTICO EN EL ESTADO SOCIAL Y EN EL ESTADO DE DERECHO

Al comienzo de este trabajo apuntaba que la definición de nuestra democracia tenía efectos directos e inmediatos sobre los otros elementos de la fórmula constitucional, es decir, sobre el estado social y sobre el estado de derecho, y eso es lo que voy a intentar analizar a continuación.

1. En el estado social

Esta ausencia de mujeres en la configuración democrática del Estado incide directamente en el mantenimiento de las bases teóricas de las que se nutre el estado social. Como ya he avanzado, la visión parcial y sesgada de ‘lo económico’, marginando del campo de estudio de la economía a las mujeres y a sus actividades ha acabado por convertirse en el axioma del que parten la mayoría de teorías del mercado laboral.

Ya he mencionado los conceptos de mercado y de trabajo y el hecho de que la identificación de economía con mercados y de trabajo con trabajo remunerado hace que muchas mujeres desaparezcan de esos conceptos y se conviertan en una presencia ausente -presentes en cuanto que para mantener el sistema son imprescindibles y ausentes porque su trabajo es invisible¹⁶²-. Pero ahora quiero añadir que los estados sociales, al asumir estos conceptos, tampoco en el plano económico son neutrales ante el género¹⁶³. Ya que al hacer del trabajo asalariado la

¹⁶⁰ Como dice Cristina CARRASCO "Mujeres y trabajo: cambios impostergables", recopilación del Seminario *Mujeres y Trabajo: realidades y propuestas para el cambio*, organizado por REMTE-Grupo de Trabajo de Género del CLACSO-Marcha mundial de las Mujeres/AL, realizado en el Foro Social Mundial en Porto Alegre/enero-2002: estos tiempos, invisibilizados por el tiempo-dinero, que se desarrollan en otro contexto que el tiempo mercantil, no pueden ser evaluados mediante criterios de mercado basados en la idea de un “recurso escaso”. Hay que reconocer que dichos tiempos son fundamentales para el desarrollo humano y que el reto de la sociedad es articular los demás tiempos sociales en torno a ellos. Mientras se ignoren estos tiempos que caen fuera de la hegemonía del tiempo mercantilizado será imposible el estudio de las interrelaciones entre los distintos tiempos y la consideración del conjunto de la vida de las personas como un todo. Nancy FOLBRE, *Who Pays for the Kids? Gender and the Structures of Constraint*, Routledge, Londres y Nueva York 1999, p. 1 se pregunta cómo se distribuyen los costes de la reproducción social.

¹⁶¹ En similares términos se expresa el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres, - [COM/2005/0044](#) final.

¹⁶² Interesante el clásico trabajo de M. MIES, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale: Women in the International Division of Labour*, Zed Books, Londres 1986.

¹⁶³ A pesar de que esto no se contemple en la doctrina. A título de ejemplo citaré, por todos, a Jorge PAPIER “Ley Fundamental y orden económico” en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 562 donde da cuenta de la tesis básica que sostiene la doctrina iuspublicista alemana: la neutralidad político-económica de la ley fundamental. En la misma página cita la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán que avalan este principio. En el

única fuente de remuneración y de prestaciones se olvidan del trabajo no asalariado. Y al entender la economía como una ciencia que capta la interacción entre oferta y demanda en el mercado pierden de vista la interacción entre mercado y esfera reproductiva. Las actividades mercantiles son el epicentro del sistema. Los mercados se convierten en la única esfera de actividad económica mientras que la reproducción social se presupone, pero es invisible como actividad económica¹⁶⁴.

De ahí surge la diferencia entre lo económico –territorio masculino- y lo social -territorio femenino-¹⁶⁵. Y parece, además, contra lo que realmente sucede, que lo económico mantiene a lo social. Mientras que las amas de casa son consideradas como dependientes de los ingresos de sus maridos la dependencia de estos maridos de los cuidados que reciben en sus hogares no es cuantificada. Mientras se reconoce la dependencia de las madres solas de la ayuda estatal, no se reconoce la dependencia que tiene la reproducción social de ellas y de todas las demás madres. Y estas correspondencias tan sesgadas hacen que se entienda, que se piense, que la

caso español no se habla de neutralidad sino de ‘constitución abierta’, -por todos M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid 1985, p. 92- aunque eso sí, la apertura constitucional se basa en los elementos que aquí propongo revisar.

¹⁶⁴ Ver Gillian J. HEWITSON, *Feminist Economics: Interrogating the Masculinity of Rational Economic Man*, Edward Elgar Publ., Massachusetts 1999, pp. 158-165, para esta autora algunas de las características de nuestro sistema económico no podrían subsistir sin la “presencia ausente de la feminidad sin la madre, la necesaria pero no reconocida infraestructura de la sociedad” (p. 161). Las organizaciones e instituciones sociales –y la sociedad en general-, seguimos sin considerar que el cuidado de la vida humana es una responsabilidad social y política. En los debates sobre el Estado del Bienestar educación y sanidad son los servicios básicos y necesarios que debe ofrecer el sector público y, sin embargo, nunca se consideran, ni siquiera se nombran, los servicios de cuidados. Cuando de hecho, son por excelencia los más básicos: si a un niño no se le cuida cuando nace, no hace falta que nos preocupemos por su educación formal, sencillamente no llegará a la edad escolar. Aunque ahora, no debido a la reproducción sino al gran número de personas mayores que deben ser atendidas, el cuidado empieza a ser tenido en cuenta, dentro de los parámetros tradicionales –como trabajo remunerado-.

¹⁶⁵ En cambio esta diferencia entre lo económico y lo social no se mantiene en derecho comunitario. De la sentencia de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, asunto [C-41/90](#) y de la sentencia de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, asunto [C-55/96](#), ambas del TJCE, se desprende que cuando se trata de saber si estamos ante una empresa en el derecho comunitario la carencia de ánimo de lucro y la gratuidad de la prestación no excluyen por sí mismas la economicidad. Interesante en el sentido del valor de las palabras ‘económico’ y ‘social’ y sus consecuencias jurídicas en el derecho comunitario el artículo de Marcos VAQUER CABALLERÍA, “Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general”, *Revista General de Derecho administrativo*, nº 8/2005 http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=8 previa subscripción [Consulta: 4 de octubre de 2008]: “Como se ve, lo “no económico” (en el sentido impropio de lo no competitivo) no es tanto la actividad en sí, cuanto determinada forma de su prestación prescrita legalmente para salvaguardar su peculiar misión de interés general. Cuando afirmamos que determinados servicios (convencionalmente conocidos como servicios sociales o asistenciales) no son económicos, estamos formulando una proposición prescriptiva, no descriptiva. Dicho en otros términos, no se trata sólo de una cuestión fáctica, sino sobre todo axiológica o, en lo que aquí respecta, de axiología jurídica. Porque estos servicios sí son económicos por naturaleza, lo que permitiría apuntar hacia su liberalización, pero sobre dicha consideración prima su interés social. Y, a la inversa, los servicios de interés económico general cumplen asimismo una misión social, que sin embargo no les exime ya de forma general y apriorística de la competencia que se postula para la economía social de mercado en el Derecho de la Unión Europea”.

sociedad –lo social- depende de la economía –los mercados- sin ser consciente de que no hay mercado posible sin una sociedad que lo sustente¹⁶⁶.

La economía feminista¹⁶⁷ se ha preocupado de hacer visible la contribución de las mujeres a la economía porque la economía no es sólo mercado y trabajo asalariado sino que comprende también una esfera no monetizada. Ahora bien, esta inclusión supone redefinir muchos conceptos como el concepto trabajo¹⁶⁸ –el criterio mercantil es el de ser intercambiable por dinero-, para que a partir de esa nueva definición los poderes públicos actúen en consecuencia¹⁶⁹.

El premio Nobel en economía de 1998 Amartya Sen¹⁷⁰ y Martha Nussbaum¹⁷¹, entre otras, son pioneras¹⁷² en el establecimiento de nuevos métodos para estudiar la economía, en este

¹⁶⁶ El Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres, [COM/2005/0044 final](#), aunque tiene en cuenta lo social, lo interpreta desde una perspectiva económica, cuando dice: Los cambios demográficos, como el envejecimiento de la población y la disminución de la población activa, siguen constituyendo un problema importante en la UE ampliada. La dificultad para combinar la vida familiar y la vida profesional, en parte por la falta de guarderías y unas condiciones de trabajo insuficientemente flexibles, parece ser una de las razones por las que se posterga el nacimiento del primer niño y la mayoría de los Estados miembros tienen tasas de fertilidad bajas. No obstante, la experiencia demuestra que los Estados miembros que aplican políticas globales para que tanto hombres como mujeres puedan conciliar el trabajo y la vida familiar tienen tasas de fertilidad más altas y una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral. La conciliación del trabajo y la vida familiar sigue siendo difícil para ambos sexos. Las tasas de empleo de las mujeres con niños pequeños son aún un 13,6% inferiores a las de las mujeres sin niños, mientras que las tasas de empleo de los hombres con niños pequeños son un 10% más altas que las de los hombres sin niños. Estas diferencias se deben a una oferta de guarderías limitada y a modelos familiares estereotipados en cuanto al papel de ambos sexos. Las mujeres asumen la mayor parte de las tareas domésticas y, por lo tanto, disponen de menos tiempo para el trabajo remunerado. En las parejas con niños de hasta seis años, los hombres realizan menos del 40% de las tareas domésticas y entre un 25% y un 35 % de las labores de cuidado de los niños.

¹⁶⁷ Interesante el trabajo de Ingrid ROBEYNS, “Is there a feminist economic methodology?” en http://www.ingridrobeyns.nl/Ac_publ.html [Consulta: 4 de octubre de 2008]. En estos momentos se puede encontrar información sobre esta corriente de pensamiento en la dirección <http://www.ehu.es/economiafeminista> [Consulta: 4 de octubre de 2008] con motivo de la celebración del I Congreso de economía feminista, con el título “Las nuevas fronteras de la economía: más allá del mercado”, celebrado en Bilbao, los días 14 y 15 de abril de 2005. En la dirección <http://www.ucm.es/info/ec/> [Consulta: 4 de octubre de 2008] se puede acceder a todos los trabajos que desde la economía feminista se han presentado a las Jornadas de Economía crítica.

¹⁶⁸ Definición dada por S. HIMMELWEIT, “The Discovery of «Unpaid Work»: The Social Consequences of the Expansion of Work”, *Feminist Economics*, vol. 1 nº 2, 1995, pp. 1-10, especialmente p. 4 lo define como toda actividad con un objetivo dado, que requiere un gasto de tiempo y energía y que forma parte de una división social de las tareas y es separable de la persona que la realiza.

¹⁶⁹ En este sentido es un comienzo importante el artículo 34 de la ley del Parlamento vasco [4/2005](#), de 18 de febrero –BOPV de 2 de marzo de 2005-: “Las administraciones públicas vascas realizarán periódicamente estimaciones del valor económico del trabajo doméstico, incluido el cuidado de las personas, realizado en la Comunidad Autónoma de Euskadi, e informarán a la sociedad vasca del resultado de dichas estimaciones con el fin de dar a conocer su importancia económica y social. Asimismo, tendrán en cuenta el valor del trabajo doméstico en el diseño de sus políticas económicas y sociales”. Según el eustat en su informe de 2004 – ver http://www.eustat.es/document/datos/cta_satelite03_c.pdf [Consulta: 4 de octubre de 2008], especialmente p. 24, el trabajo doméstico del año 2003 supuso el 33% del PIB de la CAV y ese trabajo fue realizado en un 75% por mujeres.

¹⁷⁰ *Commodities and Capabilities*, North Holland, Amsterdam 1985, *Inequality Reexamined*, Clarendon Press, Oxford 1992 o *Development as Freedom*, Knopf, New York 1999.

¹⁷¹ *Women and Human Development*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

caso basándose en las capacidades y privaciones de las personas y el desarrollo de aquellos estudios han dado paso a un nuevo concepto económico, el concepto de la *sostenibilidad de la vida* que se refiere a las formas en que las personas resuelven sus necesidades de bienes y servicios¹⁷³. Esta definición abierta precisa de un análisis situado histórica y culturalmente en el que hay que determinar cuáles son las esferas económicamente significativas y cuales son las relaciones de poder.

Y cuando se habla de necesidades se incluyen tanto las objetivas como las subjetivas -afecto, cuidado, participación en la vida colectiva... -, las tangibles -medicinas.. -, como las intangibles -apoyo emocional para recuperarse de una enfermedad-. Es decir, se trataría de incluir factores que hasta ahora han permanecido en los límites de los análisis económicos¹⁷⁴.

El no hacer a economía sinónimo de mercados, hace que los conceptos de bienestar, crecimiento económico y progreso cambien. El bienestar socioeconómico de las personas debería medirse en función de la habilidad social para satisfacer sus necesidades. Y los recursos utilizados para lograrlo pueden provenir tanto de esferas económicas monetizadas como no monetizadas -los recursos actualmente relevantes en nuestras economías son los mercados, el estado y los hogares, y están interconectados entre sí-.

El concepto de *sostenibilidad de la vida*, no carece de problemas a la hora de definirlo, pero como dicen Cristina Carrasco y Maribel Mayordomo¹⁷⁵ “es más fértil un concepto con límites ambiguos, pero ajustado a la realidad que una noción muy precisa del fenómeno, pero poco útil para el análisis”.

¹⁷² Me permito aquí volver a usos lingüísticos que hemos tenido, utilizando como genérico el adjetivo que concuerda con el último sustantivo. En Francia, por ejemplo, el uso del masculino como genérico se remonta al siglo XVII, cuando en 1647, el gramático Vaugelas declaró que la forma masculina tenía preponderancia sobre la femenina, por ser más noble, hasta entonces la concordancia correspondía al último sustantivo. La lengua inglesa pasó por una evolución parecida. En 1746, el gramático inglés John Kirkby enunciaba sus ‘88 reglas de gramática’. La XXI afirmaba que el género masculino era más general que el género femenino. Kirkby así convertía el masculino en categoría universal. Interesante el trabajo de Agnes CALLAMARD, “El sexismo a flor de palabras” en <http://www.nodo50.org/mujeresred/lenguaje.html> [Consulta: 4 de octubre de 2008] para conocer más datos sobre la escasa neutralidad del uso del masculino como genérico.

¹⁷³ Mayor profundización en Julie A. NELSON, “Gender, Metaphor and the Definition of Economics”, en *Economics and Philosophy*, vol. 8, 1992, pp. 103-125, especialmente p, 119 y Cristina CARRASCO, “La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?”, *Mientras tanto*, nº 82, Barcelona, 2001, pp. 43-70 - <http://www.ub.es/dptscs/textos/CARRASCO%20-%20Sostenibilidad%20y%20Mujeres.pdf> [Consulta: 4 de octubre de 2008] -.

¹⁷⁴ La importancia de las necesidades intangibles ha sido muy tenida en cuenta, en cambio, en las nuevas maneras de gestionar empresas. Los equipos de trabajo -equipos de mejora, equipos de alto rendimiento...- tan frecuentes en nuestras empresas punteras pretenden, entre otras cosas, integrar los aspectos emocionales y racionales de sus empleados y empleadas, porque se han dado cuenta de que el crecimiento personal incluye tanto el ámbito cognitivo como el emocional. Trabajos básicos en esta materia son, entre otros, los de M. A. HOGG y S. TINDALE, *Group Processes*, Blackwell, Oxford 2001 y M. A. WEST, *Effective teamwork. Practical Lessons from organizational Research*, 2ª ed., Blackwell, Oxford 2004 o el clásico del mismo autor, *Handbook of Work Group Psychology*, Jhon Wiley & Sons, New York 1996.

¹⁷⁵ Ver Cristina CARRASCO y Maribel MAYORDOMO RICO, “El estudio del trabajo de mujeres y hombres: una aproximación teórica desde el enfoque reproductivo”, en <http://www.ucm.es/info/ec/jec7/index.htm> [Consulta: 4 de octubre de 2008], p. 5

Si mantenemos las tradicionales definiciones económicas de nuestro Estado seguimos manteniendo realidades como la de la doble presencia/ausencia de las mujeres¹⁷⁶. Me estoy refiriendo a la doble presencia de las mujeres en las esferas monetizada y no monetizada y a esa vana pretensión de simultaneirlas que resulta una tarea poco menos que imposible, porque ni los mercados adaptan su estructura y funcionamiento al hecho de que las personas tienen más responsabilidades en su vida que la del empleo, ni la vida se amolda a los ritmos del mercado –sólo hay que preguntar a toda persona que lo intenta¹⁷⁷-.

En cambio si partimos de este nuevo concepto de *sostenibilidad de la vida* podemos: a) tener una nueva perspectiva de la organización social, viendo cómo los mercados, los estados, los hogares y otras esferas de actividad colaboran u obstruyen los procesos de satisfacción de las necesidades humanas; b) saber qué lógicas tienen prioridad social y qué consecuencias tienen en el bienestar social¹⁷⁸; y c) saber quién asume la responsabilidad última en el cuidado de la vida, amén de saber si hay o no una justa distribución de esta responsabilidad.

Cuando hablamos de la crisis del estado social y que éste está en retroceso es interesante saber quién paga la crisis. Los mercados¹⁷⁹ están deshaciéndose progresivamente de sus responsabilidades en el cuidado de sus empleadas y empleados en caso de enfermedad, discapacidad o vejez y ¿quién las asume? En nuestro Estado el 80% de los trabajos de cuidado se proveen de forma gratuita en las familias y de ellos el 82% los proveemos las mujeres¹⁸⁰ y esta realidad parece repetirse en los Estados de la Unión Europea y en el

¹⁷⁶ Este concepto fue acuñado por M^a Jesús IZQUIERDO, *El malestar de la desigualdad*, Cátedra, Madrid 1998, pp. 356-357.

¹⁷⁷ Ver M. I. AMOROSO, A. BOSCH, C. CARRASCO, H. FERNÁNDEZ, y N. MORENO, *Malabaristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Icaria-Más Madera, Barcelona 2003.

¹⁷⁸ La lógica de los mercados capitalistas es clara, operan siempre y cuando se permita la acumulación de capital, su objetivo inmediato es la obtención de beneficios y su consecuencia inmediata es que existe un constante conflicto entre esta lógica y el proceso de reproducción de las personas, porque éste no atiende a la lógica de acumulación de capital. Hoy la lógica motora de nuestra sociedad es la del beneficio y no la del cuidado. Lo cual supone que las personas acabamos estando al servicio de la producción y no al revés. Y la cuestión es que la lógica del beneficio no se restringe a los mercados sino que se expanda a los demás sectores de la vida. Necesitamos primero comprender para luego actuar cómo esta lógica organiza los tiempos sociales, los espacios, las instituciones políticas.....La situación actual de crisis financiera global que está poniendo en peligro el sistema mundial obedece claramente a esa óptica del beneficio inmediato –que como sabemos cuando beneficia, beneficia a unos pocos y cuando perjudica, perjudica más a aquellas personas que menos se han beneficiado-.

¹⁷⁹ Estamos en el tiempo de la denominada nueva economía (una información sintetizada de las características de la nueva economía y de las TIC -tecnologías de la información y las telecomunicaciones- puede conseguirse en http://www.n-economia.com/fichas_neconomia/fichas.asp [Consulta: 4 de octubre de 2008]), que está cambiando totalmente la manera de concebir los mercados y como consecuencia la manera de concebir la propia formación de las personas para ser competitivas en esos mercados. Es interesante cruzar las características de la nueva economía con las características que se piden a la formación (ver el artículo de Carlos MARCELO GARCÍA, “Formación, empleo y nuevas tecnologías”, en Manuel AREA MOREIRA, *Educación en la Sociedad de la Información*, Ed. Descleé de Brouwer, Bilbao 2001, pp. 359-382. Interesante también Pedro MERCADO PACHECO, “La «Constitución imposible»: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española” en Juan-Ramón CAPELLA, (Ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Ed. Trotta, Madrid 2003, pp. 293-320, especialmente pp. 316-318.

¹⁸⁰ Datos ofrecidos por M. A. DURÁN, “El análisis de exhaustividad de la economía española”, en C. CARRASCO (ed.), *Tiempos, trabajos y géneros*, Universitat de Barcelona, Barcelona 2001, pp. 42-47.

mundo¹⁸¹. Por lo tanto, la crisis se gestiona en ausencia de los mercados, de los Estados y de los hombres.

Pero cuando se pide una contrapartida al Estado, muchas de esas mujeres que se han ocupado del cuidado, invisible para la economía y, por tanto, para el estado social, percibirán a cambio pensiones ridículas¹⁸². Es decir, aquella división entre lo público y lo privado con la que comenzábamos, sigue siendo una realidad en el siglo XXI, todo el trabajo doméstico –sin horario, sin vacaciones, sin seguridad social- se sigue considerando una función natural de las mujeres y perteneciente al ámbito “privado”. Porque los primeros intentos legislativos de paliar esta situación como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, todavía están lejos de solucionar el problema¹⁸³.

2. En el estado de derecho

Es cierto que siempre ha existido una tensión entre normatividad constitucional y realidad constitucional¹⁸⁴. Pero cuando la normatividad constitucional ignora los aspectos hasta aquí tratados¹⁸⁵, esa exclusión pasa directamente al estado de derecho que nace. Es decir, la ley, al no estar obligada constitucionalmente, poco o nada hace a favor de la igualdad de mujeres y hombres. Porque cuando existe normatividad constitucional como en el caso del matrimonio, del divorcio, de la igualdad del estatus jurídico de hijas e hijos sean o no legítimos, esa normatividad pasa directamente a la ley y se nota en la sociedad.

¹⁸¹ Ver PNUD, Informe sobre el desarrollo humano 1995, UNDP Publications, <http://hdr.undp.org/reports/global/1995/en/> [Consulta: 6 de octubre de 2008], pp. 87-98. Los procesos de privatizaciones y de recortes de las prestaciones públicas han generado un aumento de los trabajos no remunerados para compensar los recursos perdidos, y la mayor parte de estos trabajos los realizamos las mujeres. Ver una colección de artículos sobre esta materia en Paloma DE VILLOTA (ed.), *Globalización y género*, Síntesis, Madrid 1999.

¹⁸² Viçenc NAVARRO, *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Ariel, Barcelona 2000 y *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona 2004, *El subdesarrollo social de España: causas y consecuencias*, ANAGRAMA, Barcelona 2006 profundiza en estas situaciones tan discriminatorias y auspiciadas por nuestros estados sociales. Y Daniel RAVENTÓS PANELLA, *El derecho a la existencia*, Ariel, Barcelona 1999 y *La renta básica: por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, Barcelona 2002, trabaja la idea de crear una renta básica de ciudadanía mucho más igualitaria que las rentas percibidas en el actual sistema.

¹⁸³ En la dirección <http://www.imsersomayores.csic.es/productos/dependencia/documentacion.html> [Consulta: 4 de octubre de 2008] puede verse el texto de la ley y de las demás normas de desarrollo. Para ver las deficiencias de esta ley, por todos, mencionaré los trabajos de Ana HERNANDO, “Una crítica feminista a la Ley de Dependencia” en *Viento Sur*, nº 88/2006, pp. 89-95, asequible en <http://www.vientosur.info/articulosabiertos/vientosur88-LeydeCuidados-AnaHernando.pdf> [Consulta: 4 de octubre de 2008]; y de Amaia P. DE OROZCO y Paula BAEZA GÓMEZ, “Sobre «dependencia» y otros cuentos: reflexiones en torno a la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, BOE de 15 de diciembre)”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 15/2006, pp. 13-40.

¹⁸⁴ Como decía L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid 2001, pp. 866 y ss. La tensión entre el deber ser y el ser, entre validez y eficacia es una tensión fisiológica del derecho.

¹⁸⁵ Asunción VENTURA, *Las mujeres y la Constitución española de 1978*, Instituto de la Mujer, Madrid 1999, pp. 140 y ss. da cuenta de los trabajos parlamentarios que precedieron a la redacción de los arts. 14 y 9.2 de nuestro texto.

En nuestro actual Estado de Derecho, al no ser sujetos constitucionalmente definidos, las mujeres accedemos con dificultad no sólo a la creación del Derecho¹⁸⁶, como hemos visto, sino también a su aplicación¹⁸⁷. Y esta situación hace que las leyes y sus contenidos, así como la protección de nuestros derechos no se halle garantizada al mismo nivel en que se halla la de los hombres¹⁸⁸.

Como hemos visto, apenas en el año 2007 se asegura cierto acceso de las mujeres a los órganos legislativos –LO 3/2007¹⁸⁹–, pero su permanencia y funciones en los mismos tiene todavía cuestiones sin resolver. Si repasamos el contenido material de este derecho formalmente igual de españolas y españoles¹⁹⁰ nos encontramos con que:

- En cuanto al acceso al cargo público el número de mujeres elegidas para ser nuestras representantes en los diferentes niveles de organización territorial del Estado es sensiblemente inferior al de hombres¹⁹¹;
- En cuanto a la permanencia en el cargo, sólo me detendré en un aspecto, la previsión jurídica de un hecho natural que puede afectar a nuestras y a nuestros representantes: la licencia por maternidad o paternidad. Parece impensable que tras casi treinta años de vida parlamentaria únicamente el reglamento del Parlamento de Cataluña, desde el año 2005, prevea en su art. 84¹⁹² esta posibilidad y, únicamente, en el sentido de que las madres

¹⁸⁶ Para ver la magnitud del problema ver M. L. SUÁREZ, *Teoría feminista, política y derecho*, Dykinson, Madrid 2002.

¹⁸⁷ E. LARRAURI, “Una crítica feminista al derecho penal” en E. LARRAURI y VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona 1995 especialmente p. 148 y ss. pone de manifiesto tal hecho y M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “Mujer y derechos constitucionales” en Teresa FREIXES SANJUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 237-265, especialmente pp. 246-262 hace un repaso de esta aplicación diferente en otras ramas del derecho.

¹⁸⁸ Como muestra es interesante el “Informe sobre las bases para la incorporación de la perspectiva de género en las reformas de los estatutos de autonomía” hecho por la red feminista de Derecho Constitucional en Teresa FREIXES SANJUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 437-855.

¹⁸⁹ Tras intentos anteriores como el de Castilla la Mancha, o la ley vasca 4/2005.

¹⁹⁰ La población española con derecho a la participación política, en el censo elaborado en 2005 para el referéndum del tratado que establecía una constitución para Europa era mayoritariamente de sexo femenino - 17.274.894 frente a 16.288.812 varones. Datos que se pueden consultar en http://www.ine.es/censoe/referendum05/tablas_referendum05.htm [Consulta: 6 de octubre de 2008].

¹⁹¹ 36% en el Congreso y parlamentos autonómicos, 25% en el Senado, 27% en los ayuntamientos- y este porcentaje disminuye ostensiblemente cuando se trata de personas que han sido designadas por nuestras y nuestros representantes o por los gobiernos para ocupar un cargo público. Ver datos en Instituto de la mujer: <http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/index.html> [Consulta: 6 de octubre de 2008]; Bases de datos europeas: http://ec.europa.eu/employment_social/women_men_stats/index_en.htm [Consulta: 6 de octubre de 2008] o http://ec.europa.eu/employment_social/women_men_stats/measure_in4_en.htm[Consulta: 6 de octubre de 2008]; y Ángela ALEMANY ROJO (coord.): “Las mujeres y la toma de decisión” en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/pdf/themis.pdf> [Consulta: 6 de octubre de 2008].

¹⁹²“1. Las diputadas que con motivo de una baja por maternidad no puedan cumplir su deber de asistir a los debates y votaciones del Pleno pueden delegar el voto en otro diputado o diputada.

2. La delegación de voto debe realizarse mediante escrito dirigido a la Mesa del Parlamento, en el cual deben constar los nombres de la persona que delega el voto y de la que recibe la delegación, así como los debates y las

puedan delegar su voto mientras dura su baja por maternidad¹⁹³. Esta vía es, por el momento, constitucionalmente imposible para las diputadas y senadoras, ya que el art. 79.3 de la Constitución establece que: “El voto de Senadores y Diputados es personal e indelegable”. Habrá que esperar, por tanto, a que el Gobierno cumpla la disposición final séptima de la ley orgánica 3/2007¹⁹⁴ -medidas para posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de las personas que ostentan un cargo electo¹⁹⁵ -;

- En cuanto desempeñar el cargo público, si revisamos las funciones que nuestras representantes realizaron en el Congreso¹⁹⁶ y en el Senado¹⁹⁷ nos damos cuenta de que el peso específico de las mujeres desciende más allá de su porcentaje cuando se trata del funcionamiento ordinario de las Cámaras.

votaciones donde debe ejercerse o, en su caso, el período de duración de la delegación. La Mesa, al admitir a trámite la solicitud, establece el procedimiento para ejercer el voto delegado”.

En http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-reglparlam.html [Consulta: 6 de octubre de 2008].

¹⁹³ En la dirección que aparece a continuación pueden verse documentos de trabajo sobre el cambio de Reglamento del Parlamento europeo para hacer frente a las licencias de maternidad y paternidad - <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/globalSearch/comparlDossier.do?dossier=AFCO%2F6%2F33556&body=AFCO&language=EN-> [Consulta: 6 de octubre de 2008]. Finalmente se ha dejado a un lado la reforma.

¹⁹⁴ “A partir de la entrada en vigor de esta Ley, el vigente con el fin de posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de las personas que ostenten un cargo electo. Gobierno promoverá el acuerdo necesario para iniciar un proceso de modificación de la legislación”.

¹⁹⁵ El gobierno ya ha sido preguntado al respecto, *Diario Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, General, Serie D, nº 11, de 8 de mayo de 2008, p. 137.

¹⁹⁶ Ver todos estos datos en <http://www.congreso.es/> [Consulta: 6 de octubre de 2008]. Durante la legislatura anterior –la VIII- podemos ver lo siguiente: El presidente era un varón (en toda su historia sólo una vez ha tenido presidenta el Congreso, fue en la legislatura VII 2000-2004, Luisa Fernanda Rubi Úbeda); En la mesa: los 4 vicepresidentes eran varones, las 4 secretarías estaban ocupadas por 3 mujeres y un varón y el secretario general era un varón -de los 10 miembros de la mesa únicamente 3 eran mujeres-; La junta de portavoces contaba con un presidente –varón-, 8 portavoces titulares -7 varones y una mujer, la portavoz del grupo mixto-, y 14 portavoces sustitutos – 11 varones y 3 mujeres-; La Diputación permanente constaba de una presidencia –varón- dos vicepresidencias -una mujer y un varón-, dos secretarías -1 varón y 1 mujer- y 35 vocalías – 25 varones y 10 mujeres. Es decir, en las vocalías el porcentaje de mujeres es del 28,57%, mientras que en la composición del congreso ese porcentaje es del 36%. En las dieciséis las Comisiones permanentes legislativas había cuatro presidentas –cultura, interior, sanidad y trabajo-, y doce presidentes, en cuanto a las treinta y dos vicepresidencias únicamente diez estaban ocupadas por mujeres; Las seis Comisiones permanentes no legislativas contaban con cinco presidentes y una presidenta, el 16,6%; y las diez vicepresidencias que había estaban ocupadas por nueve varones y una mujer; y en las cinco Comisiones mixtas permanentes, había tres presidentes y dos presidentas, el único 40%, y las nueve vicepresidencias estaban ocupadas por tres mujeres y seis varones. En las dieciséis las Comisiones permanentes legislativas había cuatro presidentas –cultura, interior, sanidad y trabajo-, y doce presidentes, en cuanto a las treinta y dos vicepresidencias únicamente diez estaban ocupadas por mujeres; Las seis Comisiones permanentes no legislativas contaban con cinco presidentes y una presidenta, el 16,6%; y las diez vicepresidencias que había estaban ocupadas por nueve varones y una mujer; y en las cinco Comisiones mixtas permanentes, había tres presidentes y dos presidentas, el único 40%, y las nueve vicepresidencias estaban ocupadas por tres mujeres y seis varones.

¹⁹⁷ Presidente varón y Mesa, Junta de portavoces, Comisión de nombramientos y presidencia, vicepresidencias y secretarías de la Diputación Permanente compuestas exclusivamente por varones. De las dieciocho comisiones legislativas permanentes sólo cuatro fueron presididas por mujeres y ninguna de las siete no legislativas. La Mesa formada por el presidente, 6 miembros y un secretario está totalmente compuesta por varones – Datos en <http://www.senado.es/historia1977-2000/index.html> [Consulta: 6 de octubre de 2008].

Con estos datos parece evidente que de un análisis del contenido material del art. 13.2 de la Constitución en su relación con el art. 23 se desprende que el mandato de igualdad del art. 14 y su manera de ser interpretado por el TC en el FJ 5 de su sentencia 12/2008 – La igualdad sustancial es “elemento definidor de la noción de ciudadanía”- no se está cumpliendo en nuestro sistema constitucional en lo que a mujeres y hombres se refiere¹⁹⁸.

3. Unas terceras consideraciones

Decía Aragón¹⁹⁹ que la democracia como principio constitucional produce unas consecuencias jurídicas de extraordinaria magnitud y añadía que las grandes concepciones básicas sobre el Estado y la Constitución no han experimentado transformaciones sustanciales en las últimas décadas, y tenía razón. Aunque también concluía diciendo que la única verdad teórica de la democracia reside justamente en que siempre habrá de ser concebida como problema, como algo perpetuamente inacabado, donde se destierra lo absoluto y sólo permanece lo relativo²⁰⁰.

Y asumiendo estas palabras y viendo los grandes cambios que se han producido en nuestras sociedades es deber de toda ciencia el de explicarlos convenientemente y esa tarea está pendiente en el Derecho Constitucional²⁰¹. Por eso creo que ha llegado el momento de que nuestra doctrina, compuesta por hombres y mujeres, asuma la tarea de redefinir²⁰² este principio democrático²⁰³, legitimador de toda Constitución, como principio externo -es decir, por la manera en que se redacta el texto y se aprueba- y como principio interno -es decir, lo que la Constitución establece sobre su propio desarrollo-.

Si comenzásemos diciendo en nuestro texto constitucional que el poder constituyente lo tiene el pueblo español (art. 1.2) -mientras no la extendamos a todas las personas que viven y trabajan en suelo español-, formado por mujeres y hombres iguales en derechos y deberes acabaríamos con uno de los grandes problemas del derecho constitucional actual: toda norma que especifica que mujeres y hombres deben acceder a puestos electivos, es tildada de

¹⁹⁸ Y nada digo, aunque si quiero mencionarlo, a propósito de la concepción de los cargos públicos, que siempre han sido diseñados para hombres sin responsabilidades familiares, lo que hace que muchas mujeres con ellas rechacen propuestas de nombramiento por serles de imposible coordinación con su vida familiar. Seguro que existen muchos cargos que pueden ser pluripersonales y no unipersonales –repartiendo tareas y sueldos-, para favorecer el acceso en igualdad a los mismos.

¹⁹⁹ Manuel ARAGÓN, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid 1989, p. 15.

²⁰⁰ *Ibidem*, p.138.

²⁰¹ Como dice Eva MARTÍNEZ SAMPERE, en la Reflexión final de “Hacia la ciudadanía plena”, asequible en <http://laguachimana.org/content/hacia-la-plena-ciudadania> [Consulta: 6 de octubre de 2008]: “Como hemos visto, tras la implantación del Estado constitucional la convivencia humana se articula mediante la Constitución –y las normas a las que se remite- y el resto del ordenamiento jurídico del Estado. Ahora bien, las normas jurídicas son producto de una invención filosófica, pactada políticamente e inserta en las mismas. Si cambian las dos primeras premisas: la invención filosófica y el pacto político, ha de cambiar también el Derecho”.

²⁰² Barbara LASLETT, Johanna BRENNER y Yesim ARAT, *Rethinking the political: gender, resistance, and the state*, University of Chicago Press, Chicago 1995.

²⁰³ Como decía Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18ª ed., Heidelberg 1991, número marginal 127. “apenas hay concepto constitucional alguno que haya sido interpretado de un modo tan diverso como el de democracia. (...) existe una pluralidad de concepciones, a menudo contrapuestas, sobre lo que significa el término ‘democracia’.

inconstitucional, argumentando que el pueblo o la nación²⁰⁴ que acompaña tradicionalmente al concepto soberanía es una colectividad formada por un cuerpo unitario, sin distinciones²⁰⁵.

Pues bien, o eso es verdad y por tanto sólo añadimos claridad cuando decimos que mujeres y hombres componen ese cuerpo unitario²⁰⁶, o no es verdad, porque nación o pueblo se ha concebido únicamente en masculino²⁰⁷, y entonces resulta imprescindible cambiar esa formulación²⁰⁸ por otra más incluyente, para hacer realidad la igualdad radical de mujeres y hombres²⁰⁹, frase utilizada en el FJ 7 de la STC 12/2008, de 29 de enero²¹⁰.

²⁰⁴ Ver Nira YUVAL-DAVIS, *Gender and Nation*, Sage, London 1996; o John HOFFMAN, *Gender and sovereignty: feminism, the state and international relations*, Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, New York, 2001.

²⁰⁵ En este sentido se expresó el Consejo Constitucional francés en su decisión de 18 de noviembre de 1982 cuando estableció que el sistema de cuotas en las candidaturas afectaba al principio de indivisibilidad del cuerpo electoral y a la idea de unidad de la función representativa y en su decisión de 14 de enero de 1999, para acabar diciendo que el sistema de cuotas electorales era contrario a la Constitución. Ya Carl SCHMITT –*El concepto de lo político*, Folios Ediciones, Buenos Aires 1984- decía que cada Estado es una unidad política y que para determinar esa unidad es necesario contar con un criterio de inclusión y de exclusión, esto significa que es necesario fijar una frontera entre los que pertenecen a una determinada unidad política, es decir a un pueblo y los que no pertenecen a él. Resumiendo, la exclusión es la condición de posibilitar una unidad política. El concebía la exclusión hacia fuera, hacia los otros-los enemigos, pero su afirmación es también válida hacia dentro. Paloma BIGLINO CAMPOS, “Acerca de la constitucionalidad de las leyes electorales paritarias” en M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, p. 362 explica clara y sucintamente cómo no se ve afectada la indivisibilidad del cuerpo electoral por las cuotas electorales.

²⁰⁶ El principio de paridad consiste en hacer entrar a las mujeres en tanto que mujeres en las instancias de decisión, y demuestra que el ideal de mixitud considerada como un todo, no implica una división de los ciudadanos en categorías o en comunidades. La paridad, en palabras de Agacinski –ver Sylviane AGACINSKI, *Política de sexos*, 1998-, debería ser la mixitud de la «representación» nacional *en su conjunto*, para representar la mixitud de la humanidad de la nación *en su conjunto*.

²⁰⁷ La sentencia 422, de 12 de septiembre de 1995, de la Corte constitucional italiana, ante unas medidas legislativas que aseguraban en determinadas elecciones que ninguno de los dos sexos pudiera estar representado en una candidatura en una proporción superior a dos tercios, consideró que era contrario al art. 3 de la Constitución italiana porque no se removían obstáculos que impedían a las mujeres obtener determinados resultados, sino que se les atribuían directamente dichos resultados, entendiendo, por tanto, que aquello era una medida de tutela preferencial con base en el sexo y, por ende, contraria a la Constitución, tomando como base para su decisión, entre otras la sentencia *Kalanke* del TJCE, de 17 de octubre de 1995, relativa a la interpretación del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1976, sobre la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Haciendo abstracción de que no se puede medir con la misma vara el acceso al empleo y la participación política, la Corte constitucional italiana es consciente de la sub-representación de las mujeres, es decir, de que el genérico no incluye a las mujeres, pero no le parece bien el método propuesto para conseguir tal inclusión. Ahora bien, la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 13 de febrero de 2003, n^o 49 matizó su posición – a propósito de leyes electorales de Valle d’Aosta y Campania donde se regulaba que todas las listas electorales para elegir el Consejo Regional debían contener candidatos de ambos sexos-, al entender que las leyes no establecen ningún tratamiento diferente basado en el sexo de ningún candidato con respecto a los otros. Eleanora CECCHERINI, “Rappresentanza Politica e differenza di genere: evoluzione del dibattito costituzionale italiano” en M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas y reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 215-240 analiza estos hechos.

²⁰⁸ Ninguna Constitución ha reformulado al pueblo ni a la soberanía, sino que se han limitado, como hemos visto, a nombrar a las mujeres y a los hombres reconociendo su igual derecho a ocupar cargos electos y, en algunos casos, previendo que el estado garantice esa igualdad. Es decir, sin retocar el principio de soberanía que

Y posiciones, como la mantenida en su voto particular por el magistrado Rodríguez-Zapata Pérez a la recién mencionada STC 12/2008, refuerzan mi idea de la necesaria reforma constitucional. Reproduzco el apartado 2 de su voto oponiéndose a la constitucionalidad de la exigencia de una representación equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales, por el carácter didáctico que tiene como ejemplo de discurso androcéntrico – a estas alturas de la ponencia cualquier lectora o lector tiene conocimiento suficiente para saber el origen de la filosofía que inspira al insigne jurista-:

2. La reivindicación de la paridad se funda en la idea de que la división de la Humanidad en dos sexos tiene más fuerza y prevalece sobre cualquier otro criterio de unión o de distinción de los seres humanos. Sin embargo, ha sido un principio fundamental desde los inicios del Estado liberal surgido de la Revolución francesa que la representación política no puede dividirse, porque es expresión de la voluntad general. Como reacción frente al *Ancien Régime* y a las asambleas divididas en los brazos estamentales, el nuevo orden político estableció, en palabras de Sieyès, que “el ciudadano es el hombre desprovisto de toda clase o grupo y hasta de todo interés personal; es el individuo como miembro de la comunidad despojado de todo lo que pudiera imprimir a su personalidad un carácter particular”. Sobre este concepto de ciudadano se edifica el régimen representativo, afirmándose en el art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que “La ley es la expresión de la voluntad general. ... Como todos los ciudadanos

esgrimía la doctrina. Por todos F. REY MARTÍNEZ, “Cuotas electorales y representación política de las mujeres”, *Aequalitas*, nº 1/1999, p. 53: donde el autor, parte de que la representación, en tanto que lo es del pueblo como unidad tiene que ser igual, suprimiendo cualquier distinción por razón de nacimiento. Si se distingue a las personas candidatas por su sexo se lesiona el dogma de la unidad y homogeneidad del cuerpo electoral poniéndose en riesgo el propio contrato social. La respuesta a estos argumentos se pueden encontrar en Julia SEVILLA MERINO, “Paridad y Constitución” y en M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “Mujer y derechos constitucionales” en Teresa FREIXES SANJUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 205-236, especialmente pp. 215-217 y pp. 237-265, especialmente pp. 241-246, respectivamente.

²⁰⁹ “Se pretende, en suma, que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos. Una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos. No de su contenido ideológico o político, sino del precontenido o substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política: **la igualdad radical del hombre y la mujer**. Exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concurra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que, sea cual sea su programa político, compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta”.

²¹⁰ **Sentencia** que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el recurso de inconstitucionalidad, acumulado a la anterior, núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, es decir, sobre la constitucionalidad o no de la exigencia de que partidos políticos y agrupaciones de electores presenten listas con presencia de mujeres y hombres. Y la ley ni siquiera es paritaria.

son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

El cambio constitucional resulta, además, necesario porque la Constitución, como dice Häberle²¹¹, no es solamente un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino también la expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio de autocomprensión cultural de un pueblo, reflejo de sus raíces culturales y fundamento de sus esperanzas.

La Constitución expresa una determinada idea de democracia –España se constituye en un estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político²¹² dice el art.1.1 y, más tarde, el art. 10.1 nos dice que es la dignidad de la persona (...) el fundamento del orden político y de la paz social-; pues bien, si no especificamos quienes somos esas personas, libres e iguales, a esa tensión existente, por definición, entre libertad e igualdad añadimos la posibilidad de que preceptos que concretan la igualdad de mujeres y hombres sean atacados por entender que son contrarios a la libertad o por entender que son discriminatorios para los hombres²¹³.

Si existiésemos españolas y españoles los paradójicos argumentos esgrimidos hasta ahora carecerían de fundamento constitucional²¹⁴, como el utilizado por el magistrado del TC Rodríguez-Zapata Pérez en el apartado 2 de su mencionado voto particular:

²¹¹ Peter HÄBERLE, “La ejemplaridad de la Constitución española de 1978 desde una perspectiva común europea” M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 461-482, especialmente p. 463.

²¹² A veces, en ausencia de otros instrumentos jurídicos se ha intentado utilizar el pluralismo, la pluralidad, como principio integrador –defendido, entre otros, por J. WEEKS, “¿Héroes caídos? Todo sobre los hombres”, en J. COPLANS y otros, *Héroes caídos. Masculinidad y representación*, Espai D’Art Contemporani de Castelló, Valencia 2002 p. 193- no es suficiente, debido fundamentalmente a que en estos siglos de historia constitucional el estereotipo hombre es el único sujeto político público reconocido y, por tanto únicamente se está reconociendo la pluralidad entre hombres. Como ejemplo concreto de esta afirmación quiero llamar la atención sobre el sentido que tienen en nuestro lenguaje estas dos acepciones: hombre público y mujer pública.

²¹³ La mera mención de las palabras hombre y mujer en una norma se toma, *per se*, como atentatoria tanto al principio de igualdad como al de libertad. Sirva de ejemplo el dictamen 2909/2002 del Consejo de Estado sobre la ley 11/2002, de 27 de junio, electoral de Castilla la Mancha, publicado en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003/2004, pp. 657-672, especialmente p. 669: “(...) toda diferenciación en razón del sexo resulta objetivamente discriminatoria disminuyendo para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental a favor de otros pertenecientes a un grupo que se considera en desventaja” –en cuanto a la discriminación de los hombres- cuando menciona el art. 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio de Partidos Políticos, que establece que éstos ejercerán libremente sus actividades, en relación al art. 44 y siguientes de la LOREG para entender que el sistema de cuotas electorales es contrario a la libertad (pp. 670-671).

²¹⁴ Es curioso que se entienda como atentatorio para la igualdad acabar con una situación desigual de mujeres y hombres en el espacio público, que obedece a intervenciones jurídicas directas, como hemos visto, y como atentatorio para la libertad el concebir que los partidos que gestionan nuestra participación política deban tener presente que participamos mujeres y hombres a la hora de confeccionar sus candidaturas. Volvemos a vivir el argumento, que ya he comentado, del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857) <http://www.landmarkcases.org/dredscott/home.html> [Consulta: 6 de octubre de 2008] que declaró inconstitucional una ley federal que suprimía la esclavitud porque en esa ley se vulneraban los derechos de propiedad, constitucionalmente protegidos, de los amos.

El nuevo modelo de representación política que se inaugura con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, interpone la condición sexual entre la soberanía y la condición de ciudadano, de modo que hombres y mujeres, hasta ahora personas indiferenciadas en el ejercicio del derecho de sufragio, incorporan una circunstancia añadida de la que no pueden desprenderse.

Cuando parece evidente que es más bien el hecho de ser personas indiferenciadas lo que ha hecho que las mujeres incorporasen una circunstancia de la que sí quieren desprenderse: su desigualdad en el contenido material de este derecho.

Y, además, entiendo necesario que españolas y españoles seamos los titulares del poder constituyente por otra razón, porque si las españolas dejamos el poder constituyente en manos del «genérico» los españoles, parafraseando y descontextualizando a Carl Schmitt²¹⁵, les estamos dando el dominio político y por tanto, estamos asumiendo una obediencia. Y, aunque el derecho opere con categorías que se desprenden del contenido de la norma, y no sólo de su literalidad, teniendo en cuenta las maneras que hay de interpretarla²¹⁶, es preferible que la norma, en este caso la Constitución, nombre.

El principio democrático así concebido, opera simultáneamente como principio material y como principio estructural, eso hace de él un principio vertebral del sistema. Es decir, estoy hablando de democracia sustantiva y de democracia procedimental. No basta con establecer la democracia –nominada: mujeres y hombres- como principio jurídico *de* la Constitución, sino que es necesario que sea un principio jurídico *en* la Constitución y que así alcance a las propias reglas constitucionales en las que se proyecta, tanto las de dimensión material –derechos fundamentales y especialmente a los valores igualdad y libertad-, como las de dimensión estructural organizativa y procedimental –división de poderes, composición y elección de los órganos representativos, etc-. Porque si el principio opera globalmente no podemos separar fines de medios²¹⁷. No podemos pretender que unos órganos del Estado compuestos por hombres mayoritariamente velen por el interés general que incluya a las mujeres²¹⁸. Como dice Maihofer²¹⁹, en una democracia que se legitime materialmente a partir

²¹⁵ Carl SCHMITT, *El concepto de lo político*, Folios Ediciones, Buenos Aires 1984, p. 48: “Si un pueblo teme las fatigas y el riesgo de la existencia política se encontrará con otro pueblo dispuesto a hacerse cargo de tales esfuerzos, garantizando su <protección de los enemigos externos> y asumiendo el dominio de lo político; será entonces el protector quien determinará al enemigo, como resultado de la conexión interna que existe entre protección y obediencia”.

²¹⁶ Es interesante recordar aquí el FJ 8 de la STC 126/1997: “Si el principio de igualdad «no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato», las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (STC 229/1992). Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 75/1983 y 209/1988)”.

²¹⁷ Manuel ARAGÓN, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid 1989, p. 107

²¹⁸ Parece que a los hombres no les interesa la igualdad de las mujeres. Es un dato a tener en cuenta que la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de Igualdad Oportunidades que se constituyó el 27 de mayo de 2004 en las Cortes, estaba formada mayoritariamente por mujeres: presidenta, vicepresidentas, secretarías y portavoces adjuntas son mujeres; entre las nueve personas portavoces sólo había dos hombres; 2 vocales varones y 24 mujeres; de las diecinueve personas adscritas sólo una era varón. En la edición de *EL País* de 5 de octubre

del interés común o del bien general, el ejercicio del poder también ha de legitimarse formalmente, a través de la participación a título de autor –a título de autora añadido- en la creación de esa ley, en la que ha de expresarse la voluntad general dirigida hacia la utilidad común, de cuantas personas vayan a estar sometidas a ella.

Una estado constituido por mujeres y hombres iguales en derechos y en deberes obliga al legislador y al intérprete supremo de la Constitución, alcanzando esta interpretación a todo término “democrático” que aparezca en la Constitución –como el del funcionamiento interno de los partidos y de los sindicatos- e incluso podría obligar a ciertas entidades no públicas pero dotadas de relevancia para el orden social y político, tanto en su dimensión estructural, como en su dimensión material.

Es decir, los partidos políticos, los sindicatos y cualquier otra entidad representativa de intereses debería funcionar de acuerdo con el principio democrático expresado en la Constitución – el art. 9.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos es taxativo: “Un partido será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos”²²⁰ -.

Los partidos políticos²²¹ merecen una especial mención porque son los intermediarios privilegiados a través de los cuales hacemos efectivo el principio de representación y en ellos me detengo²²². También porque en nuestra doctrina se ha mencionado el hecho de que las cuotas atentan contra la libertad ideológica y de organización de los partidos políticos, aunque nunca antes hayan hablado de que en España la democracia - y por ende la democracia de los partidos políticos²²³ -, se asiente en el principio de discriminación indirecta de las mujeres - la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo -. No se puede olvidar que la igualdad se mide no sólo en las desigualdades de partida sino también en el resultado de determinadas conductas “formalmente no discriminatorias” que mantienen a las mujeres en una situación de desventaja²²⁴.

de 2008, p. 45 del suplemento Negocios, Manuel V. GÓMEZ, “En busca del equilibrio. La ley de igualdad impulsa y encauza los postgrados específicos sobre el tema”, nos da cuenta de la ausencia de hombres en los cursos de postgrado referidos a la igualdad: «De las 80 personas inscritas en el curso de Valencia, sólo una es hombre».

²¹⁹ Werner MAIHOFER, “Principios de una democracia en libertad” en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HIEDE, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 226

²²⁰ Y el art. 9.2.a) señala como causa posible (...) o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.

²²¹ Los partidos políticos son asociaciones *sui generis*, por sus fines públicos y por su relevancia constitucional – por todas STC 48/2003, de 12 de marzo- y que según el art. 6 de la CE “su organización y su funcionamiento deben ser democráticos”.

²²² Ver Joni LOVENDUSKI y Claudie BAUDINO, *State feminism and political representation*, Cambridge University Press, Cambridge, UK; New York 2005.

²²³ Como dice María HOLGADO GONZÁLEZ, “Financiación de partidos y democracia paritaria” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 115, Enero-Marzo 2002, pp. 129-153, especialmente p. 129 “Unos partidos que no sean democráticos no pueden aspirar a gobernar democráticamente”.

²²⁴ Sobre el concepto de discriminación indirecta ver Rosario SERRA CRISTÓBAL, “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en M^a Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J. AZNAR GÓMEZ (Coords.),

Aunque el FJ 5 de la STC 12/2008²²⁵ aplica la comprensión del principio democrático aquí defendida en cuanto a la elaboración de las listas electorales, también recuerda que la ley no es aplicable a la organización interna -democrática- de los partidos, como señala el mismo fundamento jurídico -“Igualmente, como quiera que esa normativa no versa sobre ninguna faceta de la vida interna ordinaria de los partidos políticos, tampoco existe vulneración alguna de la dimensión relativa a la libertad de organización y funcionamiento internos”.

Estas terceras consideraciones sólo pretenden alertar de las interrelaciones entre lo económico, lo político y lo jurídico y ayudar a explicar por qué las mujeres queremos dejar de ser esas presencias invisibles en todos nuestros espacios y pasar a gestionarlos junto a los hombres²²⁶.

Me preguntaba al inicio por qué las mujeres no estábamos presentes en el Estado y tras estas páginas parece hacerse evidente que no se debe a actuaciones individuales, propias de la autonomía de la voluntad y no achacables, por tanto, al principio democrático. De las otras dos preguntas abiertas -si se debe a una mala formulación en inicio del principio democrático, o si se debe, únicamente, al actual estadio de evolución del principio- me inclino por la primera: el principio democrático adolece de una mala formulación desde su inicio que no se ha corregido en estos últimos siglos²²⁷.

V. EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

Habiendo llegado hasta aquí es imprescindible redefinir el concepto de igualdad de mujeres y hombres. Y para ver esta necesidad un breve repaso a cómo se ha entendido hasta hoy dicha igualdad es pertinente por esclarecedor.

Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer), Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 365-398, especialmente p. 397; sobre la situación de las mujeres en la vida política ver M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, “La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales”, *Cuadernos de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, n^os 30-21, 2000, especialmente p. 115.

²²⁵ “Así pues el art. 44 bis LOREG persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados”.

²²⁶ Interesante el trabajo de Itziar RUÍZ-JIMENÉZ ARRIETA, “El feminismo y los estudios internacionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, n^o 108/2000 pp. 325-360, para ver cómo afecta la perspectiva de género a las relaciones internacionales.

²²⁷ Y la causa es que “la creación del Derecho así como sus modificaciones (...) se debe exclusivamente a la voluntad de los hombres”, parafraseando y, a la vez, descontextualizando a José ASENSI SABATER, “Constitucionalismo y Constitución en la época de la modernidad madura”, en M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, p. 124. Otra concepción de la democracia se puede ver en Alicia MIYARES FERNÁNDEZ, *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid 2003.

1. La interpretación actual

De entrada situaremos dos conceptos que aunque complementarios no tienen el mismo significado jurídico, me refiero a la no-discriminación y a la igualdad.

a) De la no-discriminación

La no-discriminación está prevista en el art. 14 de la constitución, que enumera las razones que históricamente han provocado discriminaciones –nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social-, para prohibir su permanencia en nuestro sistema. Y todas estas prohibiciones tienen el mismo valor, por lo que las acciones encaminadas a acabar con ellas son del mismo tipo, sea cual sea la causa, como podemos ver tanto en nuestra normativa, como en nuestra jurisprudencia:

1. La Decisión 77/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, por la que se establece el año europeo de la igualdad de oportunidades para todos (2007) - Hacia una sociedad justa²²⁸. Cuando se fundamenta la decisión se unen y se mezclan, confundiéndolas, todas las causas de discriminación que han tenido normativa comunitaria. En el Considerando segundo se menciona, sin hacer distinciones, la normativa comunitaria contra las discriminaciones basadas: en el origen racial y étnico²²⁹, en la religión, la edad y la orientación sexual²³⁰, o en el sexo²³¹, porque todas ellas tienen su base jurídica en el art. 13.1 del TCE que hace lo mismo: “(...) adoptar acciones adecuadas para luchar contra las discriminaciones por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.
2. En la jurisprudencia del TC podemos leer que el art. 14 CE contiene una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé (por todas, STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4). Igualmente, se ha destacado que la prohibición del art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una

²²⁸ DOUE L 146, de 31 de mayo de 2006, pp. 1-7.

²²⁹ Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social, DO L 180 de 19.7.2000, p. 22.

²³⁰ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, DO L 303 de 2.12.2000, p. 16.

²³¹ Entre otras, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DO L 373 de 21.12.2004, p. 37.

exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8 ó 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7²³²).

De estas configuraciones de la prohibición de discriminación podemos sacar, al menos una consecuencia y es que la exclusión estructural de las mujeres que existe en el sistema queda convertida en una situación coyuntural contra la que se pueden tomar medidas.

Y si ahondamos en los criterios que existen para saber si hay o no discriminación en un caso concreto, en una medida determinada - a) que la medida en cuestión no sea «contraria al principio de igualdad de oportunidades o de trato de los colectivos discriminados»; y b) que no haya perdido su razón de ser: porque tiende a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, o porque consolida la situación discriminatoria contra la que se reacciona²³³ - podemos sacar, al menos dos consecuencias: 1) Las mujeres no somos la mitad de la humanidad, sino que componemos un colectivo; y 2) ese colectivo no marca las pautas de la igualdad –de trato o de oportunidades-, sino que está constitucionalmente protegido para que alcance las pautas que otros han marcado.²³⁴

b) De la igualdad

Cuando nuestra doctrina analiza las relaciones entre el art. 1.1, el art. 9.2 y el art. 14 de la Constitución española el único derecho subjetivo que reconoce es el de la igualdad formal²³⁵. Por el mismo camino va la jurisprudencia constitucional cuando interpreta el valor jurídico de la igualdad formal del art. 14 y de la igualdad material del art. 9.2: “El artículo 9.2 CE puede actuar como un principio que matiza la igualdad formal, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material” (STC 98/1985)²³⁶.

²³² Definiciones de la [Directiva](#) 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, DO L 269, de 5.10.2002, p.15

²³³ Ver por todas STC 128/1987, FJ 6 o STC 317/1999, FJ 2.

²³⁴ Por todas, la STC 181/2000, "lo propio del juicio de igualdad es que ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador requiere -como presupuesto obligado- la previa comprobación de que, como consecuencia de la medida legislativa impugnada, se ha introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre personas”.

²³⁵ Por todos, Luis LÓPEZ GUERRA, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución” en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid 2000, p. 22: “a diferencia de lo que sucede con la igualdad formal, prevista en el artículo 14 de la Constitución, en el artículo 9.2 donde se reconoce la igualdad material no se consagra un derecho inmediatamente derivado de la Constitución, sino que se trata de un mandato/habilitación al legislador para llevar a cabo una acción igualizante, más allá de la igualdad formal”; y José Antonio MONTILLA MARCOS, “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional”, *Estudios de Derecho Público*, vol. I, Tecnos, Madrid 1997, p. 457, donde recuerda que el art. 9.2 no significa que exista un derecho subjetivo frente al Estado a un trato igual desde el punto de vista material, susceptible de un recurso de amparo.

²³⁶ Y sigue diciendo el TC en la misma sentencia, a propósito del art. 9.2: “no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos”. M^a Josefa RIDAURA MARTÍNEZ, “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en M^a Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J.

Por lo tanto, partimos de la situación jurídica de los -iguales- españoles e intentamos encajar a las españolas, y con esta vara de medir vamos designando los conceptos²³⁷.

Y precisamente en eso estriba el problema. Si únicamente tenemos el derecho subjetivo a la igualdad formal –tenemos derecho a ser iguales a los hombres, es decir, como los hombres- y no a la material –tener derecho a que nos traten como a iguales, sin ser hombres- cualquier decisión de los poderes públicos que no respete esa igualdad formal concebida en masculino, es decir, cualquier decisión que mencione las palabras hombre y mujer²³⁸, puede ser revisada para ver si cumple los criterios de lo aceptable²³⁹.

Esta ha sido la línea mantenida por el TC, que ha dicho en más de una ocasión (SSTC 21/2001, de 29 de enero FJ 2, 49/2002, de 25 de febrero, FJ 2; 156/2003, de 15 de septiembre FJ 3) que “es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la igualdad que consagra el art.14 CE ni otorga un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ya que *no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual*” siendo “ajeno al ámbito de este precepto la llamada discriminación por indiferenciación” (...) “el art. 14 no concede un derecho subjetivo a la diferencia o, dicho de otra manera, que no concede un derecho a la diferencia no discriminatoria²⁴⁰”.

AZNAR GÓMEZ (Coords.), *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 213-264, resume toda la jurisprudencia del TC, especialmente, pp. 244-264.

²³⁷ Asunción VENTURA FRANCH, “Igualdad real y reforma constitucional” en Teresa FREIXES SANJUÁN y Julia SEVILLA MERINO (Coords.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005, pp. 267-280 resume claramente los problemas que tal situación crea.

²³⁸ Pasan cosas como la señalada por Alfonso RUIZ MIGUEL, “Discriminación inversa e igualdad”, en Amelia VÁLCARCEL (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 89: “(...) tratar como grupo a las mujeres cuando se las discrimina al modo tradicional y tratar como individuo a los varones cuando se trata de igualar a las mujeres mediante la discriminación inversa, es aplicar la ley del embudo.

²³⁹ El principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FFJJ 3 y 9; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, o 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5). El trabajo de David GIMÉNEZ GLÜCK, *Juicio de igualdad y Tribunal constitucional*, Bosch, Barcelona 2004, especialmente las pp. 57-91 donde repasa el juicio de racionalidad para acabar resumiendo así el *iter* seguido por el TC: validación del término de comparación y juicio de racionalidad que consiste en hallar una razón de ser constitucionalmente admisible y comprobar que la situación jurídica que se discute y su término de comparación ostentes posiciones realmente diferentes (p. 90).

²⁴⁰ No entraré a analizar el cambio general que debe operarse en la jurisprudencia del TC tras la STEDH de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos contra Grecia*, especialmente apartado 44 : « La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les Etats font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues (arrêt Inze précité, p. 18, § 41). Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ».

Y en estas condiciones para explicar una diferenciación²⁴¹ jurídicamente aceptable surgen conceptos engañosos como los de *discriminación inversa* o *positiva* o *acciones positivas*²⁴², que tienen en común su capacidad de inducirnos a error²⁴³.

La trampa de nuestro actual sistema es que cuando la norma iguala –que no mejora²⁴⁴, nombrándolas, a las mujeres y a los hombres, para considerarla aceptable utilizamos conceptos como discriminación positiva o inversa o acción positiva, dando a entender que hay un beneficio a favor de las mujeres que tiene como contrapartida un visible perjuicio en los hombres.

Y la realidad jurídica demuestra que eso no es así, máxime cuando en la interpretación que hacen los tribunales de las acciones positivas, éstas poco tienen que ver con ventajas. Tomemos como referencia el punto 3º de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 2000 –asunto C-407/98, *Abrahamsson*–:

“El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”.

²⁴¹ La no existencia de un tratamiento jurídico de la diferencia hace que todo el sistema jurídico gire en torno a la igualdad, entendida como uniformidad en este caso, por lo que el propio principio democrático de democracia constitucional pluralista puede verse en entredicho. Y cuando se trata de dar forma jurídica a esta diferencia, a través de la democracia paritaria pongamos por caso, no faltan autores – por todos Louis FAVOREU, “Principio de igualdad y representación política de las mujeres”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50/1997, pp. 13-28, especialmente p. 22 – que consideran que la paridad reemplaza a la igualdad.

²⁴² M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos”, en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, p. 388 diferencia “igualación positiva” y “acción positiva” mientras la acción persigue una igualación entre ciudadanos individualmente considerados la igualación persigue igualar colectivos.

²⁴³ Como dice B. GONZALO GONZÁLEZ, “El principio de igualdad y la excepción de la «discriminación inversa»”, *Relaciones Laborales*, I, 1996, p. 630: “Las palabras disfrazan a veces los conceptos, o los cargan de un contenido no deseado. En nuestro caso la expresión «discriminación positiva» transmite el mensaje acerca de la legítima diferenciación legal de la mujer como si fuese un privilegio”. También M. A. BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cívitas, Madrid 1997, pp. 60 y ss. encuentra artificiales estas distinciones. Interesantes también por el análisis jurídico y las aclaraciones sobre estos conceptos sus artículo: “La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión”, y “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acciones positivas *versus* igualdad de oportunidades, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 9/2003, asequibles en <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere2.pdf> y <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf>, respectivamente [Consulta: 4 de octubre de 2008]. Y, realmente, como señala Alfonso RUIZ MIGUEL, “Discriminación inversa e igualdad”, en Amelia VÁLCARCEL (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 89: “(...) tratar como grupo a las mujeres cuando se las discrimina al modo tradicional y tratar como individuo a los varones cuando se trata de igualar a las mujeres mediante la discriminación inversa, es aplicar la ley del embudo”.

²⁴⁴ Asunción VENTURA FRANCH, “Constitución y género: una relación jurídica compleja” en M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN (Ed.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 411-425 explica claramente la diferencia entre igualar y mejorar.

El lenguaje engañoso -‘acción positiva’- hace pensar que la pertenencia al sexo femenino es bastante para acceder a un puesto de trabajo, cuando lo único ‘positivo’ que hay en la acción es intentar acabar con esa preferencia ‘natural’ que se concedía al varón sobre la mujer en el acceso a un puesto de trabajo²⁴⁵, pero no existe ningún atisbo de ‘ventaja’ jurídicamente permitida, como hemos visto²⁴⁶. Con estos conceptos se fomenta el hecho de que la igualdad de oportunidades y las políticas de igualdad sean consideradas como conducentes a la desigualdad y sean rechazadas por muchas capas sociales intermedias, deseosas de diferenciarse de las capas que consideran situadas por debajo de ellas²⁴⁷. Y se entiende esa necesidad, que existe entre las mujeres nombradas para cualquier puesto, de tener que explicar que su nombramiento no ha sido fruto de ninguna ventaja a su favor sino fruto del mérito, necesidad que no es compartida por ningún hombre nombrado, ya que nunca hemos oído explicar –sin que a veces falten motivos para ello- que su nombramiento no obedece a ninguna ventaja por razón de su sexo.

c) Unas últimas consideraciones

Por todo lo expuesto podemos decir que nuestros sistemas actuales, tanto el constitucional como el comunitario, entienden que mujeres y hombres no somos iguales, precisamente por todo el afán que muestran para hacernos iguales: La promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer es una de las misiones fundamentales de la Comunidad que figuran en el artículo 2 del TCE; asimismo, el artículo 3, apartado 2, establece que, en todas sus actividades, la Comunidad ha promover la igualdad entre hombres y mujeres.

²⁴⁵ Una muestra de lo que digo puede verse en el “Catálogo de acciones positivas” de Emakunde http://www.emakunde.es/images/upload/CatAccPos_c.pdf [Consulta: 4 de octubre de 2008], pp.-15-17.

²⁴⁶ No es este el lugar para hablar del contenido material de las denominadas acciones positivas o ventajas en nuestros textos jurídicos, pero no quiero dejar de llamar la atención sobre el contenido exacto que finalmente tienen estas palabras. Viendo la sentencia que acabo de citar es ‘curioso’ observar que el art. 23 de la Carta derechos fundamentales de la Unión europea vuelva a decirnos tras garantizar la igualdad entre mujeres y hombres que “El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan *ventajas* concretas a favor del sexo menos representado”. Cuando en el epígrafe 1º de la sentencia citada queda claro lo siguiente: “El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y el artículo 141TCE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado”. Es decir, cualquier pequeña ventaja que se otorgue a una mujer concreta será considerada contraria al derecho comunitario, en cambio las históricas ventajas de los hombres no son objeto de prohibición expresa.

²⁴⁷ Incluidas algunas mujeres que ven peligrar lo que han conseguido por su esfuerzo y temen que se considere que ocupan el puesto que ocupan por algún trato de favor que han recibido. Como explica Mónica THRELFALL, “Los límites de las políticas de igualdad en las sociedades «satisfechas»”, en Amelia VALCÁRCEL (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 201: “Este fenómeno es en cierta medida inevitable. En condiciones de opresión, las mujeres están obligadas a desarrollarse dentro de un estrecho marco de comportamientos y de opciones de vida que hace que se asemejen en una variedad de sentidos, al margen de las diferencias geográfico-culturales. Sin embargo, la liberación y la libertad vienen acompañadas de una amplia gama de opciones para desarrollar las aptitudes personales. (...) y desencadenan también un movimiento hacia la progresiva diferenciación”. Un estudio de este tema puede verse en María Ángeles MARTÍN VIDA, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Servicio de Publicaciones de la Univ. de Granada, Granada 2003.

Es decir, al no basarse la Comunidad en la igualdad de mujeres y hombres, esa igualdad se convierte en algo que “promueve”; de esa manera, las mujeres, en lugar de ser sujetos que constituyen la Comunidad en igualdad con los hombres, se convierten en objetos de su ordenamiento jurídico, cuya misión es hacer a las mujeres iguales –“a los hombres”-.

El sistema constitucional español también se basa en la misma idea. Si nos fijamos en los títulos de dos leyes importantes sobre igualdad de mujeres y hombres -la LO 3/2007 o la ley vasca 4/2005-, vemos que en las dos se repite que se han hecho, la una “para la igualdad efectiva de mujeres y hombres” y la otra “para la igualdad de mujeres y hombres”.

Nuestra condición de pertenecer al sexo femenino nos sigue negando la capacidad de ser sujetos libres e iguales y ésta negación hace que a diferencia de los hombres, sujetos, las mujeres seamos consideradas como un colectivo vulnerable y, por ende, posible objeto de protección.

Este androcentrismo que perdura en nuestros textos jurídicos es lo que debe desaparecer²⁴⁸.

Porque en nuestra Constitución las ciudadanas no existimos, no estamos nombradas y al no estar nombradas no está sancionada nuestra presencia y lo que es aún peor, no está sancionada nuestra posibilidad de existencia - ¿estamos en el Congreso de los diputados?-. Para conseguir la equiparación, la equipotencia, necesitamos ser nombradas. Necesitamos constituirnos en sujeto político con cuerpo, femenino, y conseguir así el reconocimiento de nuestra identidad.

La idea clave para entender esta reflexión sobre cómo debe ser concebida la igualdad de mujeres y hombres es la siguiente: lo contrario de la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad²⁴⁹. Estimo que la contraposición entre igualdad y diferencia es falsa porque en realidad no es posible conseguir una verdadera igualdad sin mantener las diferencias. No podemos sustituir la afirmación “las mujeres son iguales que los hombres” por “las mujeres son hombres”. Entre Ser iguales que los hombres y Ser hombres existe, sin duda, una diferencia. La diferencia está oculta tras la comparación iguales que. Si queremos ser iguales

²⁴⁸ “Por eso el universalismo abstracto no basta, es necesario un universalismo «concreto» que tenga en cuenta la diferencia de los sexos para escapar de la trampa del androcentrismo” nos dice Eva MARTÍNEZ SAMPERE, “La legitimidad de la democracia paritaria”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 107/2000, pp. 133-149, especialmente p. 139; “Esta jerarquía existe en todos los sistemas *androcentristas*, es decir, aquellos que sitúan al hombre en su centro, o en la cumbre de las jerarquías. El androcentrismo puede caracterizar tanto una organización social como un sistema de representaciones y conceptos. Puede constituir, como hemos comprobado por experiencia, una manera de disfrazar la dualidad de los sexos y disimularla bajo una «universalidad» masculina”, p. 135. Emakunde en su “Material de apoyo para la realización de informes en función del impacto de género” en http://www.emakunde.es/images/upload/Materialak_e_c.pdf [Consulta: 4 de octubre de 2008], p. 24, define así el androcentrismo: “Supuesto que considera lo propio y característico de los hombres como centro del universo, parámetro de estudio y de análisis de la realidad y experiencia universal de la especie humana. Confunde la humanidad con el hombre-varón. Es una forma específica de sexismo que se manifiesta sobre todo en la ocultación de las mujeres y en su falta de definición”.

²⁴⁹ Como dice Amelia VALCÁRCEL, “Igualdad, idea regulativa”, en Amelia VALCÁRCEL (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 1: “el fuste del concepto de igualdad depende de aquellos con que se le hagan coincidir. Si oponemos por ejemplo igualdad a diferencia esto inaugura un tipo de discurso, si oponemos igualdad a identidad otro, si oponemos igualdad a desigualdad otro.”

que los hombres, pero no queremos ser hombres, es que entre ambas realidades existe un resquicio para la diferencia²⁵⁰.

Cuando hablo de rescribir la Constitución para dar cabida en ella a las mujeres no es mi propósito el de ser un hombre sino el de establecer un sistema que no convierta las diferencias de mujeres y hombres en desigualdades. Esta confusión tiene su origen en el “género”, ya que es el género el que construye la diferencia como desigualdad y, por eso, se trata de cuestionar ese código secreto del orden patriarcal que hace eso posible. Los cambios estructurales y legislativos pueden ser un punto de partida, pero no de llegada. Ahora bien, ¿qué igualdad? ¿Qué clase de sujeto político-constitucional queremos ser las mujeres? ¿Cómo podemos formular nuestra presencia en los textos constitucionales?

La palabra genérica mujer no nos define, no se es sujeto desde lo genérico. El genérico Hombre o Mujer, con mayúscula, engendra identidades que es precisamente lo opuesto a las diferencias²⁵¹. Si lo contrario de igualdad es desigualdad, lo contrario de diferencia es identidad -lo relativo a lo idéntico-. Por tanto, del mismo modo que no se puede contraponer igualdad a diferencia, tampoco se puede utilizar igualdad como sinónimo de identidad –o uniformidad-, que es precisamente su término antagónico²⁵² -*igualdad versus desigualdad; diferencia versus identidad*-. Me explico.

Mientras no concibamos la igualdad como equipotencia²⁵³, es decir, como esa relación de equivalencia jurídica de los diferentes valores de las personas iguales –las mujeres y los hombres son iguales-, y sigamos concibiéndola como isonomía, es decir, como la existencia de una igualdad de valores en las personas consideradas iguales, estamos definiendo la igualdad como identidad –las mujeres son iguales a los hombres e incluso, las mujeres son hombres-²⁵⁴.

²⁵⁰ Interesante a este respecto el artículo de Victoria SENDÓN DE LEÓN, “¿Qué es el feminismo de la diferencia?” en http://www.nodo50.org/mujeresred/victoria_sendon-feminismo_de_la_diferencia.html [Consulta: 6 de octubre de 2008]. Una clara exposición de lo que aquí señalo hace Eva MARTÍNEZ SAMPERE, “Hacia la igualdad: políticas públicas en Andalucía”, en Eva MARTÍNEZ SAMPERE (coord.), *Las mujeres y la experiencia autonómica*, Parlamento de Andalucía, Granada 2004, especialmente pp. 1-4.

²⁵¹ La diferencia estriba en lo siguiente: la igualdad hace referencia a cierto tipo de relación entre individuos equipotentes, mientras que la identidad subsume en un mismo aserto realidades completamente diferentes. Celia AMORÓS, “Igualdad e identidad”, en Amelia VALCÁRCEL (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, p. 30, lo explica así: la identidad implica que aquellos sobre los que recae nuestra predicación se vuelven indiscernibles como sujetos y continúa (p. 31): “En contraposición, pues, con los enunciados de identidad, aquellos en los que se expresa igualdad implican la discernibilidad de los términos que se homologan”. En resumen igualdad supone que la diferencia de cada persona sea ponderada como digna del mismo respeto que la de otra.

²⁵² Escribía Giovanni SARTORI, *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos*, Alianza Universidad, Madrid 1988, p. 439: “Para el buscador de libertad es tan injusto imponer la identidad sobre lo que es distinto como aceptar las desigualdades heredadas. (...) A su juicio, hay que oponerse tanto a las situaciones de igualdad injustificadas como, por idéntica razón, a las desigualdades injustificadas”.

²⁵³ Palabra acuñada por Amelia VALCÁRCEL, *Sexo y filosofía*, Anthropos, Barcelona 1981.

²⁵⁴ Sírvanos de ejemplo Gregorio PECES BARBA, “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid 1999, p. 174 que, aunque no niega el origen masculino de los derechos cree que al incorporarse las mujeres a ese modelo normativo masculino, ya se puede hablar de universalidad, citado por Julia SEVILLA “Democracia paritaria y

Y la identidad está íntimamente unida a la uniformidad en el trato jurídico²⁵⁵. Y ése ha sido el punto de partida de los análisis de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia constitucional²⁵⁶, que simplemente se hacen eco de la propia Constitución española en la que en ningún momento se menciona como derecho subjetivo individual la igualdad de mujeres y hombres, lo único que hace, en el artículo 14, es prohibir la discriminación por razón de sexo²⁵⁷. Es decir, opta por la isonomía frente a la equipotencia, por la identidad frente a la igualdad.

Y esta opción tiene consecuencias concretas en la vida de las mujeres, unos ejemplos de interpretación de la igualdad del TJCE servirán para verlo:

- La sentencia de 14 de diciembre de 1995²⁵⁸, *Megner y Scheffell/ Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, asunto C-444/93, estima que no contradice el principio de igualdad, la normativa alemana que excluye del régimen general de pensiones los empleos de corta duración, a pesar de afectar mayoritariamente a mujeres, por responder a un principio estructural del régimen alemán de Seguridad Social –equivalencia entre cotizaciones y prestaciones-; el TC español en su sentencia 253/2004, FJ 6, entendió que la norma

Constitución”, en http://www.democraciapartitaria.com/documentos_listado.php?seccion=18 [Consulta: 6 de octubre de 2008] p. 39.

²⁵⁵ Es decir, *Sophie* (ver Juan Jacobo ROUSSEAU, *Emilio, o la educación*, Porrúa, México 1978, p. 278: “No hay paridad ninguna entre ambos sexos en cuanto a lo que es consecuencia del sexo”) es tenida en cuenta, únicamente, si es igual -idéntica- a *Emilio*. Interesante el trabajo de Pilar BALLARÍN DOMINGO, “Oportunidades educativas e igualdad”, en Amelia VÁLCARCEL (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid 1994, pp. 173-197, para ver cómo introyectó el sistema educativo español estas diferencias naturales. En las pp. 182-183 podemos ver en la práctica concreta la identificación de las mujeres con los hombres: “La unificación de los currículos para niños y niñas, en los años setenta, en nombre de la igualdad no surge de la consideración e integración de elementos de ambos, sino de la universalización del modelo masculino. (...) Lo que venía definiéndose como «materias propias de su sexo» desaparecerá del marco escolar pero no del conjunto cultural, simplemente no se legitimará como cultura académica”.

²⁵⁶ El Tribunal Constitucional, claro exponente de esta concepción uniforme, partió de entender la igualdad como algo puramente formal, sin hacer ninguna distinción entre igualdad y no discriminación. Un análisis de las etapas de la jurisprudencia del TC en este sentido puede verse en mi trabajo “Las políticas a favor de la mujer en la Comunidad Autónoma del País Vasco: la creación de una red que tiene por centro a Emakunde” en Eva MARTÍNEZ SAMPERE (coord.), *Las mujeres y la experiencia autonómica*, Parlamento de Andalucía, Granada 2004, pp. 79-82. Gregorio CÁMARA VILLAR, “Notas sobre el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales a los veinticinco años de vigencia de la Constitución de 1978” en M^a Luisa BALAGUER CALLEJON (Coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, p. 202-203 resume claramente los postulados sobre igualdad defendidos por el TC y apoyados por la doctrina. Ahora bien, el TC español no es el único entendiendo así la igualdad, la sentencia 422 de la Corte Constitucional italiana de 12 de septiembre de 1995, anulando la ley italiana n° 81, de 25 de marzo de 1993 (y siete más) en lo que se refería a la elección de concejales de municipios de población igual o inferior a 15.000 habitantes regulando que en las candidaturas ningún sexo podía estar representado en proporción superior a dos tercios dice: toda diferenciación por razón de sexo es objetivamente discriminatoria, puesto que reduce para ciertos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental en beneficio de otros ciudadanos que pertenecen a un grupo que se estima perjudicado – *Giurisprudenzia Costituzionale*, 1995, pp. 3255 y ss.-.

²⁵⁷ Para ahondar en la diferencia que existe entre la igualdad y la no discriminación ver M^a Ángeles BARRERE UNZUETA, “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 60/2001, pp. 145-166.

²⁵⁸ En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0444:ES:NOT> [Consulta: 11 de octubre de 2008].

española que hacía depender las prestaciones de las cotizaciones –en el trabajo a tiempo parcial- era inconstitucional, por desproporcionada.

- La sentencia de 9 de septiembre de 2003²⁵⁹, asunto C-25/2002, *Katharina Rinde/Ärzttekammer Hamburg*, estima justificada, pese a su negativa repercusión sobre las trabajadoras, la exigencia de formación a tiempo completo en un consultorio de medicina general para la obtención del título de médico general, entendiéndose que la medida se adecua a la finalidad perseguida de garantizar una correcta preparación para el ejercicio de la medicina general, al permitir la adquisición de la práctica necesaria en el seguimiento de la evaluación de las patologías de los pacientes y de acumular más experiencia en las distintas situaciones que se pueden presentar.
- La sentencia de 3 de octubre de 2006²⁶⁰, asunto C-17/05, B. F. *Cadman/Health & Safety Executive*, descarta incluso la necesidad de justificar la idoneidad del criterio de antigüedad para fijar las retribuciones, aunque de su aplicación pudieran resultar disparidades retributivas entre hombres y mujeres.

Po eso necesitamos que nuestros textos constitucionales reconozcan, por fin, que las mujeres existimos y que mujeres y hombres somos iguales, y que hagan de ese reconocimiento la base de nuestra democracia, concibiendo la igualdad como aceptación de lo diferente, de lo diverso²⁶¹ y no como identidad o uniformidad²⁶².

3. Una propuesta sobre lo que debe ser la igualdad de mujeres y hombres

Como decía Heller²⁶³, “todo problema jurídico, sin excepción, tiene sus raíces, de un lado, en la sociología y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político; Por tanto, los problemas jurídicos no solamente pueden ser estudiados desde los puntos causal y normativo,

²⁵⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0025:ES:HTML>, [Consulta: 11 de octubre de 2008].

²⁶⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:ES:HTML>, [Consulta: 11 de octubre de 2008].

²⁶¹ En la STC 186/1993, de 7 de junio, el TC sabe de lo que estoy hablando, aunque en aquel caso, su objeto de análisis era otro, pero los principios que formula son los mismos a los que me estoy refiriendo: “Sin embargo, una vez más el reproche formulado resulta coincidente con el que motivó que en la STC 37/1987, fundamentos jurídicos 9 y 10 se dijera -y ahora se reitere más resumidamente- que el principio de igualdad no impone ni que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tengan que ejercerlas de una determinada manera o con un contenido o resultados prácticamente idénticos o semejantes. Por consiguiente, si como consecuencia del ejercicio de esas competencias surgen desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en las distintas Comunidades Autónomas, no por ello automáticamente resultarán infringidos, entre otros, los arts. 14, 139.1 ó 149.1.1 de la Constitución, ya que dichos preceptos constitucionales no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado. En caso contrario, semejante uniformidad, ciertamente, sería incompatible con la autonomía constitucionalmente garantizada, de manera que, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que la Constitución impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no, desde luego, una absoluta identidad en las mismas” [F.J. 3].

²⁶² El «art.14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» (STC 52/1987, FJ 4; igualmente, SSTC 86/1985, FJ 3; 136/1987, FJ 6; 19/1988, FJ 6.; 48/1989, FJ 5 y 308/1994 FJ 5).

²⁶³ Herman HELLER, *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, México 1995, 2ª ed., p. 111.

sino que, además, exige que se efectúe ese doble estudio”. Y eso he intentado hacer en estas páginas.

Y en la búsqueda de una solución la primera pre-reflexión que se impone es la de la consideración personal de la igualdad: yo creo que mujeres y hombres somos iguales –no que las mujeres somos iguales a los hombres, somos diferentes, pero iguales-.

Me estoy refiriendo a esa igualdad de la que habla el art. 1.1. de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –“Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes-, a esa igualdad a la que se refiere la última frase del FJ 4 de la STC 12/2008 –“ (...) la igualdad sustantiva (...) es un elemento definidor de la noción de ciudadanía”-. Es decir a esa igualdad que no supone un trato igual, sino que supone tratar como iguales a las mujeres.

Y entiendo que esta manera de comprender la igualdad debería formar parte de nuestros textos constitucionales, porque si partimos de que mujeres y hombres somos iguales en derechos y deberes quedarían sin sentido muchas de las interpretaciones que hasta ahora se han hecho de nuestra Constitución, porque cambiarían sustancialmente nuestros paradigmas jurídicos.

Si analizamos desde esta óptica el FJ 2 de la STC 229/1992²⁶⁴ podemos ver:

- Que la igualdad de mujeres y hombres dejaría, definitivamente, de ser un objetivo a conseguir –“la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres”- y pasaría a ser un valor, un principio y un derecho que deben respetar todas las actuaciones de los poderes públicos; además, al reconocer un derecho público subjetivo a todas las personas se facilitarían las labores de depuración del ordenamiento jurídico, en todo aquello contrario a la igualdad.
- Esas cualidades de la igualdad permitirían “el establecimiento de un derecho desigual igualatorio” cuando hiciese falta;
- Y ese derecho desigual igualatorio no consistiría en “la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas y los hombres para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer”, sino que sería la manera de concebir la propia norma, “desigual igualatoria”, en caso necesario, es decir, cuando nuestras diferencias así lo exijan.

²⁶⁴ Se puede consultar en http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1992-0229 [Consulta: 7 de octubre de 2008], en la que podemos leer lo siguiente: La prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya «ex Constitutione» que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres [F.J. 2]. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, a fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989) [F.J. 2].

Y creo que para asegurar la igualdad de las personas nuestros textos deben formularse en positivo y no en negativo. De ese “los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de....” debemos pasar a fórmulas como “españolas y españoles de todo origen, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social son iguales ante y en la ley”.

Además de establecer que la soberanía reside en el pueblo español, compuesto por mujeres y hombres iguales en derechos y deberes, del que emanan todos los poderes del Estado – reformando así el art. 1.2-, con el correlativo cambio en los artículos relacionados, como el art. 66.1 – “Las Cortes generales representan a las mujeres y hombres del pueblo español-, o el art. 68.1 – “El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 mujeres y hombres....”-, o el art. 68.5 – “españolas y españoles en pleno uso de sus derechos políticos podrán elegir y ser personas elegidas, atendiendo al criterio de representación paritaria”, o art. 69.2 – “en cada provincia se elegirán dos senadoras y dos senadores.....”-, o el art. 98. 1 – “El Gobierno, formado por mujeres y hombres en paridad se compone....”, o el art. 122.3 – “El Consejo del Poder judicial, formado por mujeres y hombres en paridad”-, etc.

De esta manera quedaría claramente establecido que son contrarias a Derecho tanto la «discriminación directa» -situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo- y la «discriminación indirecta» - situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo²⁶⁵. Y el art. 9.2 se vería reducido al papel que tiene, es decir a ocuparse de los casos concretos, individuales o de grupo, en los que se detecta que no hay igualdad.

Conceptos como ventaja, discriminación inversa, acciones positivas o bien desaparecerían o tendrían una aplicación realmente coyuntural a favor de un grupo de ciudadanas o ciudadanos muy concreto.

Conseguiríamos así que en esa idea de sujeto que surge en la modernidad, esa “capacidad del hombre para determinarse, para construir la Historia que, desde ese momento, se puede entender como racionalidad y no como providencialismo”²⁶⁶, asuma, definitivamente, la capacidad de las mujeres para hacer lo mismo –“capacidad de mujeres y hombres para determinarse, para construir la Historia que, desde es momento se puede entender como racionalidad y no como providencialismo”-. Porque aquel sujeto nació exactamente sobre la negación “racional” de la capacidad de las mujeres para serlo, y ninguna de las afirmaciones que se hicieron en la dogmática jurídica, o en la filosofía arguyendo esta incapacidad han sido

²⁶⁵ Definiciones de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, DO L 269, p. 15. La definición de discriminación inversa añade “salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

²⁶⁶ Ver Carlos DE CABO MARTÍN, “El sujeto y sus derechos”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 7, 2001, pp. 117-135, especialmente p. 117.

contestadas ni revisadas hasta el momento –seguimos enseñando a Rousseau, a Kant²⁶⁷, a Hegel²⁶⁸, a tantos otros, sin detenernos a cuestionar un pensamiento basado en esa negación-.

Y es importante decirlo porque el constitucionalismo occidental se puede considerar como el constitucionalismo del sujeto; ya que, como dice Carlos de Cabo²⁶⁹: 1. El sujeto -y sus derechos- es el elemento definidor del constitucionalismo actual; y 2. La protección del sujeto es expansiva, dinámica ya que potencia la «constitucionalización» de cada vez mayores ámbitos de la vida social.

Este reconocimiento de las mujeres como sujeto igual nos obligaría a reformular las categorías jurídicas donde tal igualdad no estuviese reconocida o desarrollada.

Y desde esa óptica es inevitable el uso de lo que se ha venido llamando *mainstreaming* o transversalidad²⁷⁰ en todo el hacer público, es decir, antes de tomar cualquier decisión pública, ésta debe ser valorada desde el punto de vista de sus consecuencias en mujeres y hombres²⁷¹. Para evaluar ese impacto hace falta: 1º conocer y tener en cuenta la posición de partida en la que se encuentran tanto los hombres como las mujeres; 2º analizar las necesidades prácticas y las obligaciones relacionadas con la vida cotidiana y la posición social de mujeres y hombres, detectando en qué medida pueden dificultar el acceso y el aprovechamiento de la línea de

²⁶⁷ Immanuel KANT, *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*, Espasa, Madrid 1979, pp. 43–64 –asequible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/80248352278681151532279/index.htm>, [Consulta 20 de octubre de 2008]: Capítulo 2. Sobre la diferencia entre lo sublime y lo bello en la relación recíproca de ambos sexos: “El estudio trabajoso y la reflexión penosa, aunque una mujer fuese lejos en ello, borran los méritos peculiares de su sexo, y si bien la rareza de estas condiciones en su sexo las convierte en objeto de fría admiración, debilitan al mismo tiempo los encantos que les otorgan su fuerte imperio sobre el sexo opuesto. A una mujer con la cabeza llena de griego, como la señora Dacier, o que sostiene sobre mecánica discusiones fundamentales, como la marquesa de Chastelet, parece que no le hace falta más que una buena barba; con ella, su rostro daría más acabadamente la expresión de profundidad que pretenden”.

²⁶⁸ “El varón representa la objetividad del conocimiento, mientras que la mujer encarna la emotividad. Por ello en las relaciones con el mundo exterior, el primero supone la fuerza y la actividad, y la segunda, la debilidad y la pasividad” en su *Principios de la Filosofía del derecho natural y ciencia política*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires 1975, parágrafo 166; o en su *Fenomenología del espíritu*, Fondo de Cultura económica, México-Buenos Aires 1966, p. 116 y ss. donde sostiene que el ser humano se eleva por encima del animal al arriesgar su vida, no al darla, por lo que se concede con razón la primacía al sexo que mata, frente al sexo que alumbró.

²⁶⁹ Carlos de CABO MARTÍN, “El sujeto...” *Op.cit.* pp. 127-128.

²⁷⁰ M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “La transversalidad como instrumento de igualdad positiva”, en M^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación de Málaga, Málaga 2004, pp. 389-409 profundiza en esta materia; también en su libro *Mujer y constitución: la construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid 2005 estudia el contenido y uso de este concepto, pp. 89-105; ver también Emanuela LOMBARDO, “El mainstreaming de género en la Unión Europea, *Aequalitas*, vol. 10-15, Mayo-Diciembre 2003, pp. 6-11. La Comunicación de la Comisión sobre la integración de la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias, COM (96) 67 fue el antecedente de estas medidas.

²⁷¹ CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming* (EG-S-MS), (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, p. 26 lo define así: El *mainstreaming* de género es la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas.

intervención que se propone; y 3º conocer e incorporar los intereses estratégicos relacionados con la igualdad de oportunidades²⁷².

Ahora bien, las experiencias ya hechas usando la transversalidad demuestran que ha sido un mecanismo para integrar a las mujeres en las cosas de los hombres no para concebir políticas que puedan beneficiar a unas y a otros²⁷³. Se ha utilizado lo que las normas denominan impacto de género como impacto de sexo²⁷⁴. Me explico. No se trata de saber únicamente el efecto de una norma o de una decisión en mujeres y hombres –impacto de sexo- sino que se trata de analizar primero los motivos que originan tal norma o tal decisión: si se consideran mujeres y hombres como iguales, o si se considera que las mujeres están subordinadas a los intereses de los hombres –impacto de género-, y una vez establecido ese origen, vienen las mediciones por sexo²⁷⁵. Como dice Jahan, *Women not only become part of the mainstreaming, they also reorient the nature of the mainstream*²⁷⁶.

²⁷² En España el tema es regulado por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, que modificó la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, que introdujo la obligatoriedad de que los proyectos de ley y los reglamentos del gobierno vayan acompañados de un informe sobre el impacto en función del sexo de las medidas que en ellos se establezcan. Las Comunidades Autónomas también cuentan con disposiciones parecidas, entre otras: Ley 4/2001, de 9 de abril, de modificación del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña; Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y Administración de Extremadura. - Título V. De la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres de la *Generalitat* valenciana; Ley andaluza 18/2003, de 31 de diciembre de 2003, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, art. 139; Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, art. 7; En la Región de Murcia, la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, ha establecido, en el artículo 46 (De la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno), que entre los documentos que deben acompañar a un anteproyecto de ley será necesario incluir un informe del impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo (artículo 46.3); la ley del Parlamento vasco 4/2005 de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres que prevé: la evaluación del impacto potencial en mujeres y hombres de toda norma o acto administrativo (art. 19) y tomar las medidas oportunas para neutralizar un impacto negativo en alguno de los dos colectivos si lo hubiese (art. 20); la inclusión en la normativa que regule las subvenciones y en los supuestos en que así lo permita la legislación de contratos, entre los criterios de adjudicación, uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada y en el proyecto o actividad subvencionada (art. 20.2); y la sanción administrativa de las infracciones contra la igualdad de mujeres y hombres (Título V, arts. 76 a 83); o la ley 12/2006, de las Balears Illes, de la mujer de 20 de septiembre de 2006.

²⁷³ Ver María BUSTELO RUESTA, *Políticas de igualdad en España y en Europa: afinando la mirada*, Cátedra, Madrid 2007; y Judith ASTELARRA BONOMI, *Veinte años de políticas de igualdad*, Cátedra, Madrid 2005.

²⁷⁴ Ver en este sentido, Mark A. POLLACK y Emilie HARPER-BURTON, “Mainstreaming Gender in the European Union”, en *Academy of European Law on line, Harvard Jean Monnet Chair*, <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/00/000201.html> [Consulta: 10 de octubre de 2008]. E interesante, para acabar con la confusión el libro de Geneviève FRAISSE, *Del sexo al género: los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid 2003.

²⁷⁵ Para profundizar más en esta definición ver Council of Europe, 1998. *Conceptual framework, methodology and presentation of good practices: Final Report of Activities of the Group of Specialists on Mainstreaming* [EG-S-MS (98) 2]. Strasbourg, May, en <http://www.g-i-s-a.de/res.php?id=374> [Consulta: 10 de octubre de 2008]. Más datos en <http://www.un.org/womenwatch/resources/goodpractices/> [Consulta: 10 de octubre de 2008].

²⁷⁶ Rounaq JAHAN, *The Elusive Agenda: Mainstreaming Women in Development*, Zed Books, London 1995, p. 13.

Para evitar esto los institutos de la mujer –español y autonómicos- se han encargado de elaborar guías sobre cómo debe hacerse, pero estas guías para ser utilizadas correctamente requieren un conocimiento sobre todo lo que hemos analizado en estas páginas, y alcanzar esos conocimientos no está, todavía hoy, previsto en nuestros planes de enseñanza –ni siquiera universitaria-, donde la educación sobre la igualdad sigue perteneciendo al ámbito o de la libre elección o al de las especialidades de posgrado.

Creo haber explicado los motivos para reivindicar que mujeres y hombres debemos aparecer como sujetos políticos equipotentes en nuestro texto constitucional para marcar así la actuación de nuestros poderes públicos, formados por mujeres y hombres²⁷⁷ –evidentemente, sino no habría equipotencia-. Porque este reconocimiento de mujeres y hombres como sujetos políticos diferentes y, sin embargo iguales, es un importante e ineludible primer paso para acabar con las desigualdades entre los sexos²⁷⁸. El interés por lo público y las responsabilidades que se derivan de ello deben recaer igualmente sobre mujeres y hombres²⁷⁹. Porque, si partimos de la idea de que el nacimiento del Estado Constitucional se verifica en tres etapas concatenadas –el momento de libertad, el momento del pacto social y el momento del acto constitucional-, es necesario asegurar formal y materialmente la presencia en condiciones de igualdad de mujeres y hombres en las tres. Porque si la libertad requiere que cada persona únicamente obedezca a la ley; esa persona sólo será libre cuando esa Ley que debe obedecer, que le impone límites al ejercicio de su libertad, sea obra suya. El reconocimiento de la igual dignidad humana de cada persona y su igualdad de derechos para poder desarrollar y expresar su individualidad es una condición sin la cual la libertad no puede existir²⁸⁰.

Una vez expresada esta necesidad, quiero recordar que este deseo de las mujeres de ser ciudadanas activas y reconocidas como tales, no es un deseo del siglo XXI, sino que ha sido una constante desde el nacimiento del Estado constitucional y ha sido la voluntad de hombres quien lo ha negado y ocultado en muchas ocasiones, hasta hoy. Las mujeres reivindicamos ser sujeto político en la revolución francesa, reconstruimos nuestra lucha en el siglo XIX, de nuevo en el siglo XX y seguimos aquí, reivindicando nuestra existencia como sujeto constitucional en el siglo XXI²⁸¹. Porque nadie puede ser representado por quien no defienda

²⁷⁷ O utilizando las palabras de Sylvianne AGACINSKI, *Política de sexo*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 25 y 42 es necesario incorporar a nuestro modelo político y jurídico “la lógica de lo mixto”, reconociendo la “igual y diferente” humanidad de las mujeres.

²⁷⁸ Es decir, utilizando las palabras de Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid 1999 p. 80 sería acabar con la violación hasta ahora consentida del principio de igualdad, violación que perdurará mientras el modelo normativo para construirla siga siendo el sujeto hombre, blanco.....

²⁷⁹ Como ejemplo concreto de lo lejos que estamos de esta afirmación quiero llamar la atención sobre el sentido que tienen en nuestro lenguaje estas dos acepciones: hombre público y mujer pública.

²⁸⁰ Para profundizar en esa relación entre libertad e igualdad, además de otros temas de interés como el de las consecuencias negativas que la globalización tiene en las mujeres Elena BELTRÁN PEREIRA y Virginia MAQUIEIRA (Eds.), *Feminismos: Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid 2008; o M^a José GUERRA PALMERO, *Intervenciones feministas. Derechos, mujeres y sociedad*, Idea, Santa Cruz de Tenerife 2004.

²⁸¹ Todavía hoy, tienen sentido aquellas palabras de POULAIN DE LA BARRE en “Sobre la igualdad de los sexos”, recogidas por Alicia H. PULEO (Ed.), *Figuras del Otro en la Ilustración francesa. Diderot y otros*

sus mismos intereses y hemos visto que los hombres no tienen los mismos intereses que las mujeres y que el universalismo que propagamos no ha dejado de ser, hasta el momento, más que un universalismo masculino.

autores, Escuela libre editorial, Madrid 1996 p. 143: “cuando examinamos con sinceridad los asuntos humanos en el pasado y en el presente, encontramos que todos se parecen en un punto: que la razón siempre ha sido la más débil (...) y que desde que los hombres existen siempre ha prevalecido la fuerza (...) Esta conducta es visible en todas las sociedades, y si los hombres se comportan así con sus semejantes, parece fuertemente probable que cada uno lo haya hecho primero con la mujer”.

A. G. POSADA, UN CONSTITUCIONALISTA ANTE EL FEMINISMO: ENTRE ESTADO SOCIAL Y DERECHO PRIVADO

Javier García Martín
Historia del Derecho

1.- Planteamiento. A. [González] Posada, difusor del *feminismo jurídico* en España.

Parece comúnmente aceptado que fue A. Posada (1860-1944) el auténtico introductor del término “*feminismo*” en España: “*aunque la palabra feminismo se salga del cuadro de nuestro idioma –afirmaba- no encuentro otra que exprese lo que de un modo general expresa*”. El concepto que caracterizaba como “*el movimiento favorable a la mejora de la condición política, social, pedagógica y muy especialmente económica de la mujer*”¹, fue rápidamente acogido en la opinión pública española e incorporado, como pone de manifiesto M^a A. Fernández, en 1914, por vez primera, en el *Diccionario de la Real Academia de la Historia* que, de modo no muy diferente, lo definía como la “*doctrina social favorable a la condición de la mujer a quien concede capacidad y derechos reservados hasta ahora a los hombres*”².

La palabra, que tomaba como referencia la empleada en diferentes libros extranjeros de finales del s. XIX, traducidos ya al español³, presentaba, no obstante, desde el punto de vista doctrinal hasta ese momento una dimensión social y de mejora *limitada* de la condición civil de las mujeres, al modo de Concepción Arenal⁴, que, sin embargo, A. Posada transforma al

¹ Adolfo POSADA, *Feminismo*, Madrid, Librería de Fernando Fé, 1899 –reeditado y anotado por Olivia Blanco-, Ed. Cátedra, en 1994, p. 43. Es sin duda su texto más conocido, resultado según él mismo declara, de la puesta al día de tres artículos previos que había publicado en *La España Moderna*, en los que está ya presente el término referido, con los títulos de “Los problemas del feminismo” en *La España moderna* 95 (noviembre de 1896), “Progresos del feminismo” 99 (marzo de 1897) y “La condición jurídica de la mujer” (marzo y abril de 1898). Con posterioridad dedicaría aún un artículo esclarecedor de su posición, con el título de “Feminismo” en la misma revista (jun. 1903).

² M^a Antonia FERNÁNDEZ, “Mujer” en Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN y Juan Francisco FUENTES (dirs.), *Diccionario político y social del siglo XX español*, Madrid, Alianza Ed., 2008, p. 829.

³ El traductor de la obra del jurista suizo Louis Bridel, *La femme et le droit* (1898), llamaba la atención todavía en 1894 sobre las vacilaciones que la traducción del término *feminisme* le generaban: “Llama el autor [Bridel] *mouvement feministe* al movimiento de la opinión contemporánea en favor de la extensión y declaración legal de los derechos de la mujer. Hubiéramos podido traducir aquel adjetivo con el castellano *femenil*, pero como dentro de la tecnología del autor hay además le *feminisme* y *feministes* para designar sustantivamente aquel movimiento y los que le secundan, nos ha parecido más eufónico decidirnos por *feminista* y *feminismo*, que *femenil* ó *femenilista* y *feminilismo*. Se trata además de neologismos indudables y no habiendo en castellano palabra radical que exprese la idea de un modo que no deje lugar á dudas, y que se preste a todas las desinencias que el uso puede ir añadiéndole, parécenos más prudente adoptar la palabra extranjera que reúne aquellas condiciones y que no rompe con las reglas de la eufonia castellana” (Luis BRIDEL, *Los derechos de la mujer y el matrimonio. Estudios críticos de legislación comparada*. Madrid, Administración de la Revista de Medicina y Cirugía prácticas, 1894, p. 1 nota).

⁴ Obsérvese que esta autora no se declaraba partidaria todavía de la plena equiparación en cuanto a derechos entre el hombre y la mujer sino de obtener los necesarios –excluyendo los políticos- para lograr la “armonía social”: “no queremos entre la mujer y el hombre –sostenía aún en 1892 a partir de lo escrito en 1876- la igualdad *absoluta* sino la *suficiente* para la armonía que hoy no existe, que no puede existir por desigualdades

hacer mención como novedad a la condición *política* y *económica* de las mujeres dándole un carácter integral mucho más amplio, del que, en su concepción, se derivaban consecuencias para la propia definición jurídico-constitucional de los derechos de la personalidad –a favor de los que Posada tendería cada vez más a mostrarse- que un *Estado* auténticamente democrático –orientado, conforme a lo que define como *fluido ético*⁵- debía garantizar:

“la independencia económica –observaba- pide y lleva a la vez consigo, como causa, condición y también como efecto, según los casos, la independencia política, moral, religiosa, jurídica, *personal* en suma. Porque lo capital es eso; la mujer necesita ser persona con todas sus consecuencias... y se ofrece como el problema de los derechos de la mujer a vivir vida plenamente racional... Si se reconoce como necesario que el ser humano –el hombre, la mujer- tiene derecho a vivir, el derecho a la vida implica todos los *derechos de la personalidad* que no son ciertamente estos derechos, como la ignorancia del vulgo de levita que hoy usamos supone, meras palabras, pasadas de moda, sino condiciones indispensables para que la persona pueda ser como debe ser; y concedidos estos derechos, la consecuencia del reconocimiento de la igualdad ante las leyes de todo el ser humano, con sus corolarios: la libertad profesional y el libre acceso a las funciones sociales, más la protección tutelar del Estado, se impone también como indispensable. Ahora bien, la cuestión de la mujer implica en el fondo todo ese razonamiento”⁶.

Sorprende, no obstante, que este cambio cualitativo que el concepto *feminismo* adquiere en A. Posada, con los consiguientes efectos dinamizadores de cambio de una realidad socio-jurídica poco avanzada entonces en España no haya sido tenido en cuenta y apenas valorado ni por la historiografía denominada de género, que ha tendido a presentar artificialmente los argumentos esgrimidos en el debate constituyente de la IIª República por Clara Campoamor a favor del sufragio femenino como construcción jurídica sólo posible una vez que el cambio de la realidad social y la movilización de las asociaciones feministas ha dado pruebas de fuerza

excesivas. No pretendemos que las mujeres sean militares, sino que no sean rechazadas de aquellas profesiones para las que resulten aptas, y que no se declare su ineptitud sin que esté probada por la experiencia. No queremos lo que se entiende por la mujer *emancipada*, sino lo que debe entenderse por la mujer *independiente*” (Concepción ARENAL, *La igualdad social y política y sus relaciones con la libertad. Tomo XVII de la Obras completas*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1898, pp. 164-165). Y el propio L. Bridel en 1884 seguía considerando que el reconocimiento de los derechos civiles de las mujeres era condición previa a la obtención de los de carácter político, ya que “el hombre mismo no ha conquistado sus derechos políticos sino después de obtener los derechos civiles. ¿Por qué tratándose de la mujer, que tantos derechos tiene que reivindicar, ha de seguirse otro criterio?” (Luis BRIDEL, *op. cit.*, p. 18).

⁵ Clarificaba el concepto en su *Tratado de Derecho político* publicado significativamente en esos años (1893-94): “La acción regeneradora y la acción de adentro, la de cada cual –*individuo* o *colectividad* constituida- con conciencia y personalidad... es lo que llamamos el *fluido ético*, o sea el *fluido* en el que se sintetizan las *creencias*, y que es como perfume o fragancia que brota del humano espíritu con la intensidad y fuerza que le comunican los elementos que integran la conciencia de la persona y el medio en que ésta se mueve... El *fluido ético* destruye la noción del Poder como derecho *subjetivo* de la soberanía o de quien posee la mayor fuerza (Duguit), pero mantiene con vigor la noción del derecho *subjetivo* fundado en la ética, es decir, de un derecho expresión de una estimación ética” (Manejo, Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho político. Estudio y edición preliminar de J. L. MONEREO*, Granada, Comares, 2003, pp. 33-36).

⁶ Adolfo POSADA, *El feminismo... op. cit.*, p. 73.

suficiente⁷, ni por la historiografía jurídica dedicada al estudio del “reformismo social” en A. Posada en el que el tema del feminismo se hace aparecer como menor si no resulta completamente ignorado⁸.

Y, sin embargo, es conocido que el debate en torno al “problema del feminismo” se desencadena, a finales del s. XIX, como un aspecto más de la denominada “cuestión social” en la que R. M^a de Labra incluía “el de la *dignificación y exaltación de la mujer*, el de la *educación popular*, el general de las relaciones del *capital* y el *trabajo* la condición del *obrero urbano*, el *agrario*...y el de la *vida municipal*, en relación particular con estos intereses, y con la *mendicidad*, la *higiene* y la *moralidad pública*”⁹.

La ubicación tiene relevancia en la medida en la que para A. Posada, el “problema social” más que una cuestión moral es un *problema jurídico*, sólo solventable mediante la sumisión del derecho privado, en el que encarnaba el *egoísmo* de la defensa de los intereses particulares –coincidentes en los Códigos civiles como ponía de manifiesto en el caso austriaco la obra de A. Menger con los intereses de los poderosos aunque se presentasen con la apariencia de categorías abstractas y generales¹⁰- a un derecho público protector de los intereses jurídicamente superiores “de la vida, del alimento, del honor, de la salud; en suma de las condiciones universales de la personalidad”¹¹. Y ello independientemente de la fuerza y capacidad de organización del colectivo afectado puesto que para Posada no se trataba de llevar al Estado reivindicaciones de clase sino de comprometerlo jurídicamente en la protección mayor de los más necesitados, independientemente de su fuerza en la defensa de sus intereses¹².

Lo que pone de manifiesto la importancia de las reivindicaciones feministas en Posada, en la medida en la que la capacidad de organización y asociación en España de las mujeres era a finales del s. XIX bastante reducida y con ello escasa su fuerza para lograr la modificación del orden jurídico establecido¹³. Para A. Posada, de hecho, la reclamación creciente de la

⁷ Así, por ejemplo, como más reciente, Carmen de la GUARDIA HERRERO, “Los discursos de la diferencia. Género y ciudadanía” en Manuel PÉREZ LEDESMA (dir.), *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía en España*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 593-625.

⁸ Francisco J. LAPORTA, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del Liberalismo español*, Madrid, EDICUSA, 1974, con menciones limitadas en pp. 199-200, e ignorado en José Luis MONEREO, *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

⁹ Rafael M^a de LABRA, *La cuestión social contemporánea. El problema jurídico de la mujer. Notas de vulgarización*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1908, p. 3.

¹⁰ Sería también Posada el traductor, en los años que comentamos, de la obra que en 1890 publicó Anton MENGER, *El derecho civil y los pobres*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898 (recientemente reeditada con un estudio de J. L. Monereo, en Granada, Comares, 1998), al que serviría de estudio introductorio el artículo de A. Posada que se cita en la nota siguiente.

¹¹ Adolfo POSADA, “Sobre el aspecto jurídico del problema social” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 92, 1898, pp. 70-87, p. 79 para la cita.

¹² *Ibidem*, p. 77. “Aun cuando los obreros y los pobres no fuesen una fuerza social poderosa, se debería pedir para ellos lo que Menger pide y acaso mucho más todavía”.

¹³ “...mientras la mujer inglesa –observa R. M^a Capel- se vio obligada a mantener largo tiempo su lucha, a recurrir a métodos violentos con el fin de atraer sobre sus problemas la atención de los gobernantes... en España se seguirá el proceso inverso. Frente al desinterés general de la masa femenina, los políticos bien por la

mejorara de la condición jurídica de la mujer ponía claramente de manifiesto el *carácter total* que adquiriría la cuestión social en el caso del *movimiento feminista*, puesto que trascendía el enfrentamiento entre ricos y pobres o patronos y obreros para afectar, con mayor o menor intensidad, a todas las clases sociales. De hecho, Posada, siguiendo a Bridel no dudaba en señalar que “el feminismo es una doctrina de liberación y reorganización, que busca no sólo garantizar [a las mujeres] sus derechos individuales (justicia y libertad), sino en interés de la colectividad, para lograr la cooperación de las mitades constitutivas de la especie humana”¹⁴. Lo que aproximaba el *feminismo* al “ideal de la Humanidad” (*Urbild der Menschheit*) en la expresión de J. Sanz del Río¹⁵, al que las propuestas jurídicas de los krausistas españoles de entresiglos van siempre dirigidas¹⁶.

A la vista de todo ello, este trabajo pretende poner de manifiesto el carácter innovador en el ámbito jurídico-público de la citada obra de A. Posada, precedente decisivo, como se tratará de mostrar, de los argumentos esgrimidos en obras posteriores a favor de la equiparación en derechos políticos de las mujeres en España, y a la vez llamar la atención sobre el hecho de que es en la obra de la autor asturiano donde el concepto “feminismo jurídico” encuentra su origen, a pesar de que sólo unos años más tarde ve la luz un libro con ese título, obra de un autor no suficientemente conocido M. Romera Navarro, en el que llevaría a cabo un desarrollo de algunas de las ideas esbozadas por aquél¹⁷.

Dos consecuencias posteriores contribuyen, de entrada, a hacer evidente la importancia teórica del libro dedicado en 1899 por Posada al *feminismo*.

En primer lugar, el ser el desencadenante de una serie de escritos de muy diferente signo entonces dedicados por varios autores al estudio de la reforma de la condición jurídica de la mujer cuyo denominador común, en algunos casos, es el haber sido conferencias impartidas

influencia exterior o bien como respuesta a sus ideales, se preocuparon de otorgarle una serie de derechos sin que existiese apenas presión alguna por parte de las beneficiadas. Tal va a ser el caso de la concesión del voto femenino” (Rosa Maria CAPEL, *El sufragio femenino en la Segunda República española*, Madrid, horas y Horas la editorial, 1992, pp. 68-69). Asimismo, José ÁLVAREZ JUNCO, “Estado y sociedad en España durante la década de 1890” en Juan Pablo FUSI y Antonio NIÑO (eds.), *Visperas del 98. Orígenes y antecedentes de la crisis del 98*, Madrid, 1997, pp. 60-64.

¹⁴ A. POSADA, *Feminismo...op. cit.*, p. 44, nota 2.

¹⁵ José Manuel PÉREZ-PRENDES, “Las ciencias jurídicas” en Pedro LAÍN ENTRALGO (coord.): *La Edad de Plata de la Cultura española (1898-1936). Historia de España fundada por R. MENÉNDEZ PIDAL*. Madrid, Espasa Calpe, 1994, v. 2, pp. 346-348.

¹⁶ “No creo que pueda afirmarse que los feministas lo dominen ya todo; -insistía A. G. Posada- pero sí puede asegurarse que el movimiento feminista, en poco más de treinta años, ha hecho tales conquistas, ha logrado tanto en todos los terrenos, se ha apoderado de tantas opiniones tan contrarias, que su acción expansiva y dominadora, debe ser comparada a la de esas grandes ideas de la justicia humana, en que tiende a asentarse la sociedad moderna” (Adolfo POSADA, *Feminismo...op. cit.*, p. 94).

¹⁷ M. ROMERA NAVARRO, *Feminismo jurídico*, Madrid, Librería de Fernando Fé, 1910. El carácter krausista de la obra se pone claramente de manifiesto: “Si la ley no es la voluntad del más fuerte, ni fruto perezoso de la tradición y la rutina, sino la voluntad general del pueblo que ha de cumplirla y dimana de un orden racional constituido por las inspiraciones de la justicia ó las exigencias de utilidad social... si toma por modelo la Naturaleza, que no distingue sino en el punto y límite que alcanza la divergencia; si afecta igualmente al hombre y á la mujer, como al opulento y al miserable... ¿por qué se les niega a las mujeres su participación en los asuntos de gobierno comunal y en las funciones del poder? (p. 159).

en la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*¹⁸, en un debate teórico que, sin embargo, no ha sido apenas tenido en cuenta ni por la historiografía jurídica en general ni por la feminista en particular. Y sin embargo, el contenido de las publicaciones citadas contribuye a explicar, como se irá haciendo notar, tanto lo tardío en el tiempo del reconocimiento del sufragio femenino en España, como los límites de los que el denominado “reformismo social” partiría a la hora de poder hacer efectivas las mejoras en la condición jurídica de las mujeres a principios del s. XX.

Y en segundo lugar, es importante hacer notar que las ideas reflejadas en el libro de 1899 encontrarían plasmación práctica en un PROYECTO DE REFORMA de la Constitución de 1876¹⁹ que A. Posada elaboraría coincidiendo con la caída de la Dictadura del general Primo de Rivera, en el verano de 1930 y que no pudo no ser tenido en cuenta por los constituyentes de la IIª República.

Téngase en cuenta, a este respecto, que Posada, crítico con la desconfianza mostrada por la Constitución canovista de 1876 respecto a las libertades públicas que reconocía, planteaba con la reforma una auténtica redefinición jurídico-dogmática del derecho estatal, manifiesta en la exposición que hacía de sus ideas respecto a las garantías y derechos que estimaba necesarios²⁰.

Entre éstos reconocía la igualdad ante la ley (Base 4), la plena libertad de creencias sin límite alguno (Base 7) – cuestión relevante, como se verá, para nuestro tema-, que entendía como requisito previo para lograr la plena igualdad ciudadana ante la ley²¹, los derechos

¹⁸ Con carácter más ejemplificativo que exhaustivo de las diversas posiciones, pueden mencionarse además de las obras más inmediatas ya citadas de R. Mª de LABRA y M. ROMERA NAVARRO, cuatro conferencias pronunciadas en las dos décadas posteriores en la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*: Manuel GARCÍA-PRieto, *Discurso del Excmo Sr. Presidente Sr. D. ----- en la sesión inaugural del curso 1910-11 celebrada el 25 de enero de 1911*, Madrid, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1911, María ESPINOSA, *Influencia del feminismo en la legislación contemporánea (Sesión del día 22 de enero de 1920)*, Madrid, Ed. Reus, 1920 y Diego María CREHUET, *El feminismo en los aspectos jurídico-constituyente y literario (Sesión del 7 de febrero de 1920)*, Madrid, Ed. Reus, 1920 y Clara CAMPOAMOR, “La nueva mujer ante el derecho [el Derecho público]”. Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación el 13 de abril de 1925” en Clara CAMPOAMOR, *El derecho de la mujer. Recopilación de tres de las conferencias iniciadas en 1922*, Madrid, Comunidad, 2007, pp. 29-63. Y junto a ellas, las muy clarificadoras de posturas diferentes de P. Graciano MARTÍNEZ, *El libro de la mujer española. Hacia un feminismo cuasi dogmático*, Madrid, Impr. del Asilo de Huérfanos, 1921, y Carmen de BURGOS, *La mujer moderna y sus derechos*, Valencia, Ed. Sempere, 1927, objeto de reedición y estudio preliminar de P. BALLARIN, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 2007.

¹⁹ Adolfo POSADA, *La reforma constitucional*, Madrid, Lib. de Victoriano Suárez, 1931. Debe recordarse a este respecto el papel destacado del catedrático de la Universidad de Oviedo en diferentes proyectos de legislación social de principios del s. XX, que como encargado de la sección de Biblioteca y Legislación del Instituto de Reformas Sociales, él prepararía personalmente para ser sometidos a debate en el Congreso. Vid. Francisco J. LAPORTA, *Adolfo Posada...op. cit.*, p. 244.

²⁰ Ya desde 1921 había pretendido “acomodar la “nueva constitución” a las exigencias actuales de la vida jurídica, que reclaman un nuevo sistema de condiciones, al definir los “derechos del hombre y del ciudadano”, los de ahora, que no son precisamente los de 1789 y menos los del incoloro título primero del Código de 1876” (Adolfo POSADA, *La reforma...op. cit.*, p. 3).

²¹ “Merced al art. 11 [de la Constitución de 1876], en efecto, los españoles -¡hombres!- considerados frente a una condición tan esencial de la personalidad humana como la libertad de creencias religiosas y de sus manifestaciones, son de dos clases: la de aquéllos –los católicos- a quienes se garantiza la plena libertad de sus

sociales de los trabajadores (“no se considerará ni se tratará el trabajo humano como una mercancía”, Base 9 a), y por lo que a los derechos de las mujeres se refiere, prohibía la discriminación por razón de sexo en los salarios (“no podrá disminuirse el salario femenino por razón de sexo, a trabajo igual, salario igual, trátase de varón o de mujer”, Base 9 e), consagraba el libre acceso a los cargos y empleos públicos de acuerdo con los criterios de *mérito y capacidad* (Base 13) y le otorgaba el pleno derecho al sufragio activo y pasivo²² (“la ley determinará las condiciones en que debe reconocerse el sufragio a la mujer”, Base 6, 2º).

No se ha tenido, en cuenta, sin embargo, esta obra por la historiografía a la hora de considerar el reconocimiento del voto femenino en la Segunda República.

2.- Orígenes gaditanos de la exclusión jurídico-política de las mujeres en la historia constitucional española. La Nación católica de ciudadanos propietarios.

Si algo ha puesto de manifiesto la más reciente historiografía sobre el concepto de ciudadanía en relación a las mujeres es que el retraso de éstas a la hora de acceder a ella en el s. XIX es el resultado de una construcción constitucional basada en la creación de *dos esferas* incompatibles entre sí, la de los derechos políticos y la del ámbito privado regentado por el marido del que la mujer se convierte en dependiente²³. La construcción como ha señalado Ch. Saraceno no es, frente a lo que podría pensarse, el resultado del mantenimiento histórico de exclusiones feudales, o de un descuido de los constituyentes sino que responde a la *voluntad consciente de los revolucionarios franceses*, que se asegurarán de hacer efectiva esa exclusión mediante el instrumento jurídico del *contrato de matrimonio*²⁴, en la expresión de C. Pateman, *contrato sexual*, entre el marido y la mujer, por oposición a la construcción rousseauiana del “contrato social” que sólo los hombres tenían potestad para firmar²⁵.

Esto es, en un momento en el que podía haberse actuado de otra manera fue *consciente e intencionada* esa exclusión de la ciudadanía.

No se ha insistido suficientemente, sin embargo, a mi modo de ver, en las consecuencias historiográficas que esta constatación supone para la propia historia constitucional española. Y ello porque si bien es cierto que la legislación contenida en la *Novísima Recopilación* que mantenía el sentido patriarcal de la familia y la consideración como inferior de la mujer con

creencias y la de aquellos que son sólo tolerados, libertad religiosa limitada, libertad que no nace de su derecho como hombres sino de... tolerancia del poder público” (Adolfo POSADA, *La reforma...op. cit.*, pp. 19-20).

²² “El sufragio político se reconoce hoy, como es sabido, en los Estados constitucionales –representativos, democráticos– con limitaciones mínimas... con la amplitud que exigen de una parte la universalidad de las cargas cívicas, deber de contribuir –y todos contribuyen–, deber de ofrecer su actividad y hasta su vida, y de otra la difusión creciente de los intereses colectivos ¿Quién –hombre o mujer– es hoy estrictamente pasivo ante el interés general? El Estado es cosa común de todos...” (Adolfo POSADA, *La reforma...op. cit.*, p. 96).

²³ Nicole ARNAUD-DUC, “Las contradicciones del derecho” en Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres en Occidente. 4. El siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 111-112.

²⁴ Chiara SARACENO, “Tra uguaglianza e differenza. Il dilemma irrisolto della cittadinanza femminile” en *Il Mulino* 438, 4/2008, pp. 603-614.

²⁵ Carole PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford (California), University Press, 1988, con traducción castellana publicada en Barcelona, Anthropos, 1995. Asimismo, Marta POSTIGO, *Género y ciudadanía. El discurso feminista en la ciudadanía liberal*, Málaga, Universidad, 2007.

Mujeres y Derecho: Pasado y presente I. Congreso multidisciplinar de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho. Octubre de 2008.

III: III. Panel. Las mujeres: ¿titulares de derechos? En el derecho Público. Adela Asua Batarrita Moderadora.

Comunicación

ISBN 978-84-9860-157-2

respecto al hombre²⁶, propios de un sistema jurídico canónico-romano, siguió en vigor hasta el Código civil de 1889, no faltó en el momento originario de Cádiz –como en el de los constituyentes franceses- la voluntad expresa de crear un *nuevo sistema jurídico*, en el que la exclusión de las mujeres responde a razones político-constitucionales diferentes a las del Antiguo Régimen.

Así, por lo que a la definición del sujeto titular de la soberanía se refiere, la Constitución de 1812 no dudaba en hacer menos oculta de lo que puede parecer esa exclusión²⁷: “La Nación española –afirmaba en el art. 1- es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”²⁸, para aclarar en el art. 5.1 quiénes eran los españoles, “Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos”. La *constitucionalización* de la exclusión se hacía así patente.

Sólo subsidiariamente se hacía mención a las mujeres, en relación al contrato de matrimonio con española como uno de los requisitos para que los extranjeros accediesen excepcionalmente a la ciudadanía española, si bien debía ir acompañado de los consabidos requisitos de propiedad o industria conocida que redundasen en beneficio de la Nación (art. 20)²⁹.

La razón de ser, como es sabido, era la distinción que la Constitución de 1812 establecía entre *españoles* y *ciudadanos*, siendo sólo estos últimos, en tanto propietarios contribuyentes, *elegibles* por sufragio (art. 23), los autorizados a acceder plenamente a los derechos políticos –la comunidad de iguales-, mientras que los restantes españoles veían reconocidos tan sólo los “derechos naturales y civiles”³⁰.

No hay entre los varones, por ello sufragio universal pleno puesto que para ser elegido se necesita un determinado nivel de renta, lo que nos pone de manifiesto que los dos únicos derechos realmente reconocidos en la Constitución vinculados entre sí (art. 4), es el concepto lockiano de propiedad como libertad. Pero, en cualquier caso, se sigue prescindiendo de referencia constitucional alguna a las mujeres.

Donde sí aparecen mencionadas, sin embargo, como ha observado B. Clavero y de forma más clara, es en el *Proyecto de Código civil* de 1821, en aplicación del mandato codificador del art. 258 de la citada Constitución, ejemplo ilustrativo, por ello, del nuevo orden que pretendía instaurarse. En concreto, estableciendo una neta diferencia con el ámbito político (art. 34), dedicaba el tít. II del lib. 1, a establecer las circunstancias modificativas de la

²⁶ Margarita ORTEGA LÓPEZ, “La *Novísima Recopilación*: la exclusión política de las mujeres” en Pilar PÉREZ CANTÓ (ed.), *También somos ciudadanas*, Madrid, Universidad Autónoma, 2000, pp. 143-169.

²⁷ Bartolomé CLAVERO, “Cara oculta de la Constitución: Sexo y trabajo” en *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987, pp. 11-25.

²⁸ Manejo Raquel RICO LINAGE, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla, Universidad, 1989.

²⁹ “Para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta carta [especial de ciudadano] deberá estar casado con española, y haber traído o fixado en las Españas alguna invención ó industria apreciable, ó adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa ó establecidose en el comercio con un capital propio y considerable, á juicio de las mismas Cortes...”.

³⁰ Manuel PÉREZ LEDESMA, “La invención de la ciudadanía moderna” en Manuel PÉREZ LEDESMA (ed.), *De súbditos...op. cit.*, pp. 49-52.

capacidad de obrar para el ejercicio de los derechos constitucionales, titulando significativamente el capítulo III: “*Del sexo para gozar de los derechos y para someterse a las obligaciones*”³¹.

En él se hacía mención detallada de los ámbitos jurídico-públicos de exclusión de las mujeres: “La ley excluye a las mujeres de los cargos públicos, y de los de depositaria, administración de cosas ajenas, tutela y curaduría, salvo los casos en que la misma ley dispone literalmente otra cosa” (art. 71), estableciendo además como regla general que “la mujer tiene derecho a ocuparse en cualquier labor o tráfico compatible con el *decoro de su sexo*” (art. 74). La disposición, por último, se completaba con una referencia específica a los límites contractuales de la capacidad de obrar de la mujer casada: “la mujer casada no puede contraer obligación civil entre vivos sin permiso del marido” (art. 73).

Son los dos últimos artículos los que nos proporcionan la clave de la exclusión de las mujeres bajo el régimen constitucional.

Si en el Antiguo Régimen la razón de la exclusión de las mujeres (casadas) de la esfera pública se fundamentaba en la condición de *inferioridad* por razón de sexo³², la razón ahora era el reparto de tareas o funciones (el ámbito privado en el caso femenino frente al público en el de los hombres) y la condición de *dependiente* en el caso de la mujer casada.

De hecho, la idea de las dos esferas en la que la mujer es dependiente del marido –por ello, sin derechos políticos- relegada al ámbito doméstico se hacía manifiesta en el ámbito gaditano, como es conocido, con la exclusión que el art. 7 de. Reglamento parlamentario de 4 de septiembre de 1813, hacía de las mujeres de las galerías de la cámara de debate: “No se admitirán mujeres en las galerías y todos los hombres asistirán sin distinción de clases”³³, disposición que mantendría el Reglamento de 29 de junio de 1821.

La adquisición así de derechos de igualdad entre todos los hombres, titulares de la soberanía, se hacía efectiva a costa de excluir de la misma a todas las mujeres.

Por último, y puesto que de soberanía hablamos, es importante tener en cuenta la atribución que la Constitución de 1812 hacía de ella no al pueblo sino a la *Nación* (art. 3), concepto cultural supraindividual, que escondía en realidad importantes diferencias en cuanto al reconocimiento de los derechos políticos de unos y otros individuos³⁴, a la que además el

³¹ Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del código)*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, 1970, II, Proyecto de Código civil de 1821, p. 34.

³² De hecho, el *Proyecto de Código civil* de 1836, establecía como disposición general la igualdad *natural* entre hombres y mujeres, exceptuada por la convención humana que suponía la ley: “ambos sexos son iguales en derecho; la ley, no obstante, establece algunas diferencias que se expresan en el lugar correspondiente” (art. 17). Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la...op. cit.*, p. 131.

³³ Cfr. Concha FAGOAGA, *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España 1877-1931*, Barcelona, ICARIA, 1985, p. 29-30, que hace mención a las resistencias e incumplimientos a los que recurrieron frente a estas medidas algunas mujeres.

³⁴ Vid. José María PORTILLO, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. Madrid, CEPC, 2000 y Tamar HERZOG, *Defining Nations. Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, New Haven & London, Yale University Press, 2003.

art. 12 de la Constitución de 1812 le atribuía la condición presente y futura de católica. El resultado –relevante por ello para este estudio– era la “sacralización” del nuevo orden jurídico-constitucional que dificultaba para años sucesivos la posible modificación de las desigualdades del sistema.

Lo importante, en nuestro caso, con todo, es que, a partir de estas coordenadas, la doctrina de las dos esferas –la de la privacidad de las mujeres– tendió a presentarse e incluso a percibirse por muchas de ellas como fundamentada en el *derecho natural* a lo que las teorías biológicas y el positivismo contribuyeron insistiendo en la debilidad que la naturaleza de las mujeres por el condicionante de la maternidad³⁵.

Es significativo, a este respecto que C. Arenal, contraria a las teorías biológicas que afirmaban la incapacidad de las mujeres para el ejercicio profesional se mostrase, sin embargo, contraria a solicitar el reconocimiento de derechos políticos para ella:

“Queremos para la mujer todos los derechos civiles. Queremos que tenga derecho a ejercer todas las profesiones y oficios que no repugnan a su natural dulzura...[No quisiéramos] para ella derechos políticos ni parte alguna activa en la política. Hay ahora mucho, creemos que habrá siempre bastante en ella, de pasiones, de intereses, de intrigas, de luchas de mal género...para que queramos ver a la mujer en este campo de confusión, de mentira, y muchas veces de iniquidad. El tiempo, dicen, suavizando las costumbres y educando las masas, hará que la política no tenga nada de antipático a la naturaleza femenina. Lo dudamos”³⁶.

Es significativo, a este respecto, que C. Arenal como R. M^a de Labra encontrasen la razón de la discriminación no en los orígenes constitucionales en España sino en la *historia* como prueba de aceptación de esa tradición inventada³⁷.

En el caso español, sólo E. Pardo Bazán parece ser plenamente consciente de ello al afirmar en fecha tan significativa como 1890:

“La distancia social entre los dos sexos es hoy mayor que era en la España antigua, porque el hombre ha ganado derechos y franquicias que la mujer no comparte... Cada nueva conquista del hombre en el terreno de las libertades políticas, ahonda el abismo moral que le separa de la mujer y hace el papel de ésta más pasivo y enigmático. Libertad de enseñanza, libertad de cultos, derecho de

³⁵ Isabel CABRERA BOSCH, “Ciudadanía y género en el liberalismo decimonónico español” en Pilar PÉREZ CANTÓ (ed.), *También somos...op. cit.*, pp. 179-180.

³⁶ Concepción ARENAL, *La emancipación de la mujer en España*, Madrid, Ed. Júcar, 1974, p. 163.

³⁷ La idea de un supuesto progreso lento y paulatino a lo largo de la historia en el reconocimiento de derechos a las mujeres está especialmente presente en R. M^a de Labra: “...nuestra legislación foral fué, por lo general, bastante favorable a la mujer española...Con el siglo XIX se acentuó vigorosamente el espíritu reformista que había comenzado á determinarse en el último tercio de la centura anterior, por medio del Rey Carlos III” (Rafael M^o de LABRA, *La cuestión...op. cit.*, pp. 59 y 65)

reunión, sufragio...sirven para que media sociedad (la masculina) gane fuerzas y actividades a expensas de la otra media femenina”³⁸.

En estas condiciones, es claro, como observa P. Costa que denunciar la subordinación femenina no significaba sólo una reivindicación mayor de derechos, apoyada en el *pathos* igualitario, sino “comprometerse en la contestación de un modelo antropológico que, a partir de la base de la situación *natural* de la mujer en el microcosmos familiar, la excluye de la esfera pública”³⁹. A ello contribuiría de forma decisiva en el ámbito jurídico, como se verá, la obra de A. Posada.

3. Evolución de las condiciones jurídico-políticas para el reconocimiento del sufragio femenino. El sufragio universal masculino de 1890.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que, desde el punto de vista jurídico-constitucional, era necesario modificar dos condicionantes previos para lograr el acceso de las mujeres a los derechos políticos. Por una parte la vinculación que el sufragio censitario establecía entre propietarios-contribuyentes y ciudadanía política plena, y por otra, la inserción de la religión en la definición de *nación*, como entidad supraindividual, con el fin de lograr la desvinculación jurídico-pública de la norma constitucional respecto al magisterio de la Iglesia.

Respecto al primer condicionante, es significativo observar cómo el apartado dedicado a definir la ciudadanía, presente en la Constitución gaditana o en la Constitución revolucionaria de 1869, desaparecería tanto de la Constitución de 1837 como de las doctrinarias de 1845 y 1876, fijando entonces las leyes electorales hasta 1890 los derechos políticos activos y pasivos y la legislación ordinaria los derechos civiles⁴⁰. De modo que bajo el sistema del sufragio censitario el pago de impuestos y la relación de mayores contribuyentes cumplía una doble función: hacer pública la condición de propietario y con ella, como pone de manifiesto P. Rosanvallon, el acceso al estatuto privilegiado de ciudadano político⁴¹.

No parece casual, desde este punto de vista, que el debate sobre el derecho de sufragio de las mujeres se plantee en España fundamentalmente a partir del previo reconocimiento teórico del sufragio universal masculino en 1890 –extendido por Maura en 1907 a las elecciones municipales-, que suponía de hecho desligar el derecho al voto de la condición de pleno propietario, lo que se llevó a cabo sin forzar el texto de la Constitución de 1876 que no

³⁸ Emilia PARDO BAZÁN, “La mujer española”, publicado inicialmente entre mayo y agosto de 1890 en *La España moderna*. Ahora en Emilia PARDO BAZÁN, *La mujer española y otros escritos*. Edición de G. Gómez-Ferrer, p. 89 para la cita.

³⁹ Pietro COSTA, *Ciudadanía*. Traducción e introducción de C. Álvarez Alonso, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 127.

⁴⁰ Juan PAN-MONTOJO, “Ciudadanos y contribuyentes” en Manuel PÉREZ LEDESMA (dir.), *De súbditos a ciudadanos. Una historia de la ciudadanía en España*, Madrid, CEPC, 2007, p. 485.

⁴¹ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, París, Gallimard, 1992, pp. 70 y ss.

consideraba el sufragio como un derecho –lo que no dejaría de tener consecuencias, como se verá, limitándose el art. 25 a hacer una remisión genérica al “método que determine la ley”⁴².

A partir de ese momento la exclusión de las mujeres –en especial las viudas y solteras- tuvo que justificarse sobre otros fundamentos, entre los que el más utilizado sería ahora el de la diferente naturaleza de la mujer. No faltó, con todo, entre los defensores del reconocimiento del voto femenino, la alusión a su condición de contribuyentes –que rompía con la interpretación anterior- y con ello capaces de tomar parte en la formación de la voluntad soberana de la Nación como medio con el que diferenciarlas de los colectivos que debían seguir excluidos de los derechos políticos como los menores y los extranjeros:

“Desde los tiempos en que comienza á agitarse el feminismo –señala en 1911 M. Romera- viénesse repitiendo por cuantos le han defendido, que si la mujer contribuye con sus bienes á levantar las cargas nacionales satisfaciendo el impuesto, debe poseer el derecho de intervenir en su votación. Y á esto se ha objetado que el extranjero y el niño soportan también las cargas del impuesto; y que por consiguiente, la misma razón en que fundamos el derecho de las mujeres, abonaría la concesión de los derechos políticos á favor de aquéllos. Prescindiendo de que el impuesto no es la única base que damos á los derechos políticos de la mujer, sino que descansan sobre otros fundamentos, que no pueden aplicarse ni al extranjero, ni al niño; aun prescindiendo de ello, continuará siendo errónea tal alegación, puesto que el extranjero no puede gozar aunque satisfaga el impuesto, de aquellos derechos que estan reservados á la ciudadanía, á la soberanía nacional de la nacion, y la nacion sólo está compuesta de los nacionales. Y en cuanto al niño, carece de voluntad y de opinion politica para tener representacion en la opinion y la voluntad popular. Ni el uno ni el otro se encuentran en el mismo caso de las mujeres”⁴³.

La reforma electoral, por tanto, de la Constitución doctrinaria de 1876 abría la posibilidad de plantear la extensión del sufragio a las mujeres –aunque nunca se lograra bajo aquél régimen-, sobre todo si se tiene en cuenta la paradójica situación de que los dependientes masculinos de las algunas mujeres pudiesen votar y ellas no.

Diferente sería la situación, sin embargo, en el caso del condicionante religioso, en la medida en la que el art. 11 de la Constitución de 1876 –al igual que la Constitución de 1845- seguía estableciendo que “*la religión católica, apostólica y romana es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros*”, lo que, entre otras cosas permitía seguir considerando el *Concordato de 1851* con la Santa Sede, al igual que en 1845 (art. 11) como norma de rango fundamental por encima de la propia Constitución, en la medida en la que no

⁴² La propia ley de 26 de junio de 1890 indicaba en su preámbulo que la ley “no altera el equilibrio ni el sistema constitucional”. El art. 1 seguía declarando expresamente como electores a Diputados en Cortes –no al Senado- a “todos los españoles varones, mayores de veinticinco años” (Raquel RICO LINAGE, *op. cit.*, p. 181.)

⁴³ M. ROMERA, *Feminismo jurídico...op. cit.*, p. 171.

hacia mención a texto constitucional alguno, como tal completamente ignorado, limitando con ello además la libertad de imprenta⁴⁴. En concreto el art. 1 del citado Concordato establecía:

“La Religión Católica, Apostólica, Romana que, con exclusión de cualquier otro culto, continúa siendo la única de la *nación española*, se conservará siempre en los dominios de S. M. Católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la Ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados Cánones”.

El hecho de la remisión a los Sagrados Cánones tiene mucha más importancia de lo que puede parecer, en la medida en la que la propia Constitución daba cabida a la recepción en la *nación* de las directrices dogmáticas de la Santa Sede. Entre éstas, por lo que aquí interesa, debe mencionarse la Encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae* dictada el 10 de febrero de 1880 por León XIII, que entre otras cosas consideraba al marido como “*PRINCEPS FAMILIAE ET CAPUT MULIERIS*” (art.8)⁴⁵, lo que suponía la consolidación en España en lo que de influyente sobre la legislación civil seguía teniendo la doctrina eclesiástica, la teoría de las dos esferas y el sometimiento de la mujer casada al marido.

Es muy ilustrativa a este respecto la defensa del matrimonio canónico -como sacramento y no como contrato común- que algunos diputados harían con ocasión del debate en el Congreso del proyecto de Código civil de 1889 y aparejado a ella la oposición que otros mostraron a la redacción del art. 59 en su parte final (“el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario”), entendiéndolo, no obstante, Romero Girón, que a pesar de las novedades difundidas ya en otros países, el Código civil

“enaltece como no podía ser menos la autoridad del jefe de familia, algunas veces menoscabada, contra las corrientes que existen, no exageradas, en el derecho moderno, las facultades de la mujer; pero en fin en toda nuestra organización familiar, por que hace a los bienes descansa en el principio de esta unidad, y este principio se halla caracterizado por la jefatura como incondicional del marido”⁴⁶

Lo que seguiría siendo defendido a principios del s. XX incluso por los teóricos católicos que se consideraban ya –en el contexto de la expansión del feminismo- defensores de los derechos de la mujer, como el P. Graciano Martínez que afirmaba que de la “natural sumisión de la mujer al hombre como cabeza de familia” no se seguía la inferioridad espiritual o física de la mujer al hombre sino que,

“lo que hay es que la *JERARQUÍA NATURAL* exige que el hombre sea el jefe nato de la familia, si bien no un jefe autocrático que pueda hacer mangas y capirotos en su reinado doméstico”. Lo ha querido Dios y para eso le ha hecho

⁴⁴ Bartolomé CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza Ed., 1990, pp. 81-83.

⁴⁵ Puede verse la versión española del texto en www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/.

⁴⁶ *Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888-89. Colección de discursos pronunciados en el Senado y Congreso de los Diputados*, Madrid, 1889, p. 257. Cfr. Isabel CABRERA BOSCH, “Ciudadanía...”, *op. cit.*, p. 206.

más fuerte, muscularmente considerado; pero sin que esa superior fuerza de musculatura implique, con relación a su esposa superioridad ninguna espiritual”⁴⁷

No parece casual, en este contexto, que los defensores del reconocimiento de la plenitud de derechos civiles y políticos, como Posada aboguen por el reconocimiento de la tolerancia de cultos –recuérdese que una de las claves del krausismo es la defensa del librepensamiento respecto de la Iglesia-, en la medida en la que el art. 11 conllevaba la discriminación en materia de acceso a cargos públicos, enseñanza, enterramientos, etc. El argumento resultaba significativo por sus consecuencias para la definición de la soberanía:

“Es que el Estado al reclamar un impuesto o un servicio personal, el de las armas, verbigracia, establece alguna distinción por razón de las creencias?...el Estado no se forma con fieles, se forma con ciudadanos”⁴⁸

Por ello también Posada desconfiaría del feminismo católico, título que pone entre interrogantes⁴⁹, al considerar que la única preocupación real de estos autores había sido la de elevar el nivel de educación e instrucción de las mujeres, parte del ideal krausista del que A. Posada participaba, pero que no resultaba suficiente.

4. Feminismo y condición jurídica de la mujer en A. G. Posada.

Por el propio A. Posada sabemos que su interés por el “problema del feminismo” lo suscitó además de la lectura de la traducción hecha por E. Pardo Bazán del libro de J. Stuart Mill sobre “la esclavitud femenina”, dos aspectos relacionados con las pretensiones reformistas del krausismo al que Posada se vincula.

Por una parte, la propuesta de reforma del sistema educativo presente en el movimiento feminista desde la época de Concepción Arenal, en relación a la cual llamaría la atención de Posada el destacado papel desempeñado por las mujeres españolas en la sección V, dedicada a la educación de la mujer, del Congreso Pedagógico hispano-americano de 1892, que le permitía concluir:

“lo que sí me parece que debo afirmar hoy ya de un modo resuelto, es que hay un solo argumento fundado en la fisiología, en la moral, en nada, contra aptitudes humanas universales de la mujer. Antes bien la experiencia nos lleva con fuerza á la opinión contraria, como lo hace ver claramente Stuart Mill. Ni una sola profesión humana hay á la que la mujer no haya proporcionado lucido contingente...”⁵⁰

⁴⁷ P. Graciano MARTÍNEZ, *El libro de la mujer...op. cit.*, p. 388.

⁴⁸ Adolfo POSADA, *España en crisis. La política*, Madrid, Caro Raggio, 1923, p. 211. Asimismo, en su propuesta de reforma constitucional señalaba, “Mientras se estime vigente la fórmula del art. 11 –hábil en su día como transacción entre las fórmulas de la Constitución de 1845 y 1869- estará infringida la norma capital del derecho político moderno según la cual todos los ciudadanos de un Estado son iguales ante la ley” (Adolfo POSADA, *La reforma...op. cit.*, p. 19).

⁴⁹ A. POSADA, *Feminismo...op. cit.*, cap. IV, p. 61.

⁵⁰ Adolfo POSADA y Urbano GONZÁLEZ SERRANO, *La amistad y el sexo. Cartas sobre la educación de la mujer*, Madrid, Librería Fernando Fé, 1893, pp. 12

Pero por otra también –y sería éste el ámbito que le permitiría desarrollar su interpretación más innovadora- su estrecha vinculación con la “cuestión social”. De hecho, para Posada el problema fundamental es que la exclusión de las mujeres de las profesiones reservadas a los hombres suponía en última instancia, condenar a la miseria a las mujeres que no se casasen, a las viudas pobres y en definitiva a las que no tuviesen bienes heredables:

“Este es para mí el aspecto más cruel y más apremiante del problema. Discútase lo que se quiera sobre cuáles profesiones convienen a la mujer, lo que no admite discusión es que la mujer debe bastarse a sí misma, en la medida en que el hombre se basta, y yo no encuentro otro medio para lograr esto, que educarla y ponerla en condiciones de ganarse honradamente su vida, porque presumo que el otro que dejo indicado de las pensiones satisfechas por el Estado...no es práctico”⁵¹.

La cuestión la planteaba, en el prólogo como “una cuestión de vida o muerte para una porción numerosísima de seres humanos”. Pero no sólo, puesto que lo que comenzaba siendo la exigencia de independencia económica –reconocía- tenía que acabar extendiéndose a la independencia política, moral y jurídica, *independencia personal*, en definitiva de la mujer, si se le reconocía el derecho a vivir una vida plenamente racional. El derecho a la vida implica todos los derechos de la personalidad con la consecuencia del reconocimiento de la igualdad ante las leyes, libertad profesional y libre acceso a las funciones sociales⁵².

El concepto suponía, de hecho una ruptura con respecto a las categorías de la Constitución de 1876, que a diferencia de la de 1869, no consideraba los derechos en ella reconocidos naturales, previos e ilegislables sino regulables y limitables por leyes posteriores (art. 14), sin que se permitiese su ejercicio si suponían “*menoscabo de los derechos de la nación ni de los atributos del poder público*” -lo que significa que las libertades se entenderían como creación de la ley-. De ahí la importancia que Posada concederá a la función de éstas en el reconocimiento de derechos individuales.

Es en estas consideraciones teóricas genéricas donde debe inscribirse, para interpretarlo correctamente, la publicación en 1899 del libro que Posada dedica al *feminismo*, libro que afirma haber escrito con la pretensión de dar a conocer a sus compatriotas tanto la difusión que en todo el mundo estaba teniendo ese movimiento como su escaso desarrollo en España:

“No hay en España un feminismo arriesgado, de iniciativas, de iniciativas valientes y con organización nacional como el de los Estados Unidos, los escritores y los políticos de España no se han apasionado por el feminismo como los de Francia, ni aquí han surgido las numerosas asociaciones feministas, o cuando menos asociaciones para levantar la posición social de la mujer...empieza aunque con timidez, a iniciarse en España..”⁵³.

⁵¹ *Ibid.*, p. 13.

⁵² A. POSADA, *Feminismo...op. cit.*, p. 73

⁵³ *Ibidem*, p.198.

El libro, que trata aspectos teórico-doctrinales, sociológicos y jurídicos –que aquí interesan-, parte siempre de una perspectiva comparada, frecuente en sus obras, como pone de manifiesto su ya mencionado *Tratado de Derecho político*. Es, en sentido estricto, una radiografía de la situación jurídica de las mujeres de su época en distintos países, a partir del estudio, con pretensión de totalidad, de tres “reivindicaciones jurídicas femeninas” que detecta en ese movimiento: la *condición civil* de la mujer, en especial en cuanto a la situación legal en el matrimonio, la *condición social* referente a las profesiones que podía o le era permitido desempeñar y la *condición política*, en la que incluía tanto el reconocimiento del derecho de las mujeres a intervenir en la gestión de los negocios públicos, como el derecho de *sufragio*, activo y pasivo, que divide en *político* (elecciones a los Parlamentos o magistraturas del Estado) –el más demandado a pesar de que el feminismo aparecía dividido en esta cuestión, y *administrativo* (de la vida local).

Tratando del caso español su punto de partida al respecto, es considerar que a la hora de tratar los problemas jurídicos en general, debía distinguirse entre *SITUACIÓN LEGAL* y *CONDICIÓN JURÍDICA REAL*⁵⁴, o lo que es lo mismo, entre las leyes y la vida social, como forma de determinar de modo auténtico la *CONDICIÓN JURÍDICA* de la mujer: lo que ésta *puede hacer*, en función del concepto que socialmente se tiene de su capacidad personal.

Y ello porque, según observaba, si bien el hombre iba adquiriendo sucesivas capacidades en función sólo de la edad, en el caso de las mujeres se veían reducidas, con frecuencia, por lo que la costumbre o los prejuicios sociales consideraban como impropio del sexo femenino, al atribuirle la sola condición de madre. La conclusión de su observación era que si bien desde el punto de vista de la *opinión pública* seguía existiendo una importante oposición a ampliar los derechos civiles y políticos de las mujeres, entendía que “no depende tanto de que dicha opinión tenga un concepto claro de su incapacidad, cuanto de la falta de hábitos”⁵⁵.

De ahí que frente a la opinión prefiera recurrir a la *REALIDAD SOCIAL*, observando que las diferencias se reducen en el caso de las clases bajas y a la *HISTORIA*, fundamentalmente para mostrar recurriendo a *Partidas* 2.1.16 la posibilidad tradicional de gobernar de las mujeres frente a la ley Sálica francesa:

“indudablemente el hecho de la admisión de las mujeres a las funciones reales por la opinión pública en España se explica sobre todo por la tradición: la Historia nos dice que ha habido reinas, que entre éstas las hubo gloriosísimas... y la opinión rechaza a la mujer en el ejercicio de otras funciones políticas de menos importancia, porque no es costumbre que las desempeñen”⁵⁶.

La finalidad de toda su argumentación era claramente –y es un punto de partida determinante- poner de manifiesto la *IGUAL NATURALEZA* en la condición jurídica del hombre y de la mujer, frente a los que habían defendido la condición natural inferior de ésta.

⁵⁴ *Ibid.*, pp- 205-209.

⁵⁵ *Ib.*, p. 227.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 225.

Si el primer liberalismo se había caracterizado por la búsqueda de la *libertad* como principio fundamental, en el caso de Posada, la aspiración fundamental es lograr la *igualdad* mediante la ley. Es cierto, como observa G. Pisarello, que en esta época no puede hablarse de un Estado social en sentido estricto, en la medida en la que más que de auténticos derechos a la existencia o al trabajo, lo que a menudo se consagraba era un deber sin sujetos obligados, una especie de *obligación genérica de regular la caridad pública*, que no venía vinculada a deberes concretos como la progresividad fiscal o el uso limitado del derecho de propiedad⁵⁷. Sin embargo, como observa J. L. Monereo, Posada, preocupado por combinar la autonomía del individuo y de los grupos sociales con la intervención estatal, “supo renovar el reformismo krausista, y con el influjo de las grandes corrientes del constitucionalismo social, evolucionó hacia la defensa de la forma del Estado social de Derecho en un sentido próximo al que se instauró en la República de Weimar de 1919”⁵⁸.

La obligación de la IGUALDAD se presenta en él más que como un derecho como una obligación fundamentalmente ética del Estado, basada en la idea de HUMANISMO INTEGRAL. Sin embargo, le permite a Posada, no obstante, distanciarse del “liberalismo político abstracto y formalista, que tan rápidamente se extendió por todas partes, como instrumento de destrucción del antiguo régimen”⁵⁹, a la búsqueda de “nuevas soluciones políticas”.

En el panorama que observa en su época, juzgaba que el *liberalismo* tendía en muchos países a ocupar “la derecha conservadora”, mientras que el *socialismo* se aproximaba a la “izquierda radical”, por lo que apostaba por el *feminismo* como movimiento que se halla en la “situación indicada de *doctrina llena de esperanzas*; condensación teórica de aspiraciones muy diversas, impuesta no tanto por el espíritu innovador de los filósofos o el afán impaciente de los protagonistas, cuanto por la creciente difusión de las ideas humanitarias y por las nuevas *condiciones morales, jurídicas y económicas*”⁶⁰.

Recuérdese en esta línea de tendencia, a pesar de que la obra de Posada es anterior, que el cambio que supuso el papel desempeñado por las mujeres en la I Guerra Mundial, de modo que en el período entreguerras más 25 naciones llegaron a conceder el sufragio femenino⁶¹ y cómo el *Congreso internacional feminista* de Zurich de mayo de 1919 no dudaría en solicitar la inclusión en el Tratado de Paz de Versalles del reconocimiento de “la igualdad de derechos e independencia absoluta para la mujer en todos los dominios: legislativo, político, social é intelectual... e *igualdad de derechos desde el punto de vista moral*, de las mujeres y de los hombres”⁶².

Lo más relevante, con todo, de la obra de A. Posada, por lo que aquí interesa es el análisis jurídico que lleva a cabo de las *disposiciones legales del ordenamiento español*, a

⁵⁷ Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*. Trotta, 2007, pp. 23-24.

⁵⁸ José Luis MONEREO, *La reforma social...op. cit.*, p. 83.

⁵⁹ A. POSADA, *Feminismo...op. cit.*, p. 92.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁶¹ Carmen de la GUARDIA, “Los discursos...”, *op. cit.*, p. 618.

⁶² Diego María CREHUET, *El feminismo...op. cit.*, p. 8.

través del cual intenta demostrar que las limitaciones a la capacidad jurídica atribuida a la mujer no se basaban tanto en la posible inferioridad y con ello en la diferente *naturaleza* de aquella, cuanto en prejuicios y temores infundados del legislador.

Partía, para llegar a esta conclusión –y es clave en su teoría- de la contradicción que observa entre la ordenación jurídico-pública de la Constitución de 1876 y el código civil de 1889.

Aunque ambos cuerpos normativos partían del reconocimiento expreso de la *NACIONALIDAD* como base para la obtención de la *CIUDADANÍA*, sin establecer diferencias previas por razón de sexo, el art. 22 de C. Civil introducía la clave sustancial de la modificación al establecer que “*LA MUJER CASADA SIGUE LA CONDICIÓN Y NACIONALIDAD DEL MARIDO*”, en lo que coincidía con el art. 5º del R. D. de 17 noviembre de 1852 que consideraba extranjera a la “mujer española que contrae matrimonio con extranjero”⁶³.

Los casos a los que esta regulación hacía referencia creaba, como mostraba el p. G. Martínez situaciones paradójicas a partir del presupuesto de que si el marido español cambiaba de nacionalidad la mujer también debía hacerlo, perdiendo con ello la nacionalidad española. La situación era radicalmente distinta en el caso de una inglesa casada con un español, ya que conforme a la ley inglesa seguía siendo inglesa y a la vez española por exigencias del Código. Es decir, acababa adquiriendo dos nacionalidades distintas, mientras que una española casada con un inglés, no adquiría la nacionalidad inglesa, de acuerdo con la regulación de aquel país ni de acuerdo con el citado art. 22 tampoco la española. Es decir que acababa por no tener nacionalidad alguna⁶⁴.

El hecho relevante, de cualquier modo, era que A. Posada consideraba el *CONTRATO DE MATRIMONIO* como la causa última por ministerio de la *LEY* y no por motivos capitales de *ORDEN NATURAL*, que explicaba la reducción de la capacidad jurídica femenina.

Lo que no significaba que debiese entenderse que las mujeres solteras o las viudas no viesan disminuida su capacidad frente al sexo masculino. Detectaba a este respecto, en concreto, ciertas limitaciones de las que infería que “el legislador *SE ARREPIENTE* de reconocer a la mujer la plenitud de la personalidad jurídica, y la incapacita por motivos que no arracan del valor fisiológico y psíquico del sexo, sino del *INFLUJO TRADICIONAL Y DE PREJUICIOS*”⁶⁵.

⁶³ Adolfo POSADA, *Feminismo...op. cit.*, p. 234.

⁶⁴ P. Graciano MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁶⁵ Adolfo POSADA, *Feminismo...op. cit.*, p. 242. Hacía en concreto mención a la obligación que se le exigía de alimentos y reconocimiento de maternidad de los hijos ilegítimos, la imposibilidad de ser tutora (237.7), la pérdida de la patria potestad sobre los hijos de la madre que pasaba a segundas nupcias (art. 168), la exigencia de una mayoría de edad diferente -25 años frente a los 23 del varón-, la desheredación de la hija o nieta prostituta (art. 853), frente a lo que ocurría en el caso del varón, y ante lo que Posada no dudaba en denunciar la distancia entre la ley y la realidad social: “nos parece que no anda el legislador muy bien orientado desde el punto de vista moral, al no conceptuar tan grave la prostitución y el rebajamiento del varón como los de la mujer, olvidando además que la mayoría de las veces el varón se prostituye por sobra de medios, mientras que la mujer cae por escasez de recursos” (p. 245)

De cualquier modo, donde más evidente se hacía la disminución de la capacidad jurídica de la mujer por razones legales era en el caso de la MUJER CASADA. Y recurría para denunciar la exclusión al derecho público, modelo para los krausistas en general al que el derecho privado debía someterse en la búsqueda del “ideal de Humanidad” aplicado, conforme a Ahrens a espacios jurídicos aún no alcanzados”⁶⁶.

De este modo, si el modelo ideal era el Estado democrático, no existía razón alguna para justificar que el matrimonio siguiese siendo una sociedad de desiguales en la que predominaba “la ley del más fuerte”⁶⁷. Si conforme a su interpretación la familia era un auténtico *Estado jurídico*, (*el Estado social doméstico*), la ley española tenía del Estado una opinión análoga a la Gumpłowicz, para quien no era más que la organización de la soberanía del hombre sobre el hombre⁶⁸.

Pero la *incapacidad* de la mujer casada no era la del loco o la del menor, aunque surtiese efectos semejantes si el marido estaba dispuesto a hacer uso de todas sus facultades. No se trataba –reiteraba de nuevo la tesis que pretendía probar- de incapacidad natural, puesto que el propio Código Civil, *DEVOLVÍA A LA MUJER CASADA SU CAPACIDAD JURÍDICA* a medida que el marido se veía imposibilitado para ejercerla por razón de ausencia, incapacidad, prodigalidad e interdicción” (arts. 56-65). En esos casos la mujer casada RECUPERABA, en opinión de Posada, SU CAPACIDAD NATURAL⁶⁹.

Proponía de este modo una INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA del DERECHO PRIVADO, que asimilaba al Código napoleónico⁷⁰, al liberalismo individualista, en definitiva, de los primeros tiempos constitucionales⁷¹ a los que, a diferencia de autores como C. Arenal o R. M^a de Labra, atribuía el origen de discriminaciones que sólo la afirmación legal del principio de igualdad podía superar.

Y frente a ello, proponía LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA de los criterios asignados al ÁMBITO JURÍDICO PÚBLICO, fundamentalmente la Constitución de 1876, que contraponía al anterior, origen de los argumentos que a partir de entonces empezaron a esgrimirse en favor de la ampliación de los derechos de las mujeres.

El punto de partida en relación a este segundo ámbito sería el carácter extensivo que atribuiría al sujeto designado como HOMBRES (españoles y extranjeros) considerando que el término abarcaba también a las MUJERES en el caso de los artículos de la Constitución de 1876 referentes a las garantías jurídicas de seguridad personal y reconocimiento explícito de

⁶⁶ José Manuel PÉREZ-PRENDES, “Las ciencias jurídicas”, *op. cit.*, p. 350.

⁶⁷ El fundamento de la discriminación lo encontraba en el art. 57 del C. Civil, conforme al cual “el marido debe proteger a la mujer y ésta debe obedecer al marido”.

⁶⁸ Adolfo POSADA, *Feminismo...op. cit.*, p. 246.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 249.

⁷⁰ Respecto a la influencia del Código napoleónico en el Código civil de 1889, vid. José Manuel PÉREZ-PRENDES, “Las ciencias jurídicas”, *op. cit.*, p. 378.

⁷¹ En sentido semejante se orientaban las afirmaciones de M. Romera: “Y la mujer que no vaciló en derramar su sangre en la lucha por la libertad y la fraternidad humana, vióse excluida, negada como miembro social...continuó esclava, oprimida y sin derechos, porque los políticos, únicos que sirven de garantía a los demás le fueron negados” (M. ROMERA, *Feminismo jurídico...op. cit.*, p. 157).

los llamados DERECHOS INDIVIDUALES⁷². Se basaba además, para ello, en el hecho de que el desarrollo que estos artículos tenían en la legislación orgánica, procesal, de imprenta, de reuniones, de asociación, no limitaba expresamente la capacidad jurídica de la mujer.

Frente a ello, no obstante, reconocía que los artículos referidos a los deberes y derechos de los ESPAÑOLES no admitían este tipo de interpretación, ya que el alcance era diferente si se trataba de un varón o de una mujer⁷³. Así, por ejemplo, el art. 12, conforme al cual “Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca” que no podía hacerse extensivo a las mujeres en la medida en la que la ley o la costumbre les vedaba el acceso a un buen número de profesiones⁷⁴.

Terminaba, en cualquier caso, llamando la atención en sentido contrario, como modelo de regulación jurídico-pública que debía prevalecer sobre el derecho privado, sobre el art. 65 que establecía expresamente cómo en caso de que el monarca fuese una mujer “el Príncipe consorte no tendrá parte alguna en el gobierno del reino”, lo que era una *DEROGACIÓN EXPLICITA DEL CRITERIO AL QUE OBEDECÍA LA ORDENACIÓN CIVIL DEL PODER MARITAL*⁷⁵.

A partir de ese momento, los argumentos esgrimidos en el debate jurídico sobre las demandas feministas en España se orientarían en dos direcciones: la afirmación jurídico-pública de derechos universalizables, en el caso de los autores favorables a extender los derechos políticos a las mujeres. Y los que declarándose contrarios a esa extensión mantuvieron la distinción de las dos esferas, para admitir el reconocimiento mayor o menor, según los casos, de determinados derechos civiles pero siempre desde la afirmación, más o menos secularizada, de la exclusiva autoridad marital en el interior de la familia.

Ejemplo significativo de la primera postura, es la obra ya citada de M. Romera Navarro, *Feminismo jurídico* que siguiendo la interpretación extensiva que Posada había hecho de los derechos individuales reconocidos en la Constitución de 1876, reclamaba la extensión de los derechos políticos a las mujeres como fundamento y garantía de todos los demás, considerando su fundamento –el cambio es claro con respecto al s. XIX- de DERECHO NATURAL, que como tal no establecía distinción alguna entre sexos⁷⁶. Es más,

⁷² Se trataba en concreto de los arts. 4 a 11 referente a las garantías judiciales de seguridad personal, secreto en las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, no confiscabilidad de los bienes y tolerancia privada de cultos, el art. 13 (libertad de expresión y asociación), art. 14 (la limitación legal de los derechos y la responsabilidad de jueces y funcionarios) y el art. 16 (el principio del juez competente).

⁷³ Se trataba de los arts. 2 (referente al libre establecimiento de los extranjeros en España para ejercer cualquier industria o profesión), 3 (el servicio militar obligatorio), 12 (sobre la libre elección de profesión) y 15 (el acceso a los empleos y cargos públicos conforme a los principios de mérito y capacidad).

⁷⁴ Adolfo POSADA, *Feminismo...op. cit.*, pp. 234-235.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 237.

⁷⁶ “La concesión de los derechos políticos es la más importante... Porque tales derechos son el fundamento sólido y único de todos los demás derechos. Revisten un doble carácter cuya distinción nos descubre su verdadero valor jurídico: son una facultad y una garantía. Como facultad no es el derecho político inferior a ninguno otro del orden civil; como garantía, tiene mayor transcendencia, que los demás y exige su reconocimiento y extensión a todos los seres que gozan de los derechos naturales. Los derechos políticos son la salvaguardia de los derechos individuales, y por esta relación indispensable a la efectividad de los últimos, hay que considerarlos como emanados del mismo derecho natural. Conceder éstos sin los primeros, equivale a

para este autor el sufragio además de ser un derecho revestía la condición de deber “cuyo cumplimiento corresponde también a la mujer, que está obligada á velar por los intereses de su sexo y de sus mismos hijos...”⁷⁷.

En sentido semejante se mostraría años más tarde, en relación al sufragio femenino el propio A. Posada, al entender que “una vez determinada la capacidad que su desempeño exige, no hay derecho á excluir á nadie que tenga aquella capacidad”, por lo que “parece que pide ser interpretado en favor de la mujer”. De lo que deducía, adelantándose a lo sucedido en el debate constituyente de la IIª República que sólo podían alegarse razones de oportunidad –no de derecho- para excluir a las mujeres del sufragio en España: “razones de conveniencia, circunstanciales: prejuicios unas, misoneísmo puro otras”⁷⁸.

No faltaron, con todo, autores que defendieron la postura contraria. Aun admitiendo algunos de ellos los planteamientos del que denominaban “feminismo moderado” siguieron negándose a hacer desaparecer la patria potestad del marido sobre la mujer en el interior de la familia o a la concesión del sufragio femenino, sobre el fundamento ahora del ORDEN PÚBLICO. Así aunque D. Mª Crehuet en 1920 no duda en hacer mención a las interpretaciones de Posada como *feminista templado* en cuanto a la extensión a las mujeres de un mayor número de derechos civiles, no dudaba en recurrir a diferencias de “naturaleza” a la hora de excluirlas de determinadas tareas y profesiones, afirmando respecto al matrimonio que en la medida en la que la familia era un verdadero Estado era natural que existiese una sola autoridad, la del marido, que interpretaba como “la consecuencia de que sea el más fuerte, el más apto para la generalidad de las funciones de la actividad en el mundo exterior y sin que le embarace la condición de naturaleza de un aparato sexual reproductor”⁷⁹.

En relación, por otra parte, al voto de las mujeres, afirmaba –conforme al criterio de orden público al que autores recurrirán ahora- que la concesión del sufragio activo y pasivo a las mujeres llevaría a “la disolución social y a la anarquía”⁸⁰.

Como es sabido, sólo en los años 20 el feminismo lograría en España una mayor difusión, lo que tendría reflejo en una serie de conferencias pronunciadas también en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, ahora ya por mujeres. En ellas, y aunque no siempre resultaría citado, el fundamento de la argumentación jurídica seguiría siendo la senda trazada en 1899 por A. Posada.

Ejemplo ilustrativo de ello, son dos obras que recogen algunos de los principales argumentos que en el debate constituyente de 1931 decantaron el reconocimiento que la IIª República hizo del voto femenino: la obra que Carmen de Burgos publicó en 1927 con el título de *La mujer moderna y sus derechos* y la ya citada conferencia de Clara Campoamor sobre “La nueva mujer ante el derecho [público]”.

conceder no un derecho verdadero, sino una autorización que puede retirarse, cuando así lo disponga el capricho ó la conciencia de los legisladores. Esta es la esclavitud” (M. ROMERA, *Feminismo...op. cit.*, p. 157).

⁷⁷ *Ibidem*, p. 160.

⁷⁸ Adolfo POSADA, *El sufragio*, Barcelona, Manuel Soler ed., s/a, pp. 109 y 110.

⁷⁹ Diego María CREHUET, *El feminismo en los aspectos...op. cit.*, pp. 24-25.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 30-31.

C. de Burgos abandonando el feminismo relacional, y desde perspectiva laica tomaría el testigo de la interpretación de A. Posada para defender:

1. La consideración del matrimonio como contrato entre iguales.
2. El reconocimiento de cualidades diferentes entre el hombre y mujer sin que eso justificase la consideración como inferior de ésta ni la existencia de esferas separadas. La idea de la inferioridad era una construcción social no natural
3. El entender como *GENERICAMENTE TODO RECONOCIMIENTO DE DERECHOS QUE EXPLÍCITAMENTE, NO EXCLUYERA A LAS MUJERES*⁸¹.

Por último, por lo que a C. Campoamor se refiere, no parece que la condena que hacía de la *capitis diminutio* administrativa sobre la que se fundamentaba la exclusión de las mujeres de los cargos públicos, el recurso a la historia para demostrar el incremento de límites en la capacidad de obrar que los códigos decimonónicos les habían impuesto o la demanda que hacía de leyes que mejorasen la condición de las mujeres al modo de las leyes obreras⁸², estuviesen muy alejadas de lo expuesto, cuando las reformas sociales no habían aún comenzado, por A. Posada.

De cualquier forma sería en el debate parlamentario donde más claramente haría uso de argumentos de carácter jurídico-público, basados, al modo de A. Posada, en el fundamento como derecho natural de los derechos de la personalidad⁸³.

No creo erróneo pensar, que sería este último aspecto el que permitió a Clara Campoamor obtener el reconocimiento en las Cortes de la República del voto femenino, frente a V. Kent, al señalar en la sesión de 1 de octubre de 1931:

“Yo señores Diputados –explicaba C. Campoamor- me siento ciudadana antes que mujer y considero que sería un profundo error político dejar a la mujer al

⁸¹ Haciéndose eco, a este respecto de lo acordado por la Liga Internacional de Mujeres Ibéricas e Hispanoamericanas y de la Cruzada de Mujeres Españolas, señalaba: “...el espíritu de la ley en España no ha sido nunca el de eliminarnos del derecho político. Además de probarlo así el hecho de que puedan reinar las mujeres, no hay ningún artículo de la Constitución ni de la ley Electoral que taxativamente nos prohíba ejercer ese derecho... En el sentido riguroso de nuestra lengua, debe entenderse que no habló el legislador sólo de los hombres, sino también de las mujeres” (Carmen de BURGOS, *La mujer...op. cit.*, cap. 13, pp. 287-288).

⁸² “Este desamparo de la mujer activa en los códigos vigentes es el mismo que halló frente a sí el trabajador al surgir la nueva sociedad económica, y a esta realidad hubieron de atender las diversas leyes obreras y sociales, promulgadas posteriormente y que... no hacen sino suplir imperfecciones y olvidos de la ley común... La mujer necesita, por consiguiente, en su nuevo aspecto de obrero mundial, en los diversos órdenes, y para defenderse de las trabas de los códigos y del criterio limitado de legisladores de casta, una ley especial... que en tanto se logra la revisión del derecho común, tarea ardua y lenta, que garantice su personalidad, permitiéndole un desenvolvimiento no mermado en todo momento y dando unidad racional a su órbita de derecho” (Clara CAMPOAMOR, *La nueva...op. cit.*, p. 52).

⁸³ En 1936 aclaraba sus pretensiones en este sentido: “Mi pensamiento era más político y nacional, más amplio y objetivo que el concreto feminista. Consideraba fatal para un resurgimiento de la libertad y la justicia que veía en la República, el divorcio espiritual de hombres y mujeres” (Clara CAMPOAMOR, *Mi pecado mortal. El voto femenino y yo*, Madrid, horas y Horas ed., 2006, p. 18)

margen de ese derecho...a la mujer que como ocurrió con otras fuerzas nuevas en la Revolución francesa, será indiscutiblemente una nueva fuerza que se incorpora al Derecho”⁸⁴.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 151.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Dos de nuestras ponentes, además del uso normal, en pie de página, de la referencia bibliográfica en una investigación, aportaron una lista de trabajos, a los que la profesora Leire Imaz Zubiaur denominó Bibliografía de interés y la profesora Arantza Campos Rubio, denominó referencias bibliográficas, que por su extensión, he considerado de mayor interés agrupar en un único espacio, para que esta pequeña base bibliográfica pueda ayudar a cuanta persona investigue en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA DE INTERÉS -aportación de la profesora Leire Imaz Zubiaur-

- Asociación Feminista Asturiana y Colectivo Feminista de Mieres (1987): *La mitad del infierno*. Ed. AFA, Oviedo.
- AA.VV. (2001): *La Organización de las Asociaciones de Mujeres. La tiranía de la falta de estructuras*. Ed. Forum de Política Feminista, Madrid.
- ACKELSBURG, Marta A. (2000): *Mujeres libres. El anarquismo y la lucha por la emancipación de las mujeres*. Virus editorial, Barcelona, 2ª edición.
- AGUADO HICÓN, Ana María y otras (1994): *Textos para la historia de las mujeres en España*. Ed. Cátedra, Madrid.
- ALIC, Margaret (1991): *El legado de Hipatia. Historia de las mujeres en la ciencia desde la Antigüedad hasta fines del siglo XIX*. Ed. Siglo XXI, Madrid.
- ÁLVAREZ, Julia (2001): *En el tiempo de las mariposas*. Ed. Alfaguara, Madrid.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Ana Isabel (1999): *Los orígenes y la celebración del Día Internacional de la Mujer, 1910-1945*. Ediciones KRK, Oviedo.
- ÁLVAREZ LLORENTE, Mª Luisa (2000): *Tenía que contarlo*. Fundación Juan Muñoz Zapico, Oviedo.
- AMAR Y BORBÓN, Josefa (1786): "Memorial Literario. Discurso en defensa del talento de las mujeres y de su aptitud para el gobierno y otros cargos en que se emplean los hombres", citado en AMAR Y BORBÓN, Josefa (1994): *Discurso sobre la educación física y moral de las mujeres*. Edición de Victoria López- Cordón, ed. Cátedra, Madrid, pág. 41. También en <<http://ensayo.rom.uga.edu/antologia/XVIII/amar-bor/>>
- AMORÓS, Celia (coord.) (1994): *Historia de la teoría feminista*. Comunidad de Madrid, Dirección General de la Mujer e Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- AMORÓS, Celia (dir.) (2000): *10 palabras clave sobre mujer*. Ed. Verbo Divino, Estella.
- ANDERSON, Bonnie S y ZINSSER, Judith P. (1992): *Historia de las mujeres: una historia propia*. Ed. Crítica, Barcelona, vol.2.
- Año Internacional de la Mujer. *Programa de las Organizaciones No Gubernamentales del Estado Español*, Madrid, 1975.
- ASOCIACIÓN "MUJERES EN LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA" (1999): *Españolas en la transición. De excluidas a protagonistas (1973-1982)*. Ed. Biblioteca Nueva, Madrid.
- BLANCO CORUJO, Oliva (2000): *Olimpia de Gouges (1748-1793)*. Ediciones del Orto, Madrid.

- BLANCO CORUJO, Oliva: “La Ilustración deficiente. Aproximación a la polémica feminista en la España del siglo XVIII”, en AMORÓS, Celia (coord.)(1994): *Historia de la teoría feminista*, Comunidad de Madrid, Dirección General de la Mujer e Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid, pp.31-48.
- BEAUVOIR, Simone de (2000): *El segundo sexo*. Ed. Cátedra, col. Feminismos, vol. I. Los hechos y los mitos; vol. II La experiencia vivida, Madrid, quinta edición.
- BELTRÁN, Elena y MAQUIEIRA (eds.) (2001): *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*. Alianza Editorial, Madrid.
- BLOCH-DANO, Evelyne (2001): *Flora Tristán. La mujer Mesías*. Ed. Maeva, Madrid.
- CABA ÁLVAREZ, Natalia, CALVO SALVADOR, Adelina y ORDÓÑEZ GUTIÉRREZ, Ana Luisa (2002): *Guía internet 2002*. Ed. Moces na Rede Feministes, [Asturias].
- CUEVA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *¡La retaguardia nos pertenece! Las mujeres de izquierdas en Asturias (1936-1937). Su lucha por autodefinirse*. Ayuntamiento de Gijón, Concejalía de la Mujer.
- COBO, Rosa (1995): *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau*. Ed. Cátedra, Madrid.
- COBO, Rosa: “La construcción social de la mujer en Mary Wollstonecraft” en AMORÓS, Celia (coord.) (1994): *Historia de la teoría feminista*. Dirección General de la Mujer, Comunidad de Madrid, Madrid.
- COLECTIVO DEL LIBRO DE SALUD DE LAS MUJERES DE BOSTON (1982): *Nuestros cuerpos, nuestras vidas*. Ed. Icaria, Barcelona.
- Conferencias Mundiales de Naciones Unidas sobre las Mujeres. Textos aprobados*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.
- DUBY, George y PERROT, Michelle (dir.) (2000): *Historia de las mujeres*, tomo 4. *El siglo XIX*, tomo 5, *El siglo XX*. Ed. Santillana, Madrid.
- ESCARIO, Pilar; ALBERDI, Inés; LÓPEZ-ACCOTTO, Ana Inés (1996): *Lo personal es político. El Movimiento Feminista en la transición*. Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid.
- EVANS, Richard J. (1980): *Las feministas. Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840-1920*. Ed. Siglo XXI, Madrid.
- FAGOAGA, Concha y G. LUNA, Lola (1982): “Notas para una historia social del movimiento de las mujeres: signos reformistas y signos radicales” en *Actas de las Cuartas Jornadas de Investigación Disciplinaria, Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres*. Ed. Seminario de Estudios de la Mujer de la Universidad Autónoma de Madrid, vol. I, Madrid.
- FERNÁNDEZ TAPIA, Ana; MARTÍNEZ DE TEJADA ÁLVAREZ, Águeda; ROBLEDAL FERNÁNDEZ, Esperanza y RODRÍGUEZ MUÑIZ, M^a José (1991): *Realidad, vivencias e historia en la voz de Yina Castañón*. Principado de Asturias. Consejería de la Juventud. Secretaría de la Mujer, Oviedo.
- FOLGUERA, Pilar (comp.) (1988): *El feminismo en España: dos siglos de historia*. Fundación Pablo Iglesias, Madrid.
- FIRESTONE, Shulamith (1976): *La dialéctica del sexo. En defensa de la revolución feminista*. Ed. Kairós, Barcelona.
- FÖLSING, Ulla (1992): *Mujeres premios Nobel*. Alianza Editorial, Madrid

- FREEMAN, Jo “La tiranía de la falta de estructuras” en AA.VV. (2001): *La Organización de las Asociaciones de Mujeres. La tiranía de la falta de estructuras*. Ed. Forum de Política Feminista, Madrid.
- FRIEDAN, Betty (1974): *La mística de la feminidad*. Ed. Júcar, Gijón.
- GARRIDO GONZÁLEZ, Elena (ed.) (1997): *Historia de las mujeres en España*. Ed. Síntesis, Madrid.
- GONZÁLEZ PELÁEZ, Peregrina (1999): “Recuerdos y pensamientos”. *Folletos del Ateneo. Cuadernos de Historia*. Nº XVI, noviembre, Ateneo Obrero de Gijón, Gijón.
- GOODALL, Jane (2000): *Gracias a la vida*. Editorial Mondadori, Barcelona.
- INSTITUTO DE LA MUJER (1995): *El largo camino hacia la igualdad. Feminismo en España 1975-1985*. Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid.
- INSTITUTO DE LA MUJER (1996): *Elige bien: un libro sexista no tiene calidad*. Serie Cuadernos de educación sexista nº 4. Ed. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid
- KING, Margaret L. (1993): *Mujeres renacentistas. La búsqueda de un espacio*. Alianza Universidad. Madrid
- KUHN, Anette (1991): *Cine de mujeres. Feminismo y cine*. Ed. Cátedra, Madrid.
- LERNER, Gerda (1990): *La creación del patriarcado*. Ed. Crítica, Barcelona
- MARTÍN-GAMERO, Amalia (1975): *Antología del feminismo*. Alianza Editorial, Madrid.
- MERNISSI, Fatema (2003): *Sueños en el umbral. Memorias de una niña del harén*. Muchnik Editores, Barcelona, 2ª edición.
- MORENO, Amparo (1977): *Mujeres en lucha. El movimiento feminista en España*. Ed. Anagrama, Barcelona.
- MILLET, Kate (1995): *Política sexual*. Ed. Cátedra, colección Feminismos, Madrid.
- MIYARES, Alicia (2003): *Democracia feminista*. Ed. Cátedra, Madrid.
- NASH, Mary (ed.) (1984): *Presencia y protagonismo. Aspectos de la historia de la mujer*. Ed. Serbal, Barcelona.
- NASH, Mary (1991): “Dos décadas de Historia de las Mujeres en España: una reconsideración”, *Historia Social*, nº 9, pp.137-161.
- NASH, Mary (1994): “Experiencia y aprendizaje: la formación histórica de los feminismos en España” en *Historia Social*, nº 20, pp.151-172.
- NASH, Mary (1999): *Rojas. Las mujeres republicanas en la Guerra Civil*. Ed. Taurus, Madrid.
- NASH, Mary y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Ana Isabel (2002): *Seneca Falls. Un siglo y medio del Movimiento Internacional de Mujeres y la lucha por el sufragismo femenino en España*. Guía Didáctica, Gobierno del Principado de Asturias, Consejería de la Presidencia, Oviedo.
- OTERO VIDAL, Mercè: De “La ciudad de las damas” al “Agravio de las damas” en BIRULÉS, Fina (cop.) (1992): *Filosofía y género. Identidades femeninas*. Ed. Pamiela, Pamplona
- PIZÁN, Cristina de (2000): *La ciudad de las damas*. Ed. Siruela, Madrid.
- Primeras Jornadas por la Liberación de la Mujer (1975), *Resolución Política de las Primeras Jornadas Nacionales por la Liberación de la Mujer*, Madrid.

-QUESADA MONGE, Rodrigo (2001): “El anarquismo de Emma Goldman (1869-1940) y los límites de la utopía”. Universidad Complutense de Madrid (Espéculo, Revista de Estudios Literarios).

<<http://www.ucm.es/info/especulo/numero17/goldman.html>>

-SEAGER, Joni (2001): *Atlas del Estado de la mujer en el mundo*. Ed. Akal, Madrid.

-SCOTT, Joan W. (1990): “El género una categoría útil para el análisis histórico” en AMELANG, James S. Y NASH, Mary (eds.) *Historia y género: Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*. Edicions Alfons el Magnànim. Institució Valenciana d’Estudis i Investigació, Valencia.

-RIVERA GARRETAS, María-Milagros (1998): *Nombrar el mundo en femenino*. Ed. Icaria, Barcelona.

-RODRÍGUEZ MUÑIZ, M^a José (coord.) (2002): *Ujo, en blanco y negro. Contado por mujeres...* Ed. Historias de los lunes, Ujo.

-ROIG, Montserrat (1981): *El feminismo*. Ed. Salvat, aula abierta, Madrid.

-ROWBOTHAM, Sheila (1980): *La mujer ignorada por la historia*. Ed. Debate, Madrid.

-ROUSSEAU, Jean Jacques (1973): *Emilio o de la educación*. Ed. Fontanella, Barcelona.

-SCANLON, Geraldine M. (1986): *La polémica feminista en la España Contemporánea (1868-1974)*. Ed. Akal, Madrid.

-SAU, Victoria (1990): *Diccionario ideológico feminista*. Ed. Icaria, Barcelona, 2^a edición.

-SUÁREZ COALLA, Paquita (2001): *La mio vida ye una novela. Testimonios de las mujeres del campo de Asturias*. Ed. Trabe, Oviedo.

-SUÁREZ SUÁREZ, Carmen (2003): *Feministas en la transición asturiana (1975-1983). La Asociación Feminista de Asturias*. Ed. KRK, Oviedo

-STUART MILL, John y TAYLOR MILL, Harriet (1973): *Ensayos sobre la igualdad sexual*. Ed. Península, Barcelona.

-TABOADA, Leonor (1978): *Cuaderno Feminista. Introducción al self help*. Ed. Fontanella. Barcelona.

-TERTULIA FEMINISTA LES COMADRES (2002): *50 Aniversario de El Segundo Sexo de Simone de Beauvoir*, Gijón.

-VALCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS, Amelia (1997): *La política de las mujeres*. Ed. Cátedra, Madrid.

-VALCÁRCEL, Amelia; RENAU, Dolores y ROMERO, Rosalía (eds) (2000): *Los desafíos del feminismo ante el siglo XXI*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla

-VALCÁRCEL, Amelia (2000): *Rebeldes. Hacia la paridad*. Ed. Plaza y Janés, Barcelona.

-VALCÁRCEL, Amelia y ROMERO, Rosalía (eds) (2001): *Pensadoras del siglo XX*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.

-VALCÁRCEL, Amelia: “Beauvoir: a cincuenta años del segundo sexo” en VALCÁRCEL, Amelia y ROMERO, Rosalía (eds) (2001): *Pensadoras del siglo XX*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.

-VEGA DÍAZ, Consuelo (2000): *Una mirada de la mujer en la historia*. Ed. Trabe, Oviedo.

-VENTURA FRANCH, Asunción (1999): *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid.

-WOOLF, Virginia (1986): *Una habitación propia*. Ed. Seix Barral, Barcelona.

-WOLLSTONECRAFT, Mary (1996): *Vindicación de los derechos de la mujer*. Edición de Isabel Burdiel, ed. Cátedra, Madrid.

-WEISSTEIN, Naomi; KOEDT, Anne; LIMPUS, Laurel y otras (1972): *Hablan las women's lib. (Movimiento de Liberación de la Mujer)*. Editorial Kairós, Barcelona, 2ª edición, selección y prólogo de Mª José Ragué Arias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS -aportadas por la profesora Arantza Campos Rubio-

ABRAMS, K.: "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry*, vol, 16 nº 2, 1991, pp.373-405.

ADORNO, T.: *Dialéctica negativa*, Taurus, Madrid, 1986.

ALLEN, H.: *Justice unbalanced: gender, psychiatry and justicial*, Open University Press, Milton Keynes, Philadelphia, 1987.

ALTHUSSER, L.: "Idéologie et appareils idéologiques de l'Etat", en *La Pensée* (151):3-38, 1970.

AMORÓS, C.: *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Valencia, 1997, pp.19-85.

- *Historia de la Teoría Feminista*, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1994, pp.109-149.

- "Hongos Hobbesianos, setas venenosas", en *Mientras Tanto*, nº 48, enero-febrero, 1992.

- *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Madrid, 1985.

ANDERSON, B.S. & ZINSSER, J.P.: *Historia de las Mujeres: Una Historia Propia*, Crítica, Barcelona, 1992.

APONTE, E.: "Ética del Derecho o el Derecho de la Mujer", en *Frónesis*, Vol.3, nº 1, 1995, pp.11-29.

- "El género en la investigación jurídica y otras ciencias sociales", en *Frónesis*, nº3, 1998, pp.71-96.

ATIENZA, M. & RUIZ, J.: "Las normas de mandato: principios y reglas", en *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp.1-36.

BARRÈRE, M.A.: *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, IVAP&Cívitas, Madrid, 1997.

- "Feminismo y ciencia jurídica: Incursiones feministas en el método jurídico", en AA.VV., *Calculemos...Matemáticas y Libertad (Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas)*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 239-241.

- "Teoria Femminista del diritto e processo al diritto moderno: Appunti sull'astrazione e sulla concettualizzazione giuridica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica A.XXV, n.2 dicembre 1995*, pp.447-493.

- "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp.75-89.

BARTLETT, K.T.: "Feminist Legal Methods", en Bartlett, K.T. y Kennedy, R. (eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp.370-403.

BARTLETT, K.T. & KENNEDY, R.: *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.

- BEAUVOIR, S.: *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 1999.
- BENHABIB, S. & CORNELLA, D.: *Teoría Feminista y Teoría crítica*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1990.
- BENHABIB, S.: "El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg Gilligan y la teoría feminista", en *Teoría Feminista y Teoría crítica*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1990.
- BERTRAND, M.A.: "Comment le Droit construit le Genre", en *New alternatives for old challenges: Women's rights*, IISJO, Oñati, 1996.
- BÖHMER, M.F.: "Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible", en *Doxa*, 13, 1993, pp.179-190.
- BOURDIEU, P.: *Raisons pratiques. Sur la Théorie de l'action*, Seuil, Paris, 1994.
- *La domination masculine*, Seuil, Paris, 1998.
- BOURDIEU, P; CHAMBOREDON, J.C & PASSERON, J.C.: *Le Métier de Sociologue*, Mouton, Paris, 1973.
- BOUREAU, A.: *Alter histoire: essais d'histoire expérimentale*, Belles Lettres, París, 1991.
- BUNCH, CH.: "Hacia una re-visión de los derechos humanos", en ISIS (ed.), *La mujer ausente*, Eds. de las Mujeres, nº15, 1991.
- BURIN, M. & MELER, I.: *Género y Familia: Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- BUTLER, J.: *Gender Trouble*, Routledge, Londres, 1990.
- CALSAMIGLIA, A.: "La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español", en *Doxa*, 11, 1992, pp.295-310.
- CALVO, M.: *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CAPELLA, J.R.: *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968.
- CARBONNIER, J.: "Sur les traces du non-sujet de droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1989.
- CARRIÓ, G.R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
- CHIASSONI, P.: *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999.
- "Notas para un análisis silogístico del discurso judicial", en *Doxa*, 20,1997,pp. 53-90.
- *La vaghezza delle norme. Un analisis del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990.
- CIGARINI, L.: "Libertá femminile e norma", en *Democrazia e diritto*, nº 2, 1993, pp.95-98.
- COBO, R.: "Género", C,Amorós (dir.) *Diez palabras clave sobre mujer*, EVD, Pamplona,1995.
- COLLIER J. & YANAGISAKO, S.J.: *Gender and kinship: essays toward aunified analysis*, STanford University Press, Stanford, California, 1987.
-"Theory in anthropology since feminist practice", *Critique of Anthropology*, vol. 9 (2): 27-37.1989.
- DE LAURETIS, T.: *Tecnologies of Gender*, Bloomington, Indiana University Press, Indiana, 1987.
- DELPHY, Ch.: *Por un feminismo materialista. El enemigo principal y otros textos*, La Sal, Barcelona, 1982.

- DICIOTTI, D.: " Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces", en *Doxa*, 20, 1997, pp.91-129.
- DONZELOT, J.: *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1979.
- DUBY, G & PERROT, M. (dirs): *Historia de las Mujeres I,II,III,IV,V*, Taurus, Madrid, 1993.
- EISENSTEIN, L.: *Las ideologías de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- ESPIN CÁNOVAS, D.: *Capacidad jurídica de la mujer casada*, Universidad de Salamanca, 1969.
- FACIO, A.: *Cuando el género suena cambios trae: Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, San José, 1992.
- FALCÓN, L.: *La razón feminista, 1: La mujer como clase social y económica. El modo de producción doméstico, 2: La reproducción humana*, Fontanella, Barcelona, 1981-1982.
- FASSÓ, G.: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol III, Pirámide, Madrid, 1979.
- FERRAJOLI, L.: "La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza", en *Democrazia e diritto*, nº2, abril-junio, 1993, pp.49-73.
- FERRATER MORA, .: *Diccionario de Filosofía*, Vol.II, III., Alianza, Madrid, 1984.
- FIRESTONE, S.: *La dialéctica del sexo*, Kairós, Barcelona, 1973.
- FISS, O.M.: "¿Qué es el feminismo?", en *Doxa*, 14, 1992.
- "¿La muerte del derecho?", en *Doxa*, 10, 1991.
- "El derecho recuperado", en *Doxa*, 11, 1992.
- FRAISSE, G., SISSA, G., BALIBAR, F., ROUSSEAU-DUJARDIN, J., BADIOU, A., DAVID-MÉNAR, M., TORT, M.: *L'exercice du savoir et la difference des sexes*, L'Harmattan, París, 1993.
- FRIEDAN, B.: *La mística de la feminidad*, Jucar, Madrid, 1974.
- FUSS, D.: *Essentially Speaking*, Routledge, Londres, 1989.
- GARCIA AMADO, A : "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp.13-42.
.- "Tópica, derecho y método jurídico", en *Doxa*, 4, 1987, pp.161-188.
- GARGARELLA, R.: *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
.-"Réplica a Jorge Malem: las críticas que no se merece el feminismo radical", en *Doxa*, 14, 1993.
- GILLIGAN, C.: *La moral y la teoría: Psicología del desarrollo femenino*, FCE, México, 1985.
- GIANFORMAGGIO, L.: "Iguaglianza e Differenza: Sono veramente incompatibili?", en *Il Dilemma della Cittadinanza. Diritti e deveré delle donne*, Laterza, Bari, 1993.
.-"Corregere le diseguaglianza, valorizzare le differenze: superamento o rivalutazione dell'eguaglianza", en *Democrazia e Diritto*, 1996.
- GIBBONS, D.C.: "Forcible Rape and Sexual Violence" en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol.21,nº3, 1984, pp.251-269.
- GODELIER, M.: *Lo Ideal y lo Material*, Taurus, Madrid, 1989.

- GOFFMAN, E.: *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday Anchor Books, Garden City, NY, 1987
- GUILLAUMIN, C.: *Sexe, race et pratique du pouvoir. L'idée de nature*, Seuil, Paris, 1992.
- HABA, E.P.: "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (I)", en *Doxa*, 7, 1990, pp.169-247.
- "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (II)", en *Doxa*, 8, 1990, pp. 241-272.
- HAMILTON, R.: *La liberación de la mujer: Patriarcado y capitalismo*, Península, Barcelona, 1980.
- HARDING, S.: *Ciencia y Feminismo*, Ediciones Morata, Madrid, 1996.
- HARRIS, M.: *El materialismo cultural*, Alianza, Madrid, 1982.
- HECKMAN, S.: *Gender and knowledge*, Northeastern University Press, Boston, Ma., 1990.
- HEIDENSOHN, F.: *Women in control? the role of women in law enforcement*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- HOLLWAY, W.: "Gender Difference and the Production of Subjectivity" , en Henriques et al.(comps.), *Changing the Subject*, Methuen, Londres, 1984.
- HOLSTROM, L.L.y BURGUES, A.W.: *The Victim of Rape: Institutional Reactions*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1983,
- IBAÑEZ, P.A.: "Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo.", en *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 861-882.
- IGARTUA, J.: "Aplicación judicial del derecho", *Lecciones de Teoría del Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- IGLESIAS DE USSEL, J & RUÍZ RICO, J.J.: "Mujer y Derecho", en *Liberación y Utopía*, Cátedra, Madrid, 1980.
- JELIN, E "¿Ante, de, en, y? Mujeres y derechos humanos", en *Revista América Latina Hoy*, nº 9, 1994.
- KAIRYS, D. : *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Pantheon Books, New York, 1990.
- KENNEDY, D.: "Legal Formality", en *Journal of Legal Studies*, 2, 1973, pp.351-398.
- LACOMBE, D.: "Un genre trouble: le féminisme, la pornographie, la réforme du droit a la thèse de la reproduction de l'ordre social, in *Déviance et Société*, vol.XVI,n.3, 1992 pp. 38-57.
- LARRAURI, E (comp.) : *Mujeres, Derecho penal y criminología*, S.XXI, Madrid, 1994.
- "Una crítica feminista al Derecho penal", en *Mujer, Derecho y Sociedad*, Fundación el Monte, Sevilla, 1996. pp.45-77.
- LAURETIS, T.DE.: *Tecnologies of Gender*, Bloomington, Indiana University Press, Indiana, 1987
- LEGENDRE, P.: "Le sexe de la loi. Remarques sur la division des sexes d'après le mythe chrétien", en: *La Sexualité dans les Institutions*, Payot, Paris, 1976, pp.3-63.
- LITTLETHON, C.A.: "Reconstructing Sexual Equality", en K.Bartlett y R.Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp. 34-56.
- Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes", en *Stanfor Law Review*, vol.41, 1989, pp.751-785.
- LUZZATI, C.: *L'abrogazione delle leggi: un dibattito analitico*, Cuaderni dei Filosofia Analitica del Diritto, nº 6, Giuffrè, Milano, 1987.

- *La vaghezza delle norme: un' analisi del linguaggio giuridico*, Università di Milano, n°17, Giuffrè, Milano, 1990.
- LYOTARD, J-F.: *Economie Libidinale*, Les Editions des Minuits, París, 1974.
- *Peregrinaciones: ley, forma, acontecimientos*, Cátedra, Madrid, 1992.
- *La diferencia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- *La condición postmoderna, informe sobre el saber*, Cátedra, Madrid, 1994.
- MACKINNON, C.A. : *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.
- "Feminism, Marxism, Method, and State; Toward Feminist Jurisprudence", en K.Bartlett y R.Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp.180-200.
- *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., 1987.
- MAHONEY, E.R.: *Human Sexuality*, McGraw-Hill, Nueva York, 1983,
- MALEN SEÑA, J.F.: "Pornografía y feminismo radical", en *Doxa*, 12, 1992.
- "Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne", en *Doxa*, 13,1993.
- MÉNDEZ, L.: "Influencia de la Teoría Feminista sobre las Ciencias Sociales: una revisión conceptual", en: *Identidad, Género y Política*, (45-57), Servicio editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1993.
- MITCHEL, J.: *Psicoanálisis y feminismo*, Anagrama, Barcelona, 1976.
- MILLET, K.: *Política sexual*, Aguilar, Madrid, 1975.
- MINOW, M.: *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and american Law*, Cornell University Press, Londres, 1990.
- MOLYNEUX, M.: "Androcentrism in Marxist antropology", *Critique of Anthropology*, vol.3(9/10):55-81, 1977.
- MOSSMAN, M.J.: "Feminism and Legal Method: The Difference It Makes", en *Australian Journal of Law and Society*, n° 3, 1992, pp. 30-52., y en *Wisconsin Women's Law Journal*, vol3, 1989, pp.147-168
- MURA, R.: *¿Un savoir à notre image?. Critique féministe des disciplines*, Adage, Canada, 1988.
- MURARO, L.: *No creas tener derechos*, horas y Horas, Barcelona,1991.
- NASH, M & FERNÁNDEZ-KELLY,A.: *Presencia y protagonismo: aspectos de la historia de las mujeres*, Serbal, Barcelona, 1984.
- NIETO, A.: *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984.
- NINO, C.S.: *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
- OAKLEY, A.:*La mujer discriminada, biología y sociedad*, Tribuna Feminista, Madrid, 1977
- O'DONOVAN, K.: *Sexual Divisions in Law*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1985.
- OKIN, S.M.: "La política y las desigualdades complejas de género", en D. Miller y M.Walzer, *Pluralismo, justicia e igualdad*, FCE, México, 1997.
- OLSEN, F.: "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective", en *International Journal of the Sociology of law*, 18, 1990.
- "The Sex of Law" en, Kayris,D.(ed.), *The Politics of Law*, Pantheon Books, 1982.
- *Feminist Legal Theory*, serie Schools, Aldesshot, Darmonth, 1995.
- OSBORNE, R.: "Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres?. Respuesta a Jorge Malen", en *Doxa*, 13, 1993.

- "De ciertas insuficiencias de un cierto liberalismo: (segunda respuesta feminista a Jorge Malem)", en *Doxa*, 17-18, 1995.
- PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.
- PITCH, T.: "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista", en *Democrazia e diritto*, 2, aprile-giugno, 1993.
- "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée", en *Déviance et Société*, vol.16 nº 3,1992.
- PREUUS, U.K.: "El concepto de los derechos y el Estado de bienestar", en *Problemas de legitimación en el estado social*, E.Olivas (ed.), Trotta, Madrid, 1991.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- RENAUT, A & SOSOE, L.: *Philosophie du Droit*, PUF, Paris, 1991.
- REQUEJO, J.L. : *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- REY MARTINEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995.
- RILEY, D. : *Am I That Name?* Macmillan, Londres, 1988.
- ROSALDO, M.: "Mujer, cultura y sociedad: una visión teórica", en *Antropología y Feminismo*, Anagrama, Barcelona, 1977
- RORTY, R.: *Pragmatismo y Política*, Paidós, Barcelona, 1998.
- ROWBOTHAM, Sh.: *Mundo de hombre conciencia de mujer*, Tribuna Feminista, Madrid, 1977.
- SACHS, A., WILSON, J.H.: *Sexim and Law*, Martin Robertson, Oxford, 1978.
- SAFA, H.: *Migration and development*, Montron, Paris, 1975.
- SALAS, D.: *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualite*, PUF, Paris, 1994.
- SALZMAN, J.: *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, Cátedra, Madrid, 1992.
- SCOTT, J.W.: *La Citoyenne Paradoxale*, Albin Michel, Paris,1998.
- SEN, A.: *La mujer ausente*, Eds. de las Mujeres, nº15, 1991.
- SMART, C. : "La mujer del discurso jurídico", en *Derecho penal y criminología*, S.XXI, Madrid, 1994, pp. 167-189.
- "La búsqueda de una teoría feminista del derecho", en *Delito y Sociedad*, vol.11-12, 1998, pp.105-124.
- SPELMAN, E.: *Inessential Woman*, Beacon Press, Boston, Ma., 1988.
- STANG DHAL, T.: *El derecho de la mujer*, Vindicaciones feministas, Madrid, 1991.
- STOLLER, R.: *Perversion*, Quartet Books, Londres, 1977.
- STUART MILL, J. & TAYLOR MILL, H.: *De la libertad. Del gobierno representativo. La esclavitud de las mujeres*, Tecnos, Madrid, 1965.
- *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1970.
- *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Península, Barcelona, 1973.
- THORNTON, D.: *Legislative drafting*, Butter worths, Londres, 1987.
- VANCE, C.V.: *Placer y peligro*, Revolución, Madrid, 1989.
- WEEKS, J.: *El malestar de la sexualidad*, Talasa, Madrid, 1993.

- WEST, R.: "Jurisprudence and Gender" en K.Bartlett y R.Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp. 201-234.
- YOUNG, I.M.: "Imparcialidad y lo cívico público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política.", *Teoría feminista y teoría crítica*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1990.