

¿En qué, por qué y para qué somos diferentes varones y mujeres?

María Elósegui Itxaso. Universidad de Zaragoza

Esta mesa redonda se centraba en la pregunta de si hombres y mujeres somos iguales o diferentes. Mi intervención se centra en analizar el modelo antropológico de igualdad y/o diferencia que está presente en el derecho actual. El derecho suele servir-se de modelos antropológicos, procedentes de la filosofía. Sin embargo, el legislador o los juristas no siempre son tan conscientes de este hecho. La especialidad que intenta trazar un puente entre la filosofía y el derecho es precisamente la filosofía del derecho.

El derecho europeo ha pasado por varias fases a la hora de entender la igualdad jurídica de hombres y mujeres. En el documento de la ONU elaborado en Pekín “Plataforma de Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz de la mujer”, se recoge por primera vez en un texto internacional un término clave para lograr una igualdad adecuada y real entre varón y mujer. Este concepto crucial es el de *corresponsabilidad*. Precisamente en el párrafo 30 del citado documento se establece: “La crianza de los hijos, exige la responsabilidad compartida de progenitores, hombres y mujeres y la sociedad en conjunto. La maternidad, la crianza de los hijos, el cuidado de los hijos y el papel de la mujer en la procreación no deben servir de argumento para la discriminación, ni limitar la participación plena de la mujer en la sociedad”¹.

En esta última década las reivindicaciones de la igualdad han sufrido una enriquecedora evolución; el término “igualdad” no se entiende ya como lo homogéneo, tal y como lo presentó el liberalismo, sino como una igualdad que debe asumir la diferencia, *la différence*. Este nuevo modelo, que reivindica la igualdad en la diversidad, está dejando notar su influencia en la interpretación del principio de igualdad. En este contexto se entiende que igualdad no equivale a identidad con el otro, porque asistimos a la paradoja de que la identidad con uno mismo nos hace diversos con respecto a los demás. Ese presupuesto teórico se aplica tanto a las relaciones entre las distintas culturas, como entre a las relaciones entre los sexos.

1. Tres modelos sobre la relación varón-mujer

Para cumplir con el objetivo de analizar el marco conceptual en el que se mueve el Tribunal Constitucional, es preciso señalar distintas perspectivas teóricas desde las que se han definido las relaciones varón-mujer. Las actuaciones del Tribunal han servido para afianzar algunas de ellas y para rechazar otras al considerarlas no acordes con el principio constitucional de la igualdad². Comenzaremos por tanto por señalar tres

¹ El párrafo 30 del citado documento

² F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid: McGraw-Hill, 1995.

-P. Alcolea Tejedor, *Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980*, Secretaria de la dona, CCOO. País Valencià, Generalitat valenciana, Conselleria de Treball i afers socials, 1994.

-M^a.A. Ballester Pastor, *Diferència y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Generalitat Valenciana, Conselleria de cultura, Tirant lo Blanch, 1994.

posibles modelos desde distintos presupuestos antropológicos. Tomando éstos como referentes, analizaremos a continuación cómo estos modelos han estado presentes en la legislación y jurisprudencia española.

En opinión de Rey Martínez, en relación al TC "se echa de menos el empleo de un marco conceptual más sólido, que permita distinguir la casuística de modo más seguro"³. En efecto, este juicio quedará demostrado en las líneas que siguen. Precisamente en este capítulo se exponen, tras un atento análisis, los modelos que justificarían los criterios que ha utilizado el Tribunal Constitucional al otorgar o denegar la igualdad y la desigualdad, es decir, el reconocimiento de la diferencia, admitiendo en ocasiones un trato desigual. Utilizaremos como referentes los modelos propuestos para juzgar sobre la coherencia o incoherencia de la argumentación expuesta en los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia del TC.

Dicho esto, sintetizaremos los tres posibles modelos que se proponen teóricamente para explicar las relaciones varón-mujer en la actualidad; el primero es el de la dependencia de la mujer con respecto al varón, el segundo el de la independencia absoluta junto al asimilacionismo y el tercero, el de la interdependencia o corresponsabilidad.

a) Modelo 1: Dependencia de la mujer con respecto al varón

El primer modelo consideraba que la mujer dependía del hombre. Este esquema estuvo presente en la legislación española, como es bien sabido, hasta su abolición definitiva en la reciente Constitución de 1978, aunque ya había habido anteriores modificaciones normativas, por ejemplo en el Código Civil. En esta perspectiva se exageraba, si cabe expresarlo así, la diferencia entre los dos sexos, para a continuación entender la diferencia como inferioridad de la mujer con respecto al varón. Las diferencias sexuales determinaban en este caso los papeles culturales, hasta el punto de que se consideraba que las funciones que ambos desarrollaban en la sociedad no eran intercambiables sino que estaban irremediamente unidas a la genética y a la biología.

Ese planteamiento, no sostenible científicamente, se agravaba por el hecho de que las funciones diferenciadas atribuidas a uno y otro sexo no recibían la misma valoración social. Al varón se le asignaban las funciones que determinaban el curso de la sociedad, era así el que ostentaba el poder en el ámbito público. Al hombre le correspondía dentro de lo público, la política, la economía, la producción, el trabajo remunerado; a la mujer, que se desenvolvía en el ámbito privado, se le asignaban las tareas relacionadas con la reproducción, crianza y educación de los hijos y la economía doméstica, infravaloradas socialmente. En resumen, la dependencia de la mujer con respecto al varón iba unida a otros dos presupuestos: una exaltación de las diferencias, negando la igualdad, y una identificación entre sexo biológico y funciones sociales, hoy denominadas funciones de género.

-F. Durán López, *El Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2ª ed, Madrid: MTSS, 1992.

- F. Durán López, "La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976". En *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid: MTSS, 1990.

-T. Pérez del Río, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid: MTSS, 1984.

-M.F. Fernández López, "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia Constitucional". En *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Barcelona: Marcial Pons, 1992.

³ F. Rey Martínez, o.c. p. 12

Este modelo se considera hoy a nivel teórico y jurídico como falso y superado, aunque persiste en la práctica social. "A lo largo de este siglo, desde varios frentes, se ha comenzado a poner en tela de juicio esta necesaria ligazón entre sexo y género. Estudios antropológicos, sociológicos y psicológicos han puesto de manifiesto que estatus, estereotipos, roles e incluso la misma masculinidad y feminidad, se comprenden mejor desde una realidad de género, que goza de mecanismos propios e independientes, que desde la determinación/destino del sexo biológico"⁴.

El siguiente texto expresa de un modo sintético y preciso el rechazo del modelo 1: "En la actualidad estamos asistiendo a una reconceptualización de estos constructos, con el consiguiente cambio denominativo: donde antes se hablaba de estatus, roles, estereotipos sexuales parece más acertado expresarse en términos de estatus, roles y estereotipos de género, dado que son fundamentalmente las sociedades las que determinan el puesto, el papel o la creencia que se deben corresponder con el sujeto humano en función de su sexo biológico. Donde mejor puede verse reflejado este importante cambio es en los estudios recientes sobre la masculinidad y feminidad. Los dos primeros tercios del siglo XX han estado dominados por la idea de que la masculinidad y la feminidad eran los dos polos opuestos de un único continuo, que se correspondía, y por tanto, correlacionaban muy alto con los sexos opuestos. Aquellos eran el correlato psicológico natural de la realidad dimórfica puesta de manifiesto en la biología"⁵.

b) Modelo 2: independencia-equiparación asimilacionista

El segundo modelo surge a raíz de las reivindicaciones de los primeros movimientos feministas de los sesenta. Reclamaban la independencia de la mujer con respecto al varón, entendiendo ahora su situación como la de igualdad sin diferencia. Ser iguales significaba ocupar los lugares que en el mundo público sólo habían pertenecido a los hombres, es decir suplantales adoptando sus maneras, imitando los modos masculinos (como se apreciaba incluso en la moda unisex). Se produce así una paradoja; la mujer imita al hombre, queriendo a su vez liberarse de lo femenino. Con ese fin huye del mundo privado porque considera que este es la causa de su esclavitud. Pone las esperanzas de su liberación en su incorporación al mundo laboral, al mercado de trabajo. Intenta además hacer oír su voz en la sociedad, una voz anteriormente sumergida y oculta⁶. Esto se trasluce en varios logros, especialmente en la legislación. Se alcanza, después de un prolongado periodo de reivindicaciones, la igualdad formal en el ámbito jurídico. Junto a esta indudable ventaja va entreviéndose un inconveniente. Como se ha dicho, se había establecido una contraposición entre mundo público y mundo privado, como si fueran algo incompatible; la presencia de la mujer en una de estas esferas exigía la renuncia a estar presente en el otro ámbito.

⁴ J. Fernández, "Clarificación terminológica; el sexo, el género y sus derivados", Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación facultad de Psicología, Campus de Somosaguas. Universidad Complutense, *Investigaciones psicológicas*, n° 9, 1991.

También J. Fernández, "Introducción: La doble realidad del sexo y del género", en *Investigaciones psicológicas*. n° 9, 1991.

F. Birulés, C. Amorós y otras. *Filosofía y género. Identidades femeninas*, Navarra: Ed. Pamiela, 1992.

C. Gilligan, *In a Different Voice*, Cambridge: Harvard University Press, 1982.

⁵ J. Fernández, "Clarificación terminológica; el sexo, el género y sus derivados". p. 25.

⁶ C. Gilligan, *In a Different Voice*, o.c.

Así, ese primer feminismo planteó la incorporación de la mujer a la esfera pública en términos de liberación del ámbito privado. En concreto la mujer se debía liberar de su maternidad, ese era el precio exigido, había que liberarse de la biología, lo cual significaba o equivalía a liberarse de la maternidad. Este objetivo perseguía una doble finalidad: la posibilidad de ser competentes en el mundo profesional y la liberación de la subordinación implícita en las relaciones con los varones, por tanto había que liberarse también de los hombres. Por eso, parte de estas reivindicaciones se plantean contra los varones, ellos son el enemigo. De manera que se tiende a crear ámbitos de mujeres separados de los varones⁷.

La igualdad se entiende en términos de una equiparación varón-mujer en términos asimilacionistas. La mujer puede identificarse con el varón porque se considera que no existe nada previamente dado en su identidad, no hay ninguna diferencia entre varón y mujer, ni siquiera biológica. Se defiende una identidad en las funciones sociales, todas son absolutamente intercambiables, porque hombre y mujer son idénticos. La consecuencia es que la legislación no debe hacer ninguna distinción basada en la diferencia sexual, ya que se parte de que ésta no existe⁸. La igualdad significa en este caso homogeneidad. El resultado es que en realidad las mujeres no alcanzaron su identidad sino que se asimilaron a un modelo masculino, que era inicialmente su blanco de críticas, cayendo en un círculo vicioso⁹.

c) Modelo 3: Interdependencia-Corresponsabilidad

El tercer modelo propugna la interdependencia entre los distintos sexos; *una igualdad en la diferencia*. Reivindica que los dos sexos deben estar simultáneamente presentes en el mundo de lo privado y de lo público. A la vez que reclama más presencia de la mujer en la vida pública, considera igualmente necesaria una mayor presencia del varón en los asuntos domésticos y en el mundo de la educación de los hijos. También el

⁷ C. Sáez Lara, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid, Consejo económico y social, 1994. Citado por C. Sáez Lara en la p. 22, nota 3. H.H. Kay, "Models of Equality", *University of Illinois Law Review*, 1/1985, p. 72, nota 241, donde cita estudios producidos en las alas más radicales del feminismo que señalan el deseo de un 'espacio para las mujeres', libre de la influencia masculina y en el que se pueda crear una cultura de la mujer. Deseo de separación que no es privativo de las mujeres.

C.A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1991.

L. Navarro Elola & A.C. Pastor Tejador y E. Barbi Ayúcar & A. Díaz Calvo, *Tecnología, Empleo y Mujer*, Zaragoza, Ed. El Gobierno de Aragón junto con el Instituto Aragonés de la Mujer (IAM), Julio de 1994. Departamento de Economía y Dirección de Empresas, Centro Politécnico Superior de Ingenieros. Universidad de Zaragoza.

R. Pastor Carballo & I. Martínez-Benlloch & E. Barbera Heredia & D. Castaño Linares, *Perspectivas actuales en la investigación psicológica sobre el sistema de género*, Valencia: Ed. Nau Llibres, 1988.

J. Schor, Juliet. *La excesiva jornada laboral en Estados Unidos. La inesperada disminución del tiempo de ocio*, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Informes y estudios, 1994, Original *The Overworked american. Unexpected decline of leisure*, Ed. Basic Books, 1986. Traducción Elvira Cortés Pinzano.

⁸ C. Sáez Lara, p. 23. La visión igualitarista o asimilacionista no da relevancia a las diferencias sexuales.

⁹ Aunque no es el momento de analizar ese problema, basta dejar indicado que la palabra *género* designa las funciones culturales asignadas a los sexos, que son por tanto variables a lo largo de la historia. La polémica se centra en que algunos grupos feministas se sirven de ese término para afirmar que lo cultural no tiene ninguna correspondencia con lo biológico y que por tanto es posible hablar de cuatro géneros, masculino, femenino, andrógino e indiferenciado. Utilizar una perspectiva de *género*, no implica necesariamente la aceptación de este último planteamiento, ya que desde otra visión antropológica se mantiene que aunque no hay una correspondencia absoluta entre lo dado (biológico) y lo construido (lo cultural), hay funciones cambiantes y otras unidas inexorablemente a lo biológico. Con otras palabras, hay funciones que pueden ser desarrolladas tanto por hombres como por mujeres, pero no hay personas neutras, ya que la persona es un ser sexuado.

varón tiene derecho a asumir unas tareas antes reservadas a las mujeres. Esta revolución social necesita un respaldo jurídico porque implica una revolución copernicana en las estructuras sociales. El principio de igualdad desde esta perspectiva requiere analizar en conjunto la relación entre los sexos. Es más añade una nota muy positiva porque se dirige a que exista una interrelación de tareas en los dos ámbitos: paternidad-maternidad de la mano en el ámbito privado y cooperación creativa hombre-mujer en el mercado laboral. Como veremos, esto tendrá sus consecuencias a nivel legislativo. En el II plan de Acción Positiva del Gobierno Vasco se afirma: "La participación laboral de las mujeres y la participación doméstica de los hombres, es decir, el reparto de responsabilidades sociales y económicas en la población adulta, es un requisito básico para el progreso"¹⁰.

En esta mutua cooperación hay que distinguir en ambos ámbitos funciones intercambiables, es decir que pueden ser realizadas indistintamente por personas de ambos sexos y que dependen sólo del aprendizaje, frente a otras funciones o roles que están conectadas a una diferenciación biológica y que no son transferibles al otro sexo. Si los sexos son necesariamente varón o mujer, las funciones atribuidas culturalmente a cada sexo pueden ser en algunos aspectos intercambiables. Aunque el género en alguna de sus dimensiones se fundamenta en el sexo biológico¹¹, otras muchas de las funciones o del reparto de las tareas consideradas en una época u otra propio de lo femenino o de lo masculino son algo absolutamente aleatorio e intercambiable y que no tienen ninguna base biológica. Dependen en este caso de los estereotipos formados por el grupo social, por las costumbres o por la educación. Por otra parte, según este modelo, como se acaba de indicar, no todo es absolutamente cultural. Si este modelo reconoce la no identidad entre sexo y género (contra el modelo 1), añade también como necesario el reconocimiento de que no todos los estereotipos sociales atribuidos a los dos sexos son siempre indiferentes sino que algunos de ellos tienen una mayor raigambre o base biológica, de manera que no son una mera construcción cultural cambiante sino que están inexorablemente unidos a la diferenciación sexual; así no es lo mismo ser padre que madre a la hora de educar a los hijos. Los dos papeles son insustituibles, complementarios y no intercambiables. Por tanto, tan perjudicial sería la desaparición de la figura de la madre como la carencia de la figura del padre¹².

En el actual desarrollo de la antropología cultural y de la psicología, esta perspectiva contribuye a una descripción adecuada de la realidad del hombre y de la mujer y, es más, de su ineludible corresponsabilidad, utilizando el término acuñado en el documento de la ONU elaborado en Pekín.

¹⁰ *Emakunde* nº 21, p. 18. Instituto Vasco de la Mujer. II plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi, II PAPME. IV Programa de Acción Comunitaria para la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, de 1995-2000.

¹¹ W. Byne, "¿Una determinación biológica? Aún cuando los rasgos genéticos y neuroanatómicos guardaran cierta correspondencia con la orientación sexual de los individuos, no está en absoluto probada la relación de causalidad entre aquéllos y ésta", *Investigación y Ciencia*, Julio, (1994), pp. 13-19.

Ch. Gorman, "Sizing Up The Sexes", *Time*, January nº 20, (1992), pp. 36-43.

D. Kimura, "Cerebro de mujer y cerebro de varón", *Investigación y Ciencia*, noviembre, 1992.

¹² D. Blankenhorn, *Fatherless America*, Nueva York, Basic Books, 1995. Reivindica atribuir al padre una función mayor que la de aportar unos ingresos económicos a la familia y su papel irremplazable como educador y guía de hijos. Frente a los derechos de los adultos, cada hijo tiene derecho a su padre.

E. Sullerot, *Quels pères, quels fils?*, Paris: Fayard, 192. Versión española: *El nuevo padre*, Barcelona, 1993.

R. Bly, *Iron John*, Barcelona: Plaza y Janés, 1992.

2. El tribunal constitucional español en la defensa del principio de igualdad y de la no discriminación por razones de sexo

El principio de igualdad, despliega su eficacia en dos planos diferentes: la igualdad ante la ley, dirigida a garantizar la igualdad de trato de los iguales, más la igualdad en la ley y en la aplicación de la Ley. El primero indica la igualdad de trato dada por la ley, por la legislación y establece límites al ejercicio del poder legislativo. El segundo limita la tarea de los órganos encargados de su aplicación. Al Tribunal Constitucional le corresponde el control de constitucionalidad sobre la igualdad.

El principio de igualdad está recogido en los artículos 9.1 y 14 de la Constitución Española. Dicho principio es un valor superior del ordenamiento jurídico que conforma, junto a los valores de justicia, libertad y pluralismo político, el Estado social y democrático de derecho que este ordenamiento reviste. Su naturaleza y su consideración como valor superior determinan que su aplicación haya de extenderse a toda la sociedad, obligando a todos los poderes tanto públicos como sociales (art. 9 y 53 de la Constitución Española). Desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 es de aplicación directa e inmediata. Iria contra este principio cualquier tipo de discriminación. Se entiende por tal una desigualdad de trato injustificada. Los supuestos de no discriminación recogidos por el art. 14 de la Constitución son “por razón de raza, nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Se trata de un principio de carácter material que impone al legislador la igualdad de trato a los que se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, prohibiendo toda discriminación que carezca de justificación objetiva y razonable.

No sólo se trata de una igualdad de carácter formal, sino también sustancial (art. 9. 2. de la Constitución Española). A su vez, y esto resultará lo más problemático, están permitidos tratos diferenciales justificados que, en este caso, no lesionarían el principio de igualdad. Los requisitos para la no vulneración del principio de igualdad ante la ley son tres: que la singularización o diferenciación normativa responda a un fin constitucionalmente válido, que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, por último, que las medidas concretas o sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas. Supondría una vulneración de la igualdad establecer un trato desigual en supuestos iguales, sin que hubiera una motivación suficiente. Por tanto, algunos supuestos de diversidad de trato son discriminatorios y otros no; para ello tanto el legislador como el aplicador de la ley deben dar razón de la diversidad, y de la diversidad de tratamiento entre los distintos casos, aportando razones objetivas y razonables para la diferencia de trato (peculiaridades socioeconómicas, peculiaridad del sector profesional, no identidad entre los supuestos existentes en cada relación laboral, etc). La interdicción de la discriminación por razón de sexo, tanto referida a varones como a mujeres, está recogida por el art. 14. Pero no toda desigualdad de trato es inconstitucional. También hay que diferenciar entre las medidas tendentes a compensar una desigualdad real de partida y aquellas otras que no.

La teoría no presenta aparentemente dificultades, pero la dificultad estriba en definir qué desigualdades son tolerables bajo qué circunstancias¹³. En el caso que aquí nos ocupa el legislador y el aplicador del derecho deben responder previamente a varias

¹³ R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

cuestiones: primero, si los sexos masculino-femenino son equiparables o hay alguna diferenciación biológica que justifique una legislación diferenciada. Además hay que definir si la igualdad puede establecerse no sólo como un punto de partida, sino también como un punto de llegada que justifique una aplicación diferente de la ley. En suma, hay que definir cómo se entiende la igualdad en el contenido de la norma, la igualdad en la aplicación del derecho, la igualdad de oportunidades y la prohibición de discriminación directa e indirecta, así como las acciones positivas permitidas en su caso por la ley¹⁴.

Elaborar esta doctrina con la evolución tan rápida y profunda transformación que han sufrido los roles sociales del varón y la mujer no es tarea fácil. El Tribunal constitucional se ha visto obligado a actuar de acuerdo con un modelo de comprensión del derecho a la igualdad y del derecho a la diferencia. Ha tratado de distinguir, no siempre con resultados coherentes, qué hay de biológico y qué de cultural a la hora de otorgar o no determinados recursos de amparo y a la hora de justificar un trato diferencial. El propio Tribunal refleja la evolución y el reajuste que se está dando en la sociedad en relación al problema de selección del modelo más adecuado. En España, y en general en toda Europa, se ha pasado por distintas etapas. En una primera etapa, amparándose en el modelo de la subordinación, el trabajo femenino se consideraba secundario, las remuneraciones eran más bajas y se apreciaba una actitud paternalista. Se le asignaba como lugar el ámbito doméstico, legislando leyes protectoras de la mujer para que atendiera a la familia.

El propio Tribunal en un primer momento se centró, lo que no es poco, en ir contra el primer modelo, el de la dependencia o subordinación de la mujer al varón, aunque no siempre de una manera lineal. El Tribunal Constitucional español ha contribuido a la consolidación del principio de igualdad y a la no discriminación por razón sexo¹⁵. A través de la crítica del primer modelo contribuye a poner fin a trasnochadas medidas legislativas y prácticas anteriores a la Constitución del 78 basadas en el modelo de la subordinación de la mujer al hombre, que incluye el presupuesto de que ésta debe necesaria y forzosamente depender de aquel. El varón figuraba entonces como el único cabeza de familia. En este sentido las actuaciones judiciales han sido loables, contribuyendo a la caída a través de la práctica jurisprudencial de resquicios existentes de ese primer modelo.

Pero lo que se demostrará también a continuación es que durante bastantes años el Tribunal Constitucional no tenía un modelo conceptual alternativo, definido con claridad, quizá porque tampoco lo tenía la propia sociedad española. Esto se constata porque sus críticas al modelo 1, se han hecho curiosamente la mayoría de las veces desde

¹⁴ Planes de acciones positivas. Se ha elaborado el III Plan del Ministerio para la igualdad de oportunidades. II plan de Acción Positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi, II PAPME. II Plan de Acción positiva para la Comunidad de Aragón. IV Programa de Acción Comunitaria para la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, de 1995-2000. IV Plan de acción de la ONU "Plataforma de Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz de la mujer".

¹⁵ F. Rubio Llorente, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 637 y ss. Del mismo autor "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad". Idem. pp. 665 y ss.

A. Ruiz-Miguel, "Discriminación inversa e igualdad", en *El concepto de igualdad*, Madrid: P. Iglesias, 1994, pp. 79 y ss. R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona: Ariel, 1988. También *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984. Capítulo sobre *La discriminación inversa*.

E. Denninger, "La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica", *Revista de Estudios Políticos*, n° 84, 1994, pp. 69 y ss.

el modelo 2, y muy pocas desde el modelo 3. Indudablemente a nivel legislativo y jurisprudencial falta todavía bastante por hacer para que el tercer modelo de la corresponsabilidad sea posible. No se pretende defender aquí que el Tribunal haya adoptado la actitud de las primeras feministas radicales, lo cual resultaría sorprendente y anacrónico. Nos referimos más bien a que, en su afán de equiparación, el Tribunal defiende un modelo asimilacionista, que entiende la igualdad como homogenización absoluta entre varón y mujer; una igualdad que no tiene en cuenta apenas las diferencias; una igualdad poco realista y poco atenta a la necesidad de un periodo de adaptación y transición en la reestructuración social de los nuevos roles sociales y culturales asumidos por el varón y la mujer.

El derecho europeo comunitario y la legislación laboral española han optado por el modelo de la corresponsabilidad. Las últimas novedades consisten en aplicar al padre trabajador varón prácticamente los mismos derechos que a la madre. En definitiva, el derecho da un trato igualitario al progenitor padre y a la progenitora madre.

Desde otra perspectiva otro debate que está presente en el derecho es la construcción de la identidad, en el sentido de que el derecho ha mantenido siempre la existencia de una dualidad de sexos masculino y femenino, de manera que un principio básico es el de la indisponibilidad sobre el estado civil en el Registro Civil. No tenemos tiempo en este contexto de profundizar en esta apasionante cuestión, pero dado que la intervención siguiente se ha centrado en el pensamiento de Judit Butler y en el transgenerismo, quería dejar indicadas las dos posturas jurídicas actuales que llevan a consecuencias legislativas muy diferentes.

En la actualidad el derecho está inmerso en un situación de incoherencia total. Por una parte, mantiene los principios civilistas de la heterosexualidad que repercute en muchísimas decisiones jurídicas, por otra por influencia indirecta de las teorías del transgenerismo se va construyendo en paralelo otro derecho con otro modelo de identidad antropológica, como se refleja en algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en cuestiones referentes a la transexualidad.

3. Los tribunales europeos. Biología, derecho, matrimonio y la teoría queer. Una transformación posthumana

A continuación, vamos a demostrar que el modelo cultural que subyace a estas decisiones judiciales coincide plenamente con las últimas reivindicaciones de las teorías antropológicas y epistemológicas de la teoría *Queer*¹⁶. Estas corrientes de pensamiento han surgido a finales de los años 80 y principio de los 90 en el seno de la comunidad gay y lesbiana de los EE.UU. Su elaboración es de gran rigor y profundidad intelectual. Sus propuestas clarividentes y de coherencia intelectual, si se acepta sus presupuestos. Aunque han surgido en ambientes intelectuales minoritarios y quizá académicamente marginales, están muy presentes en la cultura actual, en la formación humanística, sociológica, antropológica y filosófica. Menos conocidas en ámbitos jurídicos, incluso a veces ridiculizadas o incluso con una resistencia a utilizar muchos de los términos

¹⁶ El término *Queer* es una categoría epistemológica de protesta. En inglés significa "raro", "singular", "extraño", "cuestionable". En la bibliografía española se ha traducido de un modo un poco más chocante como teoría "marica" o "bollera". Aquí se utiliza con mayúscula cuando se sustantiviza y con minúscula como adjetivo.

introducidos en estas polémicas (como por ejemplo, el término género), sin embargo acaban siendo introducidas como pensamiento único a través de una jurisprudencia activista, realizada por nuestros tribunales, cuando interpretan cuestiones relativas a derechos humanos, especialmente en materias jurídicas relacionadas con la sexualidad. Es muy habitual en el mundo jurídico pasar de un positivismo jurídico formalista absurdo (que vive de espaldas a la realidad social y a la relación entre derecho y filosofía) a un activismo judicial militante que crea derecho más allá de la norma existente, pero tratando de presentarlo como ajustado a derecho. Esa actitud es contraria a los principios de la democracia deliberativa habermasiana. El diálogo democrático implica la discusión abierta.

Los teóricos y teóricas de la teoría *Queer* plantean transgredir la categoría de sujeto de la modernidad. Desde la filosofía postmoderna se hace una reinterpretación del término “sexo” y su relación con el género intentando romper con los criterios de identidad sexual, de permanencia e inmutabilidad en la identidad del sujeto. La teoría *Queer* incluye también una visión del derecho, ya que su trasgresión del concepto de naturaleza requiere una respuesta jurídica diferente a la que se ha impuesto en el modelo antropológico en el que se ha basado el derecho occidental de corte liberal. Todo ello supone romper con las claves comunes de entender la sexualidad y el derecho de familia.

A mi juicio, hay una diferencia esencial en la actitud de estos nuevos movimientos si los comparamos con sus progenitores culturales anteriores, nos referimos a los movimientos anarquistas de los años 60 o a las teorías de género surgidas en el mayo del 68, que reflejan la obra *Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir. Muchos de los movimientos contraculturales anteriores reivindicaban vivir en la marginalidad, fuera del derecho, “en los márgenes de la sociedad”, por tanto ellos se separaban del resto, vivían fuera del derecho establecido. Piénsese por ejemplo, en los experimentos de amor libre propios de las comunas hippies¹⁷.

La teoría *Queer* mantiene una tesis muy distinta. No quiere vivir al margen sino ocupar el centro de la cultura y del derecho. Quiere que cambie el derecho para que sus des-identidades sexuales tengan cabida en él. Su visión del sexo de momento choca con el sistema jurídico establecido. Pero persiguen cambiar la legislación, es decir mantienen una visión antropológica que pretenden trasladar a la normativa jurídica relacionada con la sexualidad. Los movimientos *queer* en Europa se inspiran en culturas anarquistas y en las emergentes culturas transgénero. Para estos pensadores el derecho ha protegido las relaciones heterosexuales como parte de una visión del Estado de Derecho y de la política. Su objetivo es trastocar esa visión del pensamiento heterocentrado. La defensa de la noción heterosexual del matrimonio está unida a la capacidad biológica de la reproducción. Esto es innegable. La discusión se centra en el juicio de valor que se haga de ese hecho. Hasta hace unas décadas, y para muchos todavía en la actualidad, eso es lo correcto. Para el movimiento *queer* hay que romper con ese vínculo entre la producción de la identidad de género y la producción de ciertos órganos como órganos sexuales y reproductores. La admisión de los transexuales al matrimonio se encuadra dentro de los objetivos de la teoría *Queer*. En la misma línea se inscribe la equiparación de las relaciones gays y lésbicas. Todo ello contribuye a una ruptura del régimen disciplinario del sexo o de un derecho heterocentrado. En ocasiones a las

¹⁷ Que tiene ya sus antecesores en los movimientos anarquistas del siglo XIX y XX.

claves de interpretación de la filosofía de Foucault¹⁸, Derrida, Deleuze o el postestructuralismo, se añaden claves interpretativas tomadas del marxismo, según las cuales se identifica el derecho hetero con el de la clase dominante o capitalista.

La noción sexopolítica de los movimientos *queer* va más lejos que las teorías acuñadas en las teorías gays o lesbianas porque algunas de ellas acuñan identidades sexuales de ese sesgo, mientras que los *queer* huyen de todo encasillamiento de las relaciones sexuales y de toda teoría ontológica cosificadora. De ahí su reivindicación de identidades múltiples que no se dejan encasillar en el derecho existente, ni en roles sexuales o conductas predeterminadas.

De hecho está ocurriendo que individuos transexuados que se han inscrito en el Registro civil según el nuevo sexo quieren volverlo a cambiar, lo cual está planteando nuevos problemas al derecho¹⁹. De ahí que el transgenerismo es más que transexualidad, porque es una sexualidad en continuo cambio y movimiento a voluntad del sujeto. Una identidad continuamente movable a voluntad, aunque más correcto sería denominarla por ello mismo des-identidad. Es una cierta reivindicación con antecedentes en la filosofía de Heráclito, con su principio de *panta rei*, todo pasa, todo está en continuo movimiento, premisa acogida también en la dialéctica marxista, que niega el principio de identidad y de no contradicción.

El transgenerismo tiene hoy a su favor la nueva biotecnología, las nuevas formas de Reproducción Asistida y los adelantos en cirugía, es decir la posibilidad de intervenir en los dispositivos biotecnológicos de producción de subjetividad sexual. Antes, por ejemplo, unas relaciones lésbicas estaban avocadas a la infecundidad, a no ser que se tuviera relaciones sexuales con un varón. Hoy con las técnicas de inseminación artificial y de FIV, aunque claro contando con el semen de un varón (de esto todavía no se ha podido prescindir), se puede conciliar el ser lesbiana y el ser madre. Los *queer* persiguen la desterritorialización del espacio mayoritario para ocuparlo ellos, con esas nuevas y múltiples identidades, porque no quieren estar en un gueto. Esto lo van consiguiendo. Ahora acuden a los tribunales, a la esfera pública, al espacio político. Piénsese, por ejemplo en el reciente auto del Juzgado de Familia, número 3, de Pamplona, otorgando la posibilidad de adopción conjunta a una pareja de lesbianas²⁰. De todos modos, en la jurisprudencia estadounidense llevan ya tres décadas con sentencias similares.

El cambio de paradigma que se pretende es que lo que hasta hoy ha sido considerado “anormal”, “*queer*”, vaya ocupando el espacio de lo normal. En palabras de Beatriz Preciado, una de las investigadoras españolas sobre el tema, “hay que evitar la segregación del espacio político que convertiría a las multitudes *queer* en una especie de margen o de reserva de trasgresión”²¹. Desde luego, el activismo judicial está contribuyendo a que esto sea posible. Visto desde esta perspectiva, toda esa jurisprudencia rompedora del paradigma heterosexual adquiere una dimensión más trascendente que

¹⁸ M. Foucault, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. Volumen I. Madrid: Siglo XXI, 1989.

¹⁹ En Europa se están produciendo continuas demandas judiciales contra los cirujanos que han operado a transexuales o contra la Seguridad Social, otra cosa es que dichas demandas no prosperen. El motivo es que el transexual sigue insatisfecho del resultado o que quiere reinvertir la operación etc. Cfr, M. Elósegui, “Transexualidad y cirugía transexual a cargo de la sanidad pública”, *Aranzadi Social*, abril, n° 1, (2002), pp. 19-30.

²⁰ Auto JPI n° 3, Juzgado de Primera Instancia, Pamplona 22 de enero de 2004. Disponible en <http://www.codigo-civil.net/b2.php?p=364>

²¹ B. Preciado, o.c.p. 6.

va más allá de la resolución compasiva de unos casos vitales concretos a los que se intenta buscar solución.

Según la bibliografía *queer*, algunas de las estrategias políticas de la multitudes *queer* son: 1) la des-identificación. 2) las identificaciones estratégicas. 3) la reconversión de las tecnologías del cuerpo. 4) la desontologización del sujeto de la política sexual.

1. La des-identificación se produce de un modo paradigmático en el fenómeno de la transexualidad. En efecto, el transexual operado no es ni hombre, ni mujer²².

2. Las identificaciones estratégicas, en el sentido de que estas nuevas identidades antes tachadas de anormales se asumen. “Hacen un uso radical de los recursos políticos de la producción performativa de las identidades desviadas”²³. Con otras palabras, esto significa que su identidad ya no se oculta como rara o anormal sino que busca un espacio propio en la legalidad vigente pidiendo protección jurídica de lo que hasta entonces la sociedad dominante había considerado conductas desviadas o patológicas. Así los movimientos *queer*²⁴ reivindican un espacio público y legal para sus formas de sexualidad hasta ahora consideradas como propias de sujetos abyectos, malos sujetos, seropositivos, bolleras o maricas. Estos movimientos han logrado ciertamente un cambio de percepción en el juicio sobre estas identidades en la cultura dominante. La famosa frase de “salir del armario” está relacionada también con esa nueva actitud de visualizarse, de dejar de vivir en la marginalidad y dar su batalla legal.

3. La reconstrucción de las tecnologías del cuerpo. La multitud *queer* critica, además de las identidades naturales (hombre/mujer basadas en los sexos biológicos), incluso las prácticas cosificadas en hetero/homo; en definitiva rompe con cualquier permanencia situándose en lo ambivalente; como la bisexualidad hoy en boga, cada sujeto engendra una multiplicidad o una ambivalencia de cuerpos. Se revelan contra los paradigmas de normalidad/anormalidad²⁵. Todo ello busca producir una conmoción epistemológica en los discursos sobre el sexo. Los *queer* son conscientes de que la transformación que pretenden es más que post-moderna, post-humana²⁶; “una transformación en la producción y en la circulación de los discursos de las instituciones

²² Si bien, eso no es del todo cierto porque el sexo cromosómico es inalterable a pesar de la cirugía transexual y de los tratamientos hormonales. Los *queer* hablan de unas multitudes que transgreden todos los cánones de las identidades sexuales al uso; cuerpos transgéneros, hombres sin pene, bolleras lobo, ciborgs, femmes butchs, maricas lesbianas etc. Y también transgreden el uso tradicional de los órganos de reproducción, el coito vaginal, difundiendo el sexo oral, el sexo anal, etc, que son práctica sexuales no reproductoras.

²³ B. Preciado, o.c.p. 7, O. Guasch, *La crisis de la heterosexualidad*. Barcelona: Laertes, 2000.

R. Gubern, *La imagen pornográfica y otras perversiones ópticas*. Madrid: Akal, 1989. Sh. Jeffreys, *La herejía lesbiana. Una perspectiva feminista de la revolución sexual lesbiana*, Madrid: Cátedra, 1996. S. Medina Salem, “Ciencia e ideología: sesgos heteropatriarcales en la construcción de la identidad”, *Laguna. Revista de Filosofía*, nº 8, 2001, pp. 129-144. O. Viñuelas, *Identidades lesbianas*, Barcelona, Bellaterra, 1999. J. Weeks, “The Construction of Homosexuality”, en S. Seidman (ed.), *Queer Theory/Sociology*. Oxford: Blackwell, 1996, pp. 41-63.

²⁴ Act Up, Lesbian Avengers, Radical Fairies.

²⁵ Así se dan reivindicaciones como las drag-kings, las bolleras lobo, las mujeres barbudas, los trans-maricas sin polla, los discapacitados-ciborg. M.ª A. Calero Fernández, “Homosexualidad y heterosexualidad en los diccionarios: ¿Tabú lingüístico o cuestión de género?”, en A.M.ª Vigar y R. Jiménez, “Género, sexo, discurso”, Madrid: Laberinto, 2002, pp. 47-101.

²⁶ Hay pensadores contemporáneos que han aplicado esa expresión a los efectos de la revolución biotecnológica, que es también un modo de revolución sexual.

Al post-humanismo se refieren por ejemplo Francis Fukuyama en su obra *Posthuman Society*, que ha sido traducido al castellano sin respetar su título en inglés como *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*, Madrid, Suma de letras, 2003. Además, J. Habermas, *El futuro de la naturaleza humana. ¿hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona: Paidós, 2002. Los análisis que hacen los dos autores sobre el concepto de naturaleza vienen muy al caso. F. Fukuyama, o.c., pp. 213-239.

modernas (de la escuela a la familia, pasando por el cine o el arte) y una mutación de los cuerpos”²⁷. Ellos son muy concientes. ¿Lo son también los jueces?

4. La desontologización del sujeto de la política sexual. Los *queer* saben lo que es la ontología; término que pocas personas de las nuevas generaciones saben lo que significa²⁸. “La política de multitudes *queer* emerge de la posición crítica respecto a los efectos normalizadores y disciplinarios de toda formación identitaria, de una desontologización del sujeto de la política de las identidades”. Con esa premisa, como ya se ha señalado, también son críticos paradójicamente con los movimientos de gays y lesbianas, cuando estos reivindican igualdad de derechos con los hetero, pretendiendo integrarse en la cultura heterosexual dominante, favoreciendo las políticas pro-familia. Los *queer* reaccionan contra ese esencialismo. Indudablemente en su búsqueda de reconocimiento en los espacios jurídicos plantean un reto al derecho, que no está preparado, ni sabemos si lo estará nunca, para asumir semejante grado de voluntarismo y de identidades múltiples, continuamente cambiantes. El derecho puede ser incapaz de asumir esa vulnerabilidad insaciable que persiguen los movimientos *queer* porque quizá sea finalmente la propia naturaleza la que se imponga no dejándose manipular por el voluntarismo *queer*, y no sea tanto un empeño de la epistemología sexopolítica heterocentrada que domina la producción científica sino una naturaleza humana tozuda que impone sus reglas más allá incluso de unas sentencias o un derecho *queer*.

María Elósegui Itxaso
Dpto. de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
50009 Zaragoza
elosegui@unizar.es

²⁷ B. Preciado, o.c., p. 8. Su ocupación de espacio en los medios de comunicación es patente; TV, prensa y cine. Véase, por ejemplo, en TV 5 Crónicas Marcianas.

²⁸ En nuestras facultades de derecho probablemente nuestros alumnos/as no hayan oído el término en toda la licenciatura, y en las Facultades de Humanidades porque la ontología como parte de la metafísica está en desuso.