

ESTE LIBRO ES UN BIEN PÚBLICO
NADIE TIENE DERECHO A
SUBRAYARLO NI A ANOTARLO

51924

MUJERES, DERECHOS Y CIUDADANÍAS

Coordinadora

RUTH M. MESTRE I MESTRE

Autoras

BARRERE UNZUETA, MAGGY

BELTRÁN PEDREIRA, ELENA

CAMPOS RUBIO, ARANTZA

CORTESI VENTURINI, CECILIA

FABREGAT MONFORT GEMMA

GIMÉNEZ ALCOCER, PILAR

PITCH, TAMAR

RUBIO CASTRO, ANA

VAN LEEUWEN, FLEUR

Prólogo de

AÑÓN ROIG, MARÍA JOSÉ

2 578 14

tirant lo blanch
Valencia, 2008



IUSFEMINISMO Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO: HACIA LA IGUALDAD POR LA DISCRIMINACIÓN*

M^a ÁNGELES (MAGGY) BARRÈRE UNZUETA
Universidad del País Vasco / EHU

INTRODUCCIÓN

Este texto se integra en una tarea de crítica y de propuestas de revisión jurídica llevada a cabo desde el “iusfeminismo”. Más concretamente, tiene que ver con la utilización que la cultura jurídica hegemónica efectúa de esa “rama” transversal del derecho que constituye el derecho antidiscriminatorio¹ y que, en mi opinión, a pesar de justificadas críticas² posee un potencial transformador de la realidad sociojurídica que el feminismo no puede ignorar. La propuesta consiste en la integración —por de pronto— en la cultura jurídica de un principio antidiscriminatorio³, basado en el concepto de discriminación intergrupala⁴ (o, si se quiere, *estructural, social, institucional, difusa, sistémica*)⁵, que se convierta en la base interpretativa de las

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación ref. EHU 06/57.

¹ Para una visión panorámica sobre esta rama del derecho valga el volumen editado por McCrudden (1991) y, más recientemente, el de Fredman (2002).

² Como las de MacKinnon (1991), en el ámbito estadounidense, y Lacey (1987; 1998: 19 ss.) en el europeo.

³ Y no simplemente antidiscriminación, ni siquiera antisubordinación.

⁴ Se utiliza el término “intergrupala” a pesar de que, como luego se tendrá ocasión de explicitar, las mujeres no son estrictamente un grupo o minoría.

⁵ Todos estos adjetivos tienen su razón de ser en la caracterización de la discriminación aquí defendida, siempre que no excluyan una idea fundamental, como es la de que el derecho no es ajeno a la misma (o, dicho de otro modo, que la discriminación intergrupala, estructural, social, institucional, difusa o sistémica) es, también, discriminación jurídica.

cláusulas proactivas⁶ y prohibicionistas⁷, así como de un principio de igualdad de mujeres y hombres eventualmente positivizado en los textos jurídicos (supraestatales y constitucionales) como precepto desvinculado de los pensados para minorías⁸.

Una propuesta de este tipo, en la línea de (aunque no coincidente con) posturas críticas que tienen ya tres décadas de historia⁹, requiere una tarea compleja de revisión y reconstrucción jurídica que, obviamente, resulta complicada e imposible de abordar, ni siquiera someramente, en este trabajo¹⁰. De ahí que me limite a delinear, y de manera harto sintética, algunos presupuestos o puntos de partida (lo que entiendo por iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio), el concepto de discriminación que se plantea como motor del cambio (la discriminación intergrupal) y, en virtud del mismo, la justificación de la consideración de la violencia como discriminación intergrupal (genuinamente directa). También, al hilo de todo ello, aflorará una propuesta de redefinición de la acción afirmativa o positiva (como *política* antidiscriminatoria) que dé cobertura teórica a las medidas más polémicas de esa política, así como una crítica a la normativa antidiscriminatoria comunitaria centrada en el tratamiento del acoso sexual.

⁶ Hablo en estos términos para referirme, por ejemplo, al artículo 9.2 de la CE. Me resisto con ello a reproducir esa forma de plantear el contenido de este artículo como alternativo al del artículo 14 de la CE a través de las típicas formas *binómicas* (igualdad material o social *frente a* igualdad formal o jurídica), que tanto éxito tiene en la comunidad jurídica.

⁷ Como la recogida en el artículo 14 de la CE.

⁸ Sobre la propuesta de introducir el principio de igualdad de mujeres y hombres en los ordenamientos jurídicos me he detenido mayormente en otro lugar (Barrère 2004).

⁹ Pues considero pionero al respecto el texto de Fiss (1977), cuya versión original, como él mismo advierte (1977, 84), data de 1975.

¹⁰ Del que lamento el contenido un tanto críptico y apodíctico debido a la premura del tiempo disponible para su redacción (en ningún caso imputable —quede claro— a las personas encargadas de su publicación).

1. LOS PUNTOS DE PARTIDA: IUSFEMINISMO Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

En otros lugares he tenido oportunidad de referirme más detenidamente a lo que entiendo por derecho antidiscriminatorio y feminismo jurídico (o iusfeminismo)¹¹. Ahora efectuaré una breve mención a ambos conceptos; la justa para hacer más inteligibles las propuestas de crítica y revisión anunciadas y que integran el *grosso* de este artículo.

Por iusfeminismo (o feminismo jurídico) entiendo la variante jurídica del feminismo. Como es sabido, el feminismo no es una corriente de pensamiento homogénea¹², pero, a pesar de la pluralidad de perspectivas o tendencias feministas, es posible hablar del feminismo en singular o, si se quiere, en general. Este acuerdo de fondo permite definir al feminismo, además de como una práctica social (como “movimiento”), como un *corpus* teórico basado en una postura crítica o de transformación de la realidad que: 1) partiendo de que las mujeres viven una historia inacabada de discriminación respecto de los hombres; 2) sostiene que esa discriminación impregna las estructuras sociales de todo tipo (económicas, jurídicas, familiares, culturales, ideológicas, etc.); y 3) considera que la lucha contra esa discriminación exige un esfuerzo de análisis y revisión de (y desde) todos los ámbitos disciplinares o del saber. Cuando esta corriente crítica intenta transformar la realidad y la cultura jurídicas como instancias productoras y reproductoras de la discriminación y —a mayor razón— es protagonizada por quien se ha instruido en la enseñanza y práctica jurídicas, se puede hablar de “feminismo jurídico” o “iusfeminismo”.

Como es lógico, el feminismo vinculado a la producción académica cobra especial relevancia a partir de la entrada progresivamente masiva de las mujeres en las Facultades de Derecho. El acceso a la carrera docente e investigadora se empieza a notar en los años

¹¹ Vid. fundamentalmente Barrère (1997, 2001, 2003).

¹² Una clasificación que en el pasado ha tenido bastante éxito y que todavía hoy se sigue utilizando para señalar su heterogeneidad es la que distingue entre un feminismo *liberal*, un feminismo *radical* y un feminismo *socialista* (Beltrán *et al.*, 2001, cap. 2), si bien esta clasificación puede ser traspasada y, por ello, incrementada, a través de la distinción entre el feminismo *de la diferencia* y el feminismo *de la igualdad* (Fiss, 1993; Bodelón, 1999).

setenta y se inicia en países pioneros en el reconocimiento de los derechos que habían estado vetados a las mujeres¹³. A partir de estos años y, sobre todo, de la década de los ochenta, el feminismo jurídico se va implantando, con mayor o menor fortuna (y con mayor o menor grado de institucionalización), en gran número de universidades europeas, americanas y australianas¹⁴.

Luego, por lo mismo que las enseñanzas jurídicas se han ido parcelando, también el feminismo jurídico se ha ido especializando en distintos ámbitos (civil, penal, laboral, internacional, etc.). Sin embargo, independientemente de esa especialización, existe una crítica jurídica feminista que se ha desarrollado bajo las etiquetas de “teoría jurídica feminista”, “teoría del derecho feminista”, “teoría feminista del derecho” (o, en inglés, *feminist jurisprudence* o *feminist legal theory*). Esta visión feminista sobre el derecho, que se podría calificar de “generalista” —sobre la que se han publicado ya varios *readings*¹⁵ y que también ha tenido un cierto eco en la literatura iusfilosófica española¹⁶— es la que sirve en este texto como trasfondo.

Pero, si bien las reflexiones que se incluyen en este trabajo son de algún modo deudoras de toda esa especie de *background*, aquí sólo se mencionarán, de manera puntual, algunas aportaciones vinculadas a la idea de que, así como hasta la segunda ola del feminismo (años sesenta), la igualdad significa (exceptuando los derechos asis-

¹³ Así, por ejemplo, en Estados Unidos, Ruth Bader Ginsburg impartió en 1970 un curso sobre discriminación sexual en la Rutgers Law School, que luego fue divulgando en otras universidades; y, en 1972, Herma Hill Kay tituló su curso en Boalt Hall “Women and the Law”. A su vez, en 1974, y, por tanto, casi simultáneamente, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo es reconocida ya, como disciplina autónoma, una asignatura titulada en inglés “Women’s Law” (Beltrán, 1999, p. 96).

¹⁴ Paralelamente a esta implantación, van proliferando también revistas jurídicas feministas como —a título meramente ejemplificativo— *Berkeley Women’s Law Journal*, *Wisconsin Women’s Law Journal*, *Harvard Women’s Law Journal*, *Yale Journal of Law and Feminism*, *Canadian Journal of Women and the Law* o, en Europa, la británica *Feminist Legal Studies*. El reconocimiento académico se produce igualmente cuando el feminismo jurídico adquiere rango de “escuela de pensamiento” en las antologías disciplinares (Shiell, 1993, pp. 79 ss.).

¹⁵ Entre ellos, el de Bartlett y Kennedy (1991) y el de Olsen (1995).

¹⁶ García Amado (1992), Carreras (1994), Beltrán (1999), Lousada (2003), Mestre (2006).

tenciales vinculados a la maternidad) equiparación o “igualdad de trato” con los hombres, a partir de este momento se empieza también a poner en cuestión, tanto el modelo al que hasta entonces se trataba de igualar (las mujeres ya no quieren ser tratadas como los hombres, sino tener su mismo poder) como el propio instrumento, esto es, el concepto de igualdad (de trato) presente en la cultura jurídica¹⁷.

De este modo, las pretensiones feministas coinciden con las del movimiento que provoca los disturbios raciales en los Estados Unidos de Norteamérica y que se sitúa en la base del derecho antidiscriminatorio moderno¹⁸. Este *corpus* jurídico se origina con la respuesta del Estado a las revueltas raciales especialmente virulentas en los Estados Unidos en torno a la década de los años sesenta del recién concluido siglo XX. Y si hay algo que la caracteriza es que se trata de una respuesta a una problemática intergrupala que ya no puede efectuarse desde los planteamientos liberales clásicos de la justicia como igualdad —esto es, en términos formales, individualistas y de neutralidad estatal— con los que había funcionado hasta entonces (y en muy buena medida sigue funcionando todavía) la cultura jurídica¹⁹.

Dos resultan los productos más interesantes del derecho antidiscriminatorio²⁰: primero, en los mismos años sesenta, la acción afir-

¹⁷ Creo que el texto de MacKinnon ya citado (1991) resume magistralmente esa crítica. El tenor de ésta resulta compatible en lo fundamental, lo que no obsta para que el planteamiento que hace Mackinnon difiera del que se esboza aquí. Sin ser el momento de profundizar en el asunto, diría que se trata de una diferencia estratégica que responde, en el fondo, a un planteamiento diverso sobre la instrumentalidad del derecho y la posibilidad de intervención en las estructuras jurídicas.

¹⁸ Se prescinde así de antecedentes decimonónicos y vinculados a la protección de las minorías tras la Primera Guerra Mundial, si bien, sobre todo los últimos, resultan fundamentales a la hora de explicar la formulación y ubicación de las cláusulas antidiscriminatorias en los textos internacionales y constitucionales (Rodríguez-Piñero y Fernández, 1986).

¹⁹ Sobre el carácter formal, individualista y neutral del modelo liberal, *vid.*, por ejemplo, Fredman (1997).

²⁰ Se dejan conscientemente aparte los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes que parten del Tribunal Supremo estadounidense porque no valen como base del derecho antidiscriminatorio propuesto aquí. Tampoco se tiene en cuenta la evolución de la interpretación judicial estadounidense, que pasa de juzgar constitucionalmente igualitaria a discrimi-

mativa como *política*, y, luego, a comienzos de los setenta, el concepto de discriminación *indirecta*²¹. La acción afirmativa como política responde a la determinación del poder ejecutivo al más alto nivel (presidencial) por actuar de manera proactiva (afirmativamente)²² ante la problemática puesta de relieve por las protestas raciales. La parte más conocida de esta política, por constituir también la más controvertida o “impertinente” para el modelo jurídico tradicional es la que tiene que ver con medidas diferenciadoras que están destinadas a la integración de miembros de los grupos excluidos (primero población afroamericana y luego otras minorías y mujeres), pero es pecar de reduccionismo reconducir la *política* de acción afirmativa a unas *medidas* particulares de esa política (como cuotas, reserva de plazas, asignación de puntos, etc.), tal y como viene siendo habitual en la cultura jurídica²³. De hecho, se hace difícil pensar en la introduc-

minatoria la segregación racial. Sobre todo este proceso, *vid.* por ejemplo, Martín Vida (2003).

²¹ El origen de este concepto se sitúa en la resolución por el Tribunal Supremo estadounidense del caso *Griggs v. Duke Power Company* (401 U.S. 424) en 1971. Muy sucintamente, este caso puede resumirse como sigue. Con anterioridad a la Ley de Derechos Civiles de 1964 (en la que se prohíbe la segregación racial por discriminatoria), la empresa *Duke Power Company* había empleado trabajadores negros únicamente en un departamento en el que, además, los salarios eran considerablemente más bajos que en los otros cuatro departamentos que la conformaban. En 1965, cuando esta política empresarial se convierte en ilegal por discriminatoria, la empresa introduce un ulterior requisito a quien quisiera ser contratado en alguno de los cuatro departamentos de los ahora sólo restantes (concretamente un título de estudios de escuela superior y pasar dos tests). Siguiendo el tenor del dictado empresarial, a todo el mundo se le trata de la misma manera (no se hacen distinciones por el color de la piel), sin embargo, como consecuencia de haber recibido una educación inferior, la aplicación de las nuevas disposiciones empresariales deja fuera a los trabajadores negros.

Para una sucinta panorámica sobre el empleo de este concepto a nivel comunitario y, sobre todo, estatal, *vid.* Serra (2004).

²² Sobre la vinculación de la acción *afirmativa* (en Europa también *positiva*) a la política del Estado social o interventor frente al Estado liberal clásico teorizado en torno a las acciones *negativas* (u omisiones), *vid.* Alexy (1993, 419).

²³ La operación reduccionista se convierte en tendenciosa cuando se utilizan las expresiones “discriminación inversa” y “discriminación positiva” para denominar tales medidas, pero no me voy a detener ahora en el asunto. A él he dedicado insistentemente espacio en mis artículos sobre el derecho anti-

discriminatorio (espec. Barrère 2001), y ahora sólo añadiré, frente a quienes consideran que es un asunto puramente terminológico y no conceptual —en virtud de que se puede perfectamente utilizar la palabra discriminación como mera *diferenciación* y como *diferenciación injusta* (últimamente Ruiz Miguel: 2006, 37)—, que existe “el poder de nombrar” y que la utilización de éste para calificar a las medidas diferenciadoras de “discriminación” (como hace el Tribunal Supremo estadounidense desde el caso *Bakke*, considerándolas con ello inconstitucionales) no es ajena a las continuas apariciones en los *media* de opiniones enmarcadas en la frase “¿Qué hay de positivo en discriminar?” para condenar, claro está, las medidas diferenciadoras. Tampoco considero ajeno al asunto que el libro del profesor estadounidense Thomas Sowell (de ideología conservadora y contrario a las medidas diferenciadoras de acción afirmativa o positiva) *Affirmative Action Around the World* haya sido editado en castellano por la Fundación FAES con el título *La discriminación positiva en el mundo* (Gota a gota, Madrid, 2006). Y eso sin entrar en el despropósito de esa nueva manera de expresión derivada de la propuesta de mantener ambos significados (diferenciación-diferenciación injusta), cada vez más utilizada, según la cual cabría hablar de una “discriminación negativa” frente a una “discriminación positiva” (de la que se ha hecho eco en seguida, por ejemplo, el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, p. 21). Me permito citar por último un documento todavía reciente cuando se escriben estas líneas (pues es de marzo de 2007) editado por la Comisión europea (*L'égalité des droits dans la pratique. Le rôle de l'action positive*, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Unité G.4), donde en su primera parte, la introductoria (a cargo de Mark Bell), bajo el título “L'action positive-présentation du concept”, con el fin de “clarificar” la distinción entre “acción positiva” y “discriminación positiva” se dice expresamente que el término ‘acción positiva’ está reservado a las “medidas lícitas”, mientras que “las medidas que van más lejos” (está claro, pues, que se refiere a las *ilícitas*) son calificadas de medidas de ‘discriminación positiva’ (o a la inversa) (p. 6 del documento).

Resumidamente, lo que sostengo es que, para Ruiz Miguel (o para otros y otras), la utilización o no de la palabra discriminación para hacer referencia a las medidas diferenciadoras de acción afirmativa o positiva (cuotas, asignación de puntos, etc.) puede tratarse de una mera cuestión terminológica porque se ve desde el punto de vista individual (de lo que significa para quien lo utiliza), pero me parece pecar de ingenuidad trasladar esa postura al panorama que presenta el uso de esa expresión en la cultura jurídica. En este sentido, ni a mí, ni a quien como yo defiende la legitimidad (otra cosa es la oportunidad) de las medidas diferenciadoras desde una perspectiva de justicia social intergrupal, nos preocupa que Ruiz Miguel utilice *personalmente* la palabra discriminación indistintamente, como no nos preocupa que emplee *personalmente* la expresión “discriminación positiva”, por ejemplo, Blanca Rodríguez Ruiz (2002), lo que nos preocupa es la utilización de la palabra discriminación por la cultura jurídica hegemónica para designar

ción del concepto de discriminación indirecta por parte del Tribunal Supremo estadounidense sin esa política de acción afirmativa (originada, obviamente, por la presión social), teniendo en cuenta que, para conceptualizar la llamada discriminación indirecta, se han de abandonar dos baluartes del concepto tradicional de discriminación (directa): el elemento intencional²⁴ y el *tertium comparationis* (concebido al menos en términos individuales)²⁵.

Obviamente, estos pequeños avances pueden no ser suficientes para eliminar el descrédito que podría merecer el derecho antidiscriminatorio como instrumento de cambio, pero ni el feminismo ni el resto de los movimientos que le dieron origen pueden permitirse desperdiciar su potencial transformador²⁶. De ahí las propuestas que se avanzan en este trabajo. A tenor de las mismas, la reivindicación del movimiento antirracista y feminista será la misma: el necesario cambio en las estructuras de detentación y distribución del poder intergrupal en la sociedad, en las que el derecho se concibe, simultáneamente, como objeto del cambio y como motor del mismo. Los presupuestos, sin embargo, serán distintos, en tanto no presenta las mismas características la discriminación racial (más en concreto, la de la población negra) que la discriminación por sexo-género (de las mujeres). A los efectos que aquí interesan, basta con destacar que la que sufren las mujeres por su sexo-género es universal y acumulati-

(como si no connotara) cuando, a la postre, este “como si no” sirve para reforzar planteamientos que defienden visiones conservadoras del derecho (desde aquí injustas, claro). Y, en ese sentido, los usos terminológicos personales que coinciden con los de la cultura jurídica dominante, una vez que se hacen públicos, terminan formando parte de la cultura jurídica dominante.

²⁴ Sobre los motivos de la introducción del requisito de la intencionalidad para conceptualizar a la discriminación “directa”, *vid.* Barrère y Morondo (2005, 146-7).

²⁵ Según se admite y difunde tradicionalmente en la cultura jurídica, para poder sustentar una violación del derecho a la igualdad es menester presentar un *término de comparación*, en virtud del cual se pueda concluir que alguien ha sido tratado de manera injusta “en comparación con otro alguien en idéntica situación” (López Guerra *et. al.*: 1994, 165).

²⁶ Y no sólo por evitar el ostracismo, sino también por razones de esperanza fundada, no tanto en el aumento de textos legislativos relativos a la igualdad de mujeres y hombres (que también) cuanto por la creciente producción y visibilización de las voces críticas (que, lamentablemente, aquí resulta imposible detallar).

va a la producida por *todo* el resto de los factores de discriminación (de ahí que en los Estados Unidos las mujeres negras sean objeto de la doble discriminación de la que no pueden hacer gala los hombres negros)²⁷. Por otro lado, aun siendo obvia la influencia de la realidad social y jurídica estadounidense en Europa, parece claro que la acción afirmativa o positiva entendida como política de intervención

²⁷ O, yendo más lejos, las mujeres negras lesbianas musulmanas, etc. respecto de los hombres negros homosexuales musulmanes, etc. Esta idea ha sido magníficamente recogida, desde la militancia, por Alda Facio (1993, 17): “La historia de las luchas de liberación de muchos grupos oprimidos por su etnia, su religión, su ubicación geográfica [...] nos demuestra que partir de la eliminación de la discriminación contra esos grupos, es partir de la eliminación de la discriminación que sufren los hombres de esos grupos. Es decir, debido a que los hombres se perciben y son percibidos como el modelo de lo humano, también los hombres de los grupos marginados se perciben y son percibidos como el modelo de ser humano oprimido. Así, el negro se considera y es considerado el modelo de ser humano oprimido por su raza y, por ende, percibe la eliminación del racismo como la eliminación del racismo que vive *él*, no la versión que vive *ella*. Es así que si luchamos por la eliminación del racismo, o contra la opresión de clase o la discriminación de las personas con alguna discapacidad o la homofobia, la experiencia nos ha demostrado que nuestra participación en esas luchas no nos garantiza que estaríamos eliminando a su vez el sexismo que sufren también las mujeres pertenecientes a etnias discriminadas, clases pobres, lesbianas, etc.”. Más recientemente, esta idea fundamental del feminismo ha sido plasmada en nuestro entorno por Rosa Cobo (2002,40): “Hay un debate abierto en el seno del feminismo y de las ciencias sociales en general acerca de si las mujeres constituyen una categoría social como lo constituyen, por ejemplo, la etnia, la raza o la clase. La pregunta recurrente es si las mujeres forman una comunidad. Para ir despejando dudas, hay que comenzar por señalar que las mujeres no son una minoría en un sentido numérico —sí en un sentido sociológico: grupo de individuos, independientemente de su número, que posee menos poder y menos recursos que la sociedad en general y que se hallan en una situación de subordinación social—, ni tampoco constituyen una cultura en sentido estricto. Las mujeres son la mitad de cada categoría social, de cada movimiento social o de cada sociedad (...). Por todo ello, puede decirse que las mujeres forman un colectivo cualitativa y cuantitativamente distinto a los ya nombrados. Su singularidad está relacionada con su presencia en todos los grupos sociales. (...) Las mujeres constituyen un colectivo marginado y subordinado en todas y cada una de las sociedades existentes. Su pertenencia, sea voluntaria o asignada, a grupos que ostentan una posición dominante en la sociedad no las exime de la subordinación a los varones en el seno del grupo. Este hecho, la discriminación de género, constituye el fundamento de su identidad como colectivo”.

estatal, está mejor planteada, desde una perspectiva feminista de “amplio espectro” a este lado del Atlántico²⁸.

2. LA DISCRIMINACIÓN COMO MOTOR DEL CAMBIO

La idea fundamental del planteamiento que aquí se defiende tiene que ver con el potencial del concepto de discriminación frente al de igualdad como motor del cambio jurídico. Ciertamente, hoy por hoy, no parece posible formular planteamientos de justicia social sin invocar la igualdad y, por tanto, tampoco puede prescindirse de ese término cuando se intenta que dichos planteamientos tengan eco en el derecho. Sin embargo, se puede (y se debe) modificar el tratamiento que ha recibido ese término en la cultura jurídica tradicional si lo que se pretende es responder a la problemática intergrupala en general, y de las mujeres en particular.

A este respecto, no es ninguna novedad que, para la cultura jurídica liberal (todavía hoy hegemónica), la teorización del derecho está presidida por la idea de igualdad “de todos”. Se quiere dotar del mismo *status* jurídico a las personas, puesto que ya, desmantelado el Antiguo Régimen, no puede haber grupos subordinados. No importa que esa igualdad política esté basada en un falso universalismo²⁹. La idea que ha de cobrar forma es la de que todas las personas tienen el

mismo *status* jurídico (de ahí que sean iguales por y para el derecho), y esa idea se preserva no haciendo diferencias o distinciones entre personas; en las leyes, primero, y, luego, también en su aplicación. Unas leyes que no diferencian, y una aplicación de las mismas sin diferencias de trato entre las personas, consagran pues el ideal liberal de la justicia como igualdad. No se requiere mayor intervención del Estado que, además, de este modo, se presume que actúa neutralmente. Los individuos ya tienen reconocidos sus derechos iguales, luego ahora sólo se trata de intermediar para que el ejercicio abusivo (pero individualizado) de unos no interfiera en los derechos (pero individuales) de otros. En la época del constitucionalismo, esta visión de igualdad tendrá una traducción clara: en la cultura jurídica, las leyes indiferenciadoras se presumen constitucionales; las otras, no (lo que quiere decir que habrá que demostrar su constitucionalidad). En resumen, la idea de justicia se traduce en igualdad de *status* jurídico individual (pues sólo se contempla la posibilidad de un grupo social), ésta en igualdad formal (indiferenciación en la ley y relación de similitud también presidida por la indiferenciación formal en su aplicación) y, para su preservación, la neutralidad estatal.

Sin embargo, frente a esta idea de la justicia como igualdad individual, indiferenciadora y preservada por la neutralidad estatal, los “grupos” se rebelan, y no sólo debido a las estructuras económicas de subordinación. Las protestas sociales obligan a un cambio de paradigma jurídico³⁰ y, en el ámbito de este cambio, cabría insertar al derecho antidiscriminatorio y al potencial crítico del concepto de discriminación intergrupala. Así, la idea de igualdad a la que se acaba de hacer mención presidiría el modelo del “derecho privado clásico”; un modelo que, entre otras muchas características, partiría de una idea de la sociedad en equilibrio o, en situación de estabilidad y que limitaría las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas. Como correctivo de este modelo estaría el modelo del “derecho social”, presidido, por ejemplo (y al contrario que el anterior), por la consideración de la sociedad en conflicto permanente y por una multiplicación de las funciones asignadas al Estado, que, por fin, se tendría que fijar en los grupos sociales postergados.

Partiendo de este último modelo, el cambio socio-jurídico en aras de una mayor justicia social intergrupala puede activarse desde la

²⁸ La acción positiva como política en Europa se está plasmando en las “políticas de igualdad de mujeres y hombres” “políticas de género” o “políticas de igualdad de oportunidades”, vinculadas a los denominados durante mucho tiempo “planes de acción positiva” (precisamente por el papel activo o interventor asumido por el Estado). Una diferencia sustancial (y a valorar) respecto de la política de acción positiva en Estados Unidos estaría en que, frente a la centralidad que adquiere allí el área del empleo en la política de acción afirmativa, en Europa y en nuestro ámbito más cercano (así, el autonómico), las políticas de igualdad (como los mencionados planes de acción positiva) abarcan las distintas áreas o frentes de discriminación de las mujeres (pienso concretamente en la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de la Comunidad Autónoma Vasca, precedida de tres “planes de acción positiva para las mujeres”).

²⁹ Que la abstracción “individuo” o “sujeto” en el derecho está edificada y desarrollada siguiendo un modelo *concreto* (varón, blanco, propietario...) ad-quiere ya casi rango de *communis opinio* en la cultura jurídica.

³⁰ Vid. sobre esto Abramovich y Courtis, (2002, 50 ss.).



idea de igualdad o desde la idea de discriminación. Optando por la primera se ha ido desarrollando desde hace varias décadas un gran filón de crítica al planteamiento liberal e individualista del derecho, que se plasma en la defensa de los derechos sociales (en su exigibilidad y garantía jurídicas)³¹ y que se articula en versiones modernas y sugerentes del principio de igualdad jurídica³². Aquí, por el contrario, sin desmerecer esa vía (e incluso puede que para mejor rentabilizarla), pero con el fin de afrontar más específicamente la problemática intergrupala no reductible a lo económico, se plantea partir del concepto de discriminación intergrupala³³.

La idea fundamental subyacente al concepto de discriminación intergrupala es romper con el presupuesto según el cual, para el derecho, no hay discriminación mientras no exista conducta imputable individualizadamente³⁴. Frente a este presupuesto, aquí se postula el reconocimiento por parte del derecho de que la ruptura de la igualdad intergrupala existe, en cuanto es detectable empíricamente a través de los oportunos análisis sociológicos. La segunda idea tiene que ver con la responsabilidad del derecho, en el sentido de que, si la discriminación intergrupala existe, no hay respecto de la misma comportamientos “inocentes” o neutrales del derecho. Esta idea tendría una consecuencia clara: el deber del derecho y la cultura jurídica de establecer mecanismos e instrumentos para identificar y eliminar tratos o conductas discriminatorias, tanto a nivel técnico³⁵ como político³⁶.

³¹ El mismo libro de Abramovich y Courtis, los trabajos de Añón Roig (por todos, 2001) o el más reciente de Pisarello (2007) son buenos y cercanos ejemplos de esta línea crítica, sobre cuyo auge da también buena cuenta la bibliografía recogida en el volumen coordinado por Añón Roig y García Añón (2004, 282-3).

³² Como el de Ferrajoli (1982).

³³ Y, por tanto, no del concepto de discriminación entendido como ruptura individualizada de la igualdad de trato formal (simétrica o indiferenciadora) que resultaría sólo el *epifenómeno* de la anterior (Barrère: 2001).

³⁴ Como ocurre, por ejemplo, en los casos tipificados como discriminación directa o indirecta (v.g. el despido de una mujer embarazada o el pago menor de la hora a tiempo parcial que la hora a tiempo completo en una determinada empresa).

³⁵ Por ejemplo, a la hora de elaborar leyes o procedimientos de prueba.

³⁶ Por ejemplo, rompiendo con la separación entre lo público y lo privado (o doméstico), como auténtico acto constitutivo de la discriminación intergrupala

Por ello se elige como punto de partida la *discriminación*, no sólo frente a la igualdad, sino también frente a la *desigualdad*. Es cierto que ambos conceptos poseen la connotación negativa de lo injusto, pero en el lenguaje jurídico-político moderno, la denotación del concepto de discriminación está asociada a tres ideas (conducta imputable, prejuicio grupal y relaciones de dominio-subordinación no reductibles a lo económico), que no tiene (o que no está tan clara) en el caso del concepto de desigualdad³⁷. De ahí que se prefiera hablar también de “*discriminación estructural*” frente a “*desigualdad estructural*”³⁸. En ambos casos, la utilización de la palabra “estructural” indicaría que no se trata de algo identificable individualizadamente³⁹, además de su carácter sistemático y al margen de la intencionalidad⁴⁰; sin embargo, la expresión desigualdad estructural, a diferencia de la de discriminación estructural, evoca una visión estática e inerte de la realidad social (parece que son “las estructuras” las que desigualan). Se trataría, por así decir, de una expresión cuyo significado se asocia a una realidad “paciente”, frente al de discriminación, que evoca una conducta, algo “agente”, además de especialmente grave⁴¹, y, por ello, necesitado de (re)acción. En definitiva, cuando se usa la expresión “discriminación estructural” se enfatiza la idea del prejuicio y la imputabilidad (el deber de identificar conductas discriminatorias —no sólo a instancia de parte— y de actuar en consecuencia).

El concepto de discriminación intergrupala se presenta, en definitiva, como un concepto dinámico, que implica un deber del Estado y la cultura jurídica a un doble nivel: 1) de reconocimiento de su papel en la producción y reproducción de la discriminación intergrupala;

por sexo-género denunciada por el feminismo.

³⁷ Subordinación y conducta derivada del prejuicio intergrupala son elementos presentes, sin ir mas lejos, en el concepto de discriminación de Bobbio (1997, 163).

³⁸ A diferencia de Torbisco (2006), en la línea de Iris Marion Young o de Roberto Saba.

³⁹ Así, por ejemplo, Frazer y Lacey (1993, 82).

⁴⁰ Así, por ejemplo, Young (1990, 40), para quien subrayar el carácter estructural significa principalmente dos cosas: 1) que la opresión (pues ella habla en términos de opresión o dominación) se reproduce sistemáticamente en las principales instituciones económicas, políticas y culturales; y 2) que no es necesario identificar un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que salga beneficiado con la opresión del otro.

⁴¹ O, como también se suele decir, “odioso”.

y 2) de intervención en su detección y eliminación, de tal manera que, si no existe una actuación por parte del Estado, éste, en su inactividad, a través de su conducta pasiva, estará discriminando por omisión⁴².

Cuando en los años sesenta del pasado siglo en los Estados Unidos se da inicio a la política de acción afirmativa mencionada anteriormente, aunque sea implícitamente, se está reconociendo esto. Se está admitiendo que el principio de igualdad ante la ley (allí la cláusula de igual protección) es inútil ante determinados fenómenos intergrupales de injusticia social; que un planteamiento en términos de igualdad *de trato* (individualizado), sin resolver el *status* social (intergrupales), no hace más que perpetuar la injusticia social, también en términos distributivos⁴³. Naturalmente, una cosa es reconocer un deber de actuación bajo presión (por ejemplo, de revueltas sociales) y otra cosa es reconocerlo también por convicción (o, en política, por consenso), y esto no es ajeno al nivel de compromiso antidiscriminatorio (en la magnitud de los cambios a plantear)⁴⁴. Lo que en todo caso parece claro es que si las fórmulas jurídicas para el cambio (la *política* de acción afirmativa) se reducen a las medidas diferenciadoras y, además, se plantean como *medidas de excepción* a la igualdad entendida como indiferenciación (que es como se llevaron a cabo en

⁴² Las palabras de Fredman (1997, 579) no pueden resultar a este respecto más clarividentes: “un Gobierno no puede, por definición, ser neutral: una política de no intervención en una sociedad enraizada en la discriminación, a través del mantenimiento del *status quo*, está favoreciendo inevitablemente a los grupos dominantes”.

Para hablar de la discriminación (el trato discriminatorio) “por omisión” parto de Westen (1990, 94), quien define “trato” como la conducta que una persona manifiesta hacia sí misma o hacia otra persona, y “tratar” como manifestar tal conducta, pudiendo ser esta última (la conducta), entre otras caracterizaciones (consciente o inconsciente, buena o mala, etc.), activa o pasiva. No menos interés presentan, por lo demás, a los efectos de una teoría antidiscriminatoria como la que aquí se propugna, sus referencias, no sólo al trato individual, sino también al “trato colectivo” (como el de un gobierno a su pueblo).

⁴³ Incluso desde concepciones liberales de la justicia (Dworkin: 1985, 314) se reconoce que la no intervención estatal basada en la concepción formal (individual y asimétrica) de la justicia tiene efectos distributivos.

⁴⁴ Las vicisitudes de la ERA (*Equal Rights Amendment*) en los Estados Unidos son buen reflejo de ello. *Vid.* al respecto, por ejemplo, Rhode (1989, 63 ss.) o, en clave autobiográfica Friedan (2003, cap. doce, 391 ss.).

Estados Unidos y se siguen llevando a cabo en Europa en el caso del derecho comunitario), el alcance del cambio está destinado, en último término, al fracaso⁴⁵. De ahí que se haga necesario un concepto y, en torno al mismo, una teoría de la discriminación intergrupales que presida la política de acción afirmativa y, a la vez, “refunde” la interpretación y aplicación del principio de igualdad a la manifestación individualizada de la discriminación intergrupales.

3. LA VIOLENCIA COMO DISCRIMINACIÓN

Como se viene señalando, aquí se parte de un planteamiento feminista. En lo que ahora respecta, esto supone reconocer que la discriminación intergrupales no tiene el mismo alcance “estructurante” (ni cualitativa ni cuantitativamente) en las relaciones intergrupales, en la medida en que han sido y siguen siendo las mujeres (respecto de los hombres) quienes, sin ser ninguna minoría (numéricamente hablando), han estado y siguen estando sujetas a la discriminación intergrupales de mayor calado social (empleo, familia, violencia masculina, sexualidad, educación, cultura, estado)⁴⁶. Por eso precisamente la reducción de la actuación interventora del Estado en materia antidiscriminatoria a las medidas de integración laboral y cuotas de representación política puede resultar en este caso incluso dañina, además de por su tratamiento como *excepción* a la igualdad de trato indiferenciadora⁴⁷, por fraccionar un fenómeno multifacético

⁴⁵ Como tal juzgo los avatares a los que están sujetas las medidas de acción positiva diferenciadoras tendentes a equilibrar porcentajes de mujeres y minorías.

⁴⁶ Como es sabido, en el pensamiento feminista la referencia al patriarcado adquiere la condición de filtro lector de la subordinación de las mujeres en distintos ámbitos de lo social, constituyendo una de las mayores virtualidades de dicha referencia la idea de que requiere una respuesta en todos y cada uno de los mencionados ámbitos de subordinación. Por mencionar una referencia entre tantas, *vid.* Walby (1990), quien relaciona el análisis de estructuras patriarcales de dominación referidas a los ámbitos citados en Gran Bretaña.

⁴⁷ Que hace que su interpretación jurisprudencial se plantee siempre en términos restrictivos. Baste mencionar al respecto la jurisprudencia del TJCE en materia de acción positiva diferenciadora: sentencias Kalanke (1995), Marschall (1997), Badeck (2000), Abrahamsson (2000) y Lommers (2002).

que, como tal, merece ser diseñado bajo un mismo paraguas teórico de amplio espectro. Dicho brevemente, el derecho antidiscriminatorio exige un planteamiento jurídico global (no parcelado) y coherente sobre la discriminación (en nuestro caso) de las mujeres en los distintos ámbitos de su manifestación, informado por la teoría y la práctica feministas.

De hecho, el feminismo que ha participado en la producción legislativa a escala internacional ha batallado mucho por vincular la violencia contra las mujeres a la discriminación intergrupala (entendida ésta como fenómeno incardinado en las relaciones de poder), pero la consideración de la violencia contra las mujeres como discriminación no ha sido, ni mucho menos, una cuestión pacífica en la cultura jurídica hegemónica. Es más, la violencia no aparece (mejor, no se le deja aparecer) vinculada a la discriminación ni tan siquiera en el texto internacional de mayor relevancia antidiscriminatoria relativo a las mujeres, como es la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (de 1979)⁴⁸. Por el contrario, tal reconocimiento es bastante más cercano en el tiempo, ya que será producto de la labor llevada a cabo por el activismo iusfeminista en las últimas décadas, encontrando por fin plasmación explícita (en 1992), en la *Recomendación General n.º 19* del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que comienza precisamente con ese reconocimiento: “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”⁴⁹.

Luego, en la Declaración y Programa de Acción surgidos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, también se habla de la violencia contra la mujer en términos de discriminación. Concretamente, entre las decisiones tomadas en Viena, se pide a la Asamblea General de la ONU que apruebe el

⁴⁸ Texto ratificado por España en 1983, y donde se define la “discriminación” (contra la mujer) como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo...” (art. 1).

⁴⁹ La Recomendación (perteneciente al 11º período de sesiones) no es, sin embargo, un texto vinculante. Por lo demás, merece la pena subrayar en la línea de lo aquí planteado que, tal y como está redactado este párrafo, es la propia violencia la que se vincula a la discriminación, resultando el desigual goce de derechos y libertades una *consecuencia* de la misma (que, además, será tratada por el derecho individualizadamente).

Proyecto de Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, lo que efectivamente ocurre con la Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993. En este documento, de nuevo, las expresiones discriminación y violencia contra la mujer aparecen juntas, reconociéndose, entre otras cosas, que “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.

Este párrafo, recogido posteriormente en la propia Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (párrafo 6º)⁵⁰, sienta a mi juicio las bases de una necesaria reflexión iusteórica y feminista sobre la violencia contra las mujeres como discriminación. Así, por un lado, tiene un alto contenido político, en tanto vincula la violencia contra las mujeres con las relaciones de poder o dominio-subordinación; pero, por otro, la discriminación se relaciona confusamente con la dominación y la subordinación (pues señala que conduce a la mujer a la dominación y a la discriminación en su contra). Resumiendo, aún siendo un texto políticamente claro, resulta conceptualmente confuso⁵¹.

Una propuesta dirigida a conservar la carga política sin renunciar a la conceptual podría ser la siguiente: destacar que la violencia contra las mujeres constituye un *acto de dominio* (protagonizado por

⁵⁰ Texto de nuevo no vinculante y en el que, además, lo recogido en el párrafo no tiene reflejo en la parte dispositiva, donde se define la “violencia contra la mujer” como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

⁵¹ Algo parecido cabría decir respecto del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género donde se dice que “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...”

hombres) que produce una *situación de subordinación* (de las mujeres). Sin embargo, un planteamiento de este tipo sería, desde un punto de vista iusfeminista, ingenuamente desjurificador. Sería, por así decir, el planteamiento más cómodo para una cultura jurídica inmovilista (dominante) en orden a tratar el problema. No es un secreto, a este respecto, que los planteamientos en términos de dominio-subordinación resultan ajenos e incómodos a la cultura jurídica⁵². Se admite y se utiliza en ciertas disciplinas que repasan la historia del absolutismo, la tiranía o la conquista, pero nada más o, por lo menos, nada más cercano en el tiempo. Tras las teorías contractualistas y de la democracia y ciudadanía, ya no hay sitio para el dominio y la subordinación en el derecho y la cultura jurídica⁵³.

Nos encontramos así con que, aunque sea a duras penas, la vinculación de la violencia con las relaciones de dominio-subordinación se recoge en textos internacionales (aunque sean no vinculantes), pero luego, esta vinculación es difícil de tramitar jurídicamente. Bueno, a decir verdad, se tramita, pero se tramita individualizadamente, es decir, haciendo ver algo que resulta bastante obvio, como es el que, en virtud de la violencia masculina, las mujeres no pueden disfrutar de los derechos *individuales* (integridad física, tortura...) en igualdad respecto de los hombres. Pero esto, además de despolitizar el problema, no sirve para afrontarlo. Es decir, el problema de las relaciones de dominio-subordinación se reconduce al disfrute de los derechos individuales (a la ruptura de la igualdad en relación a su disfrute), pero la *consecuencia* de algo (analizada, además, individualizadamente) no es lo mismo que ese *algo*.

Desde el planteamiento que proponemos aquí, en cambio, los actos de violencia contra las mujeres constituyen discriminación en tanto representan la manifestación de la ruptura de la regla de igualdad intergrupal en una sociedad de la que el derecho forma parte substancial. De ahí, pues, la necesidad de introducir en el derecho y la cultura jurídica el concepto de discriminación intergrupal. Por una parte, para explicar en qué sentido los actos de violencia contra las mujeres no sólo tienen consecuencias discriminatorias en el disfrute de los derechos individuales, sino que son, en sí mismos, discriminatorios (esto es, expresión del dominio que rompe la regla de igualdad de poder de hombres y mujeres). Por otra, para crear conciencia en la comunidad jurídica de que el derecho no sólo no es ajeno, sino que es partícipe en (y, por tanto, responsable de) esa discriminación.

Lamentablemente, la cultura jurídica se resiste a admitir un planteamiento de este tipo, a pesar de que, simultáneamente, tenga que mostrarse permeable a las contribuciones del movimiento y de la teoría feminista del derecho que han calado en la redacción de los documentos internacionales (de los que, políticamente, se tiene que hacer eco) y haya de recurrir, para introducirlas, a "tecnificaciones" incoherentes con sus propios presupuestos. Para no resultar excesivamente críptica en mis afirmaciones, voy a relatar, por ejemplo, la manera con la que afronta el derecho comunitario la articulación del acoso sexual.

De manera significativa y, en principio, acorde con el planteamiento efectuado aquí, el derecho comunitario ha extendido el empleo del término discriminación hasta designar ciertas manifestaciones de violencia sexista como el acoso y el acoso sexual. La formulación más reciente de esta introducción se contempla en la reciente Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁵⁴, que, tanto por su obligada transposición a la normativa estatal, como por su contenido definitorio y articulador con otros conceptos del derecho antidiscriminatorio, merece una exposición detenida.

⁵² A lo sumo, en la laboralista tiene hueco la subordinación, pero no así el dominio, que es la otra cara de la moneda.

⁵³ Muy lejos se encuentra, en este sentido, el derecho de la sociología, incluso al más alto nivel académico. Se recuerda a este respecto la publicación del eminente sociólogo francés Pierre Bourdieu (Director de la prestigiosa Escuela francesa de los Altos Estudios en Ciencias Sociales), hace menos de una década, de un libro titulado, precisamente, *La domination masculine* (1998), en el que no sólo se da cuenta del concepto de "dominación masculina", sino que, incluso (concretamente en el prólogo a la edición alemana, que se recoge en la traducción castellana), llama a las mujeres a saber "trabajar en inventar e imponer... unas formas de organización y de acción colectivas y unas armas eficaces, simbólicas especialmente, capaces de quebrantar las instituciones, estatales y jurídicas, que contribuyen a eternizar su subordinación" (p. 9).

⁵⁴ DOUE de 26 de julio de 2006.

Lo primero que hace esta Directiva en su parte conceptual es definir binómicamente la discriminación directa y la indirecta. Así, según el tenor del Artículo 2.1 de esta Directiva “se entenderá por: a) ‘discriminación directa’: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable; b) ‘discriminación indirecta’: 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, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pudiera justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”

Ya me he manifestado críticamente sobre la inconsistencia del planteamiento binómico de esta distinción, tanto desde el punto de vista teórico (por tratarse de conceptos heterogéneos) como ideológico (por eclipsar para el derecho las relaciones de poder intergrupales)⁵⁵. La tipificación de la discriminación (directa e indirecta) como una “situación” supone una novedad en relación a textos anteriores⁵⁶, en los que el concepto de discriminación descansaba en el “trato”⁵⁷. En

⁵⁵ Vid. Barrère (2001).

⁵⁶ Novedad relativa en tanto que se inicia en 2002 con la Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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 (Artículo 1.2, que sustituye al Artículo 2 de la Directiva 76/207). Se recoge también esta novedad en la Directiva del Consejo 2004/11/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 (Artículo 2).

⁵⁷ Vid., así: Directiva 97/80/CE del Consejo relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (art. 2.2), donde se define por primera vez la discriminación indirecta; y las Directivas 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Artículo 2.2) y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Artículo 2.2), donde se definen por primera vez conjuntamente en un documento legislativo los conceptos de discriminación directa e indirecta. Concretamente en estas dos Directivas de 2000, cuando se define la discriminación directa se hace referencia al trato: “cuando una

cualquier caso, ahora el interés de la Directiva no radica tanto en el binomio señalado como en la tecnificación jurídica que se produce a continuación, cuando se señala, en el artículo 2.2, que: “el concepto de discriminación incluirá: a) el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo”⁵⁸; tecnificación a la que siguen luego las definiciones de ambos acosos como “situaciones”⁵⁹.

Así, de esto último no queda claro si “los acosos” son un *trato* (discriminatorio) o una *situación* (resultado de lo anterior), pero lo que resulta verdaderamente chocante es la caracterización que se efectúa del acoso como “trato menos favorable” si se sigue el esquema (formal e individualista) de la discriminación, porque ¿dónde está el *tertium comparationis*? ¿Cómo es formulable el acoso teniendo en cuenta el mismo? ¿No resulta un despropósito que una víctima de acoso sexual aduzca como patrón relevante de comparación el de una *persona* que no ha sido acosada? Resumiendo: el iusfeminismo⁶⁰ no tiene ningún problema para conceptualizar al acoso como discriminación, porque parte de un concepto de discriminación en términos de una jerarquización injusta del poder (de dominio-subordinación)

persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga”, mientras para la indirecta se hace referencia a la “disposición, criterio o práctica”.

⁵⁸ La tecnificación de “discriminación” alcanza también a: “b) la orden de discriminar a personas por razón de su sexo; c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”. La asimilación de los dos primeros casos a la discriminación (el acoso y la orden) se había producido ya a partir de las dos Directivas de 2000 mencionadas anteriormente.

⁵⁹ Concretamente, el *acoso* viene definido como “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (Artículo 2.1.c); mientras que por *acoso sexual* se entiende “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (Artículo 2.1.d).

⁶⁰ El aquí practicado y el que está detrás del impulso de los textos internacionales citados.

basado en el sistema sexo-género⁶¹. Pero éste no es el caso del derecho comunitario, que descansa en un concepto formal (bilateral e individualista) de la discriminación. De ahí que para conceptualizar el acoso haya de recurrir a una operación definitoria extensiva. Ahora bien, lo que en principio podría interpretarse como un mero ejercicio (neutro y neutral) de técnica legislativa⁶², se convierte, mediante una definición estipulativa⁶³, en un instrumento más de negación u ocultación de las relaciones intergrupales de dominio-subordinación. De este modo —y aquí queríamos llegar—, ocultándolas, las reproduce y, por tanto, discrimina. Se da entonces la paradoja de que un derecho hipotéticamente *antidiscriminatorio* (formulado neutro o simétricamente), no sólo no resulta tal, sino todo lo contrario.

4. CONCLUSIONES

En la sociedad existen relaciones injustas de poder intergrupales en las que intervienen factores económicos, pero no todos son reducibles a estos. Entre ese tipo de relaciones destacan, por su dimensión temporal y geográfica, así como por su nivel de implicación o afectación (dejemos la intensidad o gravedad), las establecidas por el sistema sexo-género. Las relaciones de poder intergrupales se articulan y estructuran socialmente, siendo el derecho parte de esa articulación y estructuración social. Pero, por lo mismo que el derecho es un instrumento de consolidación de las relaciones de poder, también resulta (o puede resultar) un instrumento de cambio en las mismas.

Para que el derecho resulte un instrumento de cambio en las relaciones de poder son necesarios el movimiento y la presión social de los grupos afectados, pero también de “profesionales” del derecho

⁶¹ Huelga decir que fue MacKinnon quien, en su ensayo *Sexual Harassment of Working Women* (1979), teorizó sobre el acoso sexual en el trabajo en términos estructurales de dominación masculina, criticando con ello al derecho antidiscriminatorio individualista o liberal que utilizaría la óptica de las “diferencias” frente a la de la “desigualdad” propuesta por ella.

⁶² Convirtiendo a “discriminación” en una especie de término técnico-jurídico.

⁶³ Es decir, modificando el significado que tiene el término discriminación en la cultura jurídica dominante.

que participen del ideal de justicia que está detrás del movimiento y que contribuya a canalizar o dar “forma jurídica” a las demandas de los grupos que se sienten injustamente tratados.

La presión de los movimientos antirracista y feminista incidió en el derecho y la cultura jurídica estadounidenses dando origen a un derecho antidiscriminatorio que se fue extendiendo también en Europa. El legado más importante del derecho antidiscriminatorio es el de su justificación, esto es, el reconocimiento por parte de las más altas instancias políticas de un problema de discriminación intergrupales y la necesidad de actuar o intervenir jurídicamente sobre el mismo (esto es, la necesidad de una política de acción positiva). También han sido relevantes algunos de sus instrumentos (como las medidas de acción positiva y el concepto de discriminación indirecta), pero, no cabe duda de las limitaciones de su alcance. Buena parte de las resistencias a un derecho contra la discriminación intergrupales se encuentra en la falta de voluntad política y de conciencia social en el ideal de justicia defendido por los movimientos sociales, pero no es menor la importancia de una cultura jurídica eminentemente conservacionista y resistente al cambio.

Esta resistencia se manifiesta, fundamentalmente, en la teorización de la igualdad y en los instrumentos erigidos en su salvaguarda. Individualismo, formalismo y neutralidad estatal han sido a este respecto los cánones de la justicia igualitaria que han calado en la cultura jurídica, convirtiéndose estos en el caballo de batalla de las corrientes críticas entre las que se encuentra el iusfeminismo. Inscrita en éste se encuentra la propuesta aquí planteada. La parte fundamental de la misma se refiere a la introducción —provisionalmente, sólo— en la cultura jurídica de un principio antidiscriminatorio que parta del reconocimiento de la intervención del derecho (y, por tanto, de la propia cultura jurídica) en la producción y reproducción de la discriminación intergrupales. No se trata sólo de reconocer que en la sociedad hay grupos discriminados y que el derecho debe intervenir sobre la discriminación (ajena al mismo), sino también de admitir que no hay derecho socialmente neutro ni neutral y que, por tanto, si hay discriminación, es porque el derecho también discrimina, bien por acción o bien por omisión.

La segunda parte de la propuesta tiene que ver con el objeto del principio, que no se refiere únicamente a la discriminación entendida como *situación* sino también a lo discriminatorio, es decir, al

trato que la produce, que, aunque a veces se manifieste individualizadamente, ha de ser interpretado a la luz del *status* intergrupual de subordinación (producto, a su vez, de otros tratos discriminatorios).

Por último, con la tercera parte de la propuesta se justifica la identificación de la violencia de género (y, en particular, del acoso sexual) con la discriminación, pero —en la línea de lo anterior— no entendida como ruptura formal e individualizada de la regla de igualdad de trato, sino como ruptura de la igualdad de *status* intergrupual, poniéndose también de relieve las contradicciones en las que incurre la cultura jurídica dominante para no reconocerla como tal y las estratagemas “técnicas” para ocultarla. Al fin y al cabo, incidir en las contradicciones es también mostrar las debilidades.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ANÓN ROIG, María José (2001): “La contribución de los derechos sociales al vínculo social”, en De Lucas, Javier *et. al. El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 277 y ss.
- con GARCÍA ANÓN, J. (coord.) (2004): *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARRÈRE, M^a Ángeles (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas/Ivap, Madrid.
- (2001): “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 60, pp. 145 y ss.
- (2003): “Feminismo Jurídico” (Portal Iustel).
- (2004): “Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d’uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica”, en *Ragion pratica*, n. 23, pp. 363 y ss.
- (con MORONDO, Dolores) (2005): “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, en BARRÈRE, M. y CAMPOS, A. (coord.) *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: Una relación a debate*, Dykinson, Madrid, pp. 143 y ss.
- BARTLETT, Katharine T. y KENNEDY, Rosanne (eds.) (1991): *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Oxford.

- BELTRÁN, Elena (1999): “Las dificultades de la igualdad y la teoría jurídica contemporánea”, en ORTEGA, M., SÁNCHEZ, C. y VALIENTE, C. (ed.), *Género y ciudadanía. Revisiones desde el ámbito privado*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pp. 93 y ss.
- *et. al.* (2001): *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos* (Beltrán, E. y MAQUIEIRA, V. ed.), Alianza, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1997): *Elogio de la templanza y otros escritos*, Temas de Hoy, Madrid.
- BODELÓN, Encarna (1999): *Igualdad y diferencia en los análisis feministas del derecho* (tesis doctoral inédita), Universidad Autónoma de Barcelona.
- BOURDIEU, Pierre (1998): *La domination masculine*, Éditions du Seuil, Paris (trad. cast. de Joaquín JORDA *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2000).
- CARRERAS, Mercedes (1995): *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares.
- COBO, Rosa (2002): “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, pp. 29 y ss.
- DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- FACIO, Alda (1993): “El Derecho como producto del patriarcado”, en FACIO, A. y CAMACHO, R. (ed.), *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (Una mirada género sensitiva del Derecho)*, Ilanud, San José de Costa Rica, pp. 7 y ss.
- FERRAJOLI, Luigi (1982): “Stato sociale e stato di diritto”, en *Politica del diritto*, 1, 1982, pp. 41 y ss.
- FISS, Owen M. (1977): “Groups and the Equal Protection Clause”, en COHEN, M., NAGEL, T. y SCANLON, T. (eds.) *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, pp. 84 y ss.
- (1993): “Qué es el feminismo”, en *Doxa*, n. 14, pp. 319 y ss.
- FRAZER, Elizabeth y LACEY, Nicola (1993): *The Politics of Community. A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Harvester Wheatsheaf, London.
- FREDMAN, Sandra (1997): “Reversing Discrimination”, *The Law Quarterly Review*, vol. 113, pp. 575 y ss.
- (2002): *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford.
- FRIEDAN, Betty (2003): *Mi vida hasta ahora*, Ed. Cátedra, Madrid.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1992): “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. IX, pp. 13 y ss.
- LACEY, Nicola (1987): “Legislation Against Sex Discrimination: Questions from a Feminist Perspective”, en *Journal of Law and Society*, n. 14, pp. 411 y ss.

- (1998): *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, Oxford.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2003): “¿Qué es la teoría feminista del derecho?”, en *Revista Técnico Laboral*, n^o 96, pp. 241 y ss.
- LÓPEZ GUERRA, Luis *et. al.* (1994): *Derecho constitucional*, Vol. I (2^a ed.), Tirant lo Blanch, Valencia.
- MACCRUDDEN, Christopher (1991) (ed.): *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, Aldershot.
- MACKINNON, Catharine (1979): *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven.
- (1991): “Reflections on Sex Equality Under Law”, en *The Yale Law Journal*, vol. 100, n^o 5, pp. 1281 y ss.
- MARTÍN VIDA, M^a Ángeles (2003): “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 68, pp. 151 y ss.
- MESTRE I MESTRE, Ruth M. (2006): *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*, PUV, València.
- OLSEN, Frances (1995): *Feminist Legal Theory* (ed.), 2 vols. Dartmouth, Aldershot.
- PISARELLO, Gerardo (2007): *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid.
- RHODE, Deborah L. (1989) *Justice and Gender*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda (1987): *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2002): “El poder de la igualdad: discriminación positiva y equilibrio social”, en GARCÍA INDA, A. y LOMBARDO, E., *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Huesca, pp. 183 y ss.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2006): “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, en *Jueces para la democracia*, n^o 55, pp. 35 y ss.
- SHIELL, Timothy C. (1993): *Legal Philosophy. Selected Readings*, Harcourt Brace Jovanovich College Publishers, Orlando.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2004): “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en RIDAURA, J. y AZNAR, M. J. (coord.) *Discriminación versus diferenciación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 365 y ss.
- TORBISCO, Neus (2006): “La institucionalización de la diferencia: Algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia”, ponencia presentada en el Seminario italo-español de teoría del derecho analítica celebrado en Tossa de Mar (Gerona).
- WALBY, Sylvia (1990): *Theorizing Patriarchy*, Blackwell, Oxford.

- WESTEN, Peter (1990): *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton (N.J.).
- YOUNG, Iris Marion (1990): *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton (N.J.).