

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD DE TRATO, DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL Y EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES

M^a ÁNGELES (MAGGY) BARRÈRE UNZUETA

Facultad de Derecho. UPV/EHU

m.barrere@ehu.es

1. Introducción

Esta ponencia tiene que ver con el intento de asignación al Derecho y a la práctica jurídica de un papel relevante en la transformación de las estructuras y relaciones sociales de género. Este objetivo, tan general, tiene sin embargo como punto de partida algo muy concreto: dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español (en adelante TC) todavía recientes (de 2007).

El telón de fondo de ambos casos es el mismo: la asunción por parte de las mujeres, tanto del trabajo por cuenta ajena, como del de cuidado de ascendientes y descendientes en una proporción muy superior a la de los hombres. Esta última matización, relativa a la comparación entre hombres y mujeres, resulta fundamental en el desarrollo de este trabajo y es importante efectuarla para dimensionarlo. Si así no fuera, el problema “de género” que se intenta abordar se convertiría en un problema de intersección de sistemas de poder (el de sexo-género con el económico) que extralimitaría los objetivos del mismo. No se va a entrar, por tanto, en poner en cuestión el valor asignado al trabajo remunerado o por cuenta ajena, y no porque no se considere necesario –que se considera– sino porque circunscribiéndose el problema a la comparación anunciada, las pretensiones del trabajo adquieren asimismo dimensiones más delimitadas.

Por lo demás, la elección de los casos no es caprichosa, sino que está pensada para permitir efectuar una revisión crítica del Derecho antidiscriminatorio moderno, basada, fundamentalmente, en la ausencia de un concepto de discriminación estructural que funde el principio de igualdad de trato. Esto dará pie para cuestionar el uso de uno de los conceptos estrella del Derecho antidiscriminatorio moderno, como es el concepto de discriminación

indirecta, y para efectuar una revisión somera de la legislación sobre igualdad de mujeres y hombres tanto en general (en cuanto a principios y conceptos) como en particular (en algunos ámbitos de intervención).

Posteriormente, y dada la peculiaridad de la discriminación estructural de las mujeres (que se nutre de la presunta voluntariedad o libertad de las mismas a la hora de asumir el rol del cuidado), se analiza el concepto de empoderamiento y su eventual potencialidad en la construcción de un Derecho antidiscriminatorio renovado. Finalmente, y al hilo de este análisis, se efectúa un balance y se perfilan unas propuestas conclusivas.

2. El examen de los pronunciamientos jurisprudenciales

Los casos jurisprudenciales mencionados se recogen en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero (en adelante STC 3/2007) y en el Auto 200/2007, de 27 de marzo (en adelante ATC 200/2007)¹. En términos muy esquemáticos, la Sentencia resuelve la solicitud de reducción de jornada de una empleada con el fin de poder ocuparse de la guarda de un hijo, mientras el Auto se pronuncia sobre una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) al no tener en cuenta lo que supone, a efectos de cobro de pensiones, la reducción de jornada solicitada por una mujer para ejercer labores de cuidado.

Como ha sido mencionado ya, ambos casos tienen que ver con el trabajo de cuidado realizado por las mujeres, pero el detonante de los mismos no tiene nada que ver con la puesta en cuestión del modelo mujer=cuidadora. Más concretamente, en el caso de la Sentencia, el razonamiento de la parte demandante de amparo es el siguiente: si se restringe el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un hijo a una mujer trabajadora sin tener en cuenta que es una mujer, se le está discriminando (indirectamente) en tanto es el colectivo de mujeres el que “notoriamente” ejerce en mayor medida tal derecho. En cuanto al Auto, el argumento para justificar la inconstitucionalidad de la LGSS es el siguiente: como, según los datos estadísticos, son “fundamentalmente” las mujeres trabajadoras las que se acogen al derecho de reducción de jornada para el cuidado de familiares, y la consiguiente merma de cotización tiene consecuencias negativas para ellas, la ley de LGSS, que no lo tiene en cuenta, le discrimina (indirectamente).

¹ Ambos pronunciamientos han sido objeto de un exhaustivo análisis por parte de Juan Antonio García Amado (2007). La coincidencia en buena parte con el mismo no obsta para que el centro de la preocupación de este autor en su comentario (en síntesis: el casuismo, la inseguridad jurídica y la puesta en cuestión de la generalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional, en el primer caso, o de algunos de sus miembros, en el segundo) no pueda ser a su vez cuestionada desde una perspectiva feminista que –por ejemplo, y dicho brevemente- no está de acuerdo con un tratamiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación basado en un falso universalismo.

Resumidamente: en ambos supuestos las mujeres se sienten discriminadas y, en la defensa de sus pretensiones, se baraja el concepto de discriminación indirecta, sin embargo no se sienten discriminadas por su dedicación a las labores de cuidado, que en ningún momento se pone en cuestión, sino en relación a los derechos aparejados a la relación laboral por cuenta ajena (en el primer caso, el derecho a la reducción de jornada y, en el segundo, el derecho a las prestaciones de seguridad social).

Por lo demás, el fallo de la Sentencia es favorable a la solicitud de amparo y, por tanto admite la existencia de discriminación indirecta. El fallo del Auto, por su parte, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada, pero presenta el voto particular en contra (y, por tanto favorable a la admisión a trámite por existencia de discriminación indirecta) de dos de sus integrantes².

Conocidos el argumento de fondo y la aplicación efectuada del concepto de discriminación indirecta, bien pudiera considerarse que la postura que se trasluce en tales votos responde a una “perspectiva de género” (más, teniendo en cuenta que son mujeres las magistradas que, en contra de la opinión mayoritaria, defienden la utilización del concepto de discriminación indirecta en el Auto). Sin embargo, una apreciación de este tenor resultaría excesivamente apresurada. Así, conviene tener presente que el razonamiento expresado no sólo contribuye a la “naturalización” del vínculo de las mujeres con las tareas relativas al cuidado, sino que, a la vez, muestra el uso perverso de uno de los conceptos más valorados del Derecho antidiscriminatorio, como es el de discriminación indirecta.

Comenzando por la primera de las apreciaciones, el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional para declarar la existencia de una discriminación indirecta, no sólo no pone en cuestión la discriminación estructural y/o sistémica de las mujeres (que se manifiesta, precisamente, en que sean ellas quienes ejerzan el derecho a la reducción de jornada para desempeñar labores de cuidado), sino que, además, mediante una especie de falacia naturalista³, del *hecho* de que “notoria y fundamentalmente” *sean ellas* quienes ejercen ese derecho se deduce el *derecho* (sólo) *de ellas* a ejercerlo⁴. Dicho breve y pronto, paradójicamente, el reconocimiento constitucional a las mujeres del derecho a no ser discriminadas se convierte en un regalo envenenado (en un falso privilegio) para las propias

² Concretamente de las dos mujeres del Tribunal (su Presidenta, doña María Emilia Casas Baamonde y la Magistrada doña Elisa Pérez Vera).

³ Como es sabido, incurre en una “falacia naturalista” quien pretende deducir una norma (un “deber ser” o un juicio de valor) de una descripción (un “ser” o un juicio de hecho) desde una perspectiva lógica.

⁴ Pues, siguiendo la lógica del razonamiento empleado, la denegación de tal derecho a los hombres no sería tachado de discriminatorio y, por tanto, no sería ilegal.

mujeres que refuerza su vinculación a roles infravalorados y, en definitiva, perpetúa su discriminación estructural.

En el primer caso (el de la Sentencia), basta con pensar en las consecuencias aparejadas al mencionado razonamiento: si (sólo) a las mujeres, por ser el sexo mayoritariamente cuidador, se les reconoce un derecho cuyo ejercicio no beneficia precisamente a los intereses empresariales (como es el relativo a la reducción de jornada), ¿qué empresa va a contratar a una mujer pudiendo contratar a un hombre? Luego, ¿en qué contribuye este tipo de razonamiento al igual ejercicio de hombres y mujeres del derecho al trabajo reconocido por la Constitución?

En el segundo caso (el del Auto): si se alimenta la idea de que la legislación ha de tomar en consideración que son las mujeres quienes ejercen mayoritariamente el derecho a la reducción de jornada para ejercer labores de cuidado a efectos de que esta reducción no repercuta negativamente en *sus* pensiones (*de ellas*), ¿cómo se va a favorecer que sea un hombre quien solicite una reducción de jornada para desempeñar labores de cuidado? ¿Cómo contribuye al cambio de roles un planteamiento de este tipo? ¿O es que no resulta discriminatorio el actual (y tradicional) reparto de papeles entre mujeres y hombres en la sociedad?

3. El concepto de discriminación estructural

El último de los interrogantes lleva a tener que precisar lo que se entiende aquí por discriminación, algo que, como se verá más adelante, no coincide exactamente con el concepto de discriminación propio de la cultura jurídica tradicional pero que, sin embargo, no resulta nada extraño a la teoría feminista (también jurídica) de las últimas décadas.

Sin entrar en profundidades, el concepto de discriminación que ahora se mantiene se inscribe en una concepción conflictualista de la sociedad a tenor de la cual, el conflicto y el cambio social se erigen en fenómenos esenciales de la realidad social⁵. Ambos fenómenos, a su vez, implicarían que las sociedades se rigen por relaciones de poder estructuradas sobre diversos factores (el sexo-género sería uno de ellos) que interactúan entre sí y que producen relaciones de dominio y subordinación (es decir, conflicto). De todo ello, el Derecho sería un instrumento más de (super)estructuración, pero también de posible intervención⁶.

⁵ Para una visión del conflictualismo como visión contrapuesta al funcionalismo vid., por ejemplo, Atienza (1985, 74 y ss) y, especialmente, Calvo y Picotó (2003).

⁶ De ahí la potencialidad en el cambio social que aquí se le reconoce posteriormente.

No todos los elementos o factores sobre los que se organiza o estructura el poder tienen el mismo alcance (o extensión) ni tienen la misma fuerza (o intensidad), destacando, en este sentido, el *sistema* sexo-género y el *sistema* económico⁷. También los niveles de estructuración y el consiguiente alcance de las relaciones de poder resultan distintos a tenor de las sociedades y épocas que se tomen en consideración.

Una estructura de dominio-subordinación o –como se prefiere aquí decir- de subordiscriminación, es un eje configurador y explicativo de las relaciones de poder. Una estructura básica en la detentación, configuración y distribución del poder en la sociedad sería, por ejemplo, la división público-privado, sobre la que, como es sabido, pivota un concepto del trabajo identificado con el empleo. Con base en esta división se edifican modelos de sujetos: modelos de mujer y modelos de hombre. Sin ir excesivamente lejos en el tiempo, los modelos de la modernidad erigidos sobre el factor sexo-género y el factor económico resultan suficientemente conocidos: la Mujer como esposa y madre, cuidadora y adscrita a lo doméstico⁸; el Hombre como cabeza de familia y trabajador por cuenta ajena, además de como sujeto de la política⁹.

Pues bien, cuando se habla de discriminación estructural, se habla de la repercusión de tales modelos en la reproducción de las relaciones de poder de hombres y mujeres; una repercusión que no es identificable individualizadamente¹⁰, y que, sin embargo, se reproduce sistemáticamente en las instituciones sociales¹¹. Este concepto, sin embargo, no le resulta grato a la cultura jurídica tradicional, que prefiere reservar el término “discriminación” para hacer referencia a la ruptura formal de la regla de igualdad de trato, presumida tal regla, además, en el trato indiferenciado.

Resulta imposible desarrollar aquí la cuestión de la diferencia entre el concepto de discriminación mantenido aquí (estructural) y el utilizado por la cultura jurídica dominante (formal)¹², pero algo se dirá sobre sus implicaciones mediante el comentario a una reciente noticia de prensa.

⁷ El término “sistema” se emplea, pues, para indicar que se trata de factores con un elevado grado o nivel de estructuración social.

⁸ Sobre el modelo de “Mujer = Esposa y Madre” alimentado de la correspondiente ideología, pautas de conducta y estereotipos, *vid.* Gil Ruiz (2007, pp. 32-3).

⁹ La literatura sobre el particular resulta hoy ya ingente. Valga como contribución clásica al respecto Pateman (1988).

¹⁰ Así, por ejemplo, Frazer y Lacey (1993, p. 82).

¹¹ Así, por ejemplo, Young (1990, p. 40).

¹² Esta cuestión ha sido, sin embargo, una constante en mis trabajos sobre el Derecho antidiscriminatorio (1997, 2001, 2003, 2008) y a ellos me remito.

El supuesto es el siguiente: un individuo (varón) se queja de discriminación por razón de sexo debido a la práctica de una discoteca consistente en ofrecer la entrada gratuita a las mujeres¹³.

Desde la óptica tradicional de la discriminación, según la cual la discriminación consistiría en la ruptura formal de la regla de igualdad de trato¹⁴, tal varón podría considerarse discriminado: se le trata de manera diferenciada cuando debería ser tratado de manera indiferenciada.

Por el contrario, desde la óptica del concepto de discriminación estructural aquí manejado, quien podría ser objetada por trato discriminatorio sería la discoteca por reproducir una imagen estereotipada de la mujer que responde a una estructura de subordinación¹⁵. Según este esquema, por tanto, no sería el trato formal (diferenciador o no) el determinante para hablar de la discriminación sino el análisis de si ese trato reproduce relaciones de poder (modelos) que producen subordinación grupal.

No cabe duda de que el concepto de discriminación estructural puede producir cierto desasosiego entre algunas mujeres (en este caso, asiduas a la discoteca en cuestión) que ven cómo, a través de su utilización, pueden verse privadas de ciertas prerrogativas económicas; pero, aun no teniendo por qué ser siempre así¹⁶, no se divisa otra manera de hacer frente al sistema que, como grupo, las subor-discrimina.

4. El concepto de discriminación indirecta

Tras este paréntesis dedicado a la discriminación estructural procede volver a los casos tratados por el TC que, como se ha indicado ya, versan sobre la figura de la discriminación indirecta.

La figura de la discriminación indirecta surge en la jurisprudencia estadounidense y, más concretamente, al hilo del caso *Griggs v. Duke Power Company* (1971). Muy sucintamente, este proceso puede resumirse como sigue. Con anterioridad a la Ley de Derechos Civiles de 1964 (en la que, por fin, se prohíbe la segregación racial por discriminatoria), la empresa *Duke*

¹³ Diario *El País* de 16 de julio de 2009.

¹⁴ Regla aristotélica según la cual la justicia consiste en tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales.

¹⁵ Una estructura que, por decirlo muy sucintamente, configura a los varones como sujetos que pueden pagar y, por lo tanto gozan de poder (en este caso, económico) y a las mujeres como seres sin poder o cuyo poder se reduce a su presencia o corporeidad (es decir, como objetos).

¹⁶ Sobre todo, y como se intentará precisar más adelante, en supuestos como los de los dos casos jurisprudenciales comentados.

Power Company había empleado personal afro-americano 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 formar parte de la plantilla en alguno de los cuatro departamentos 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 supone que sea contratado fundamentalmente el personal blanco frente a un 6% del personal negro.

El concepto de discriminación indirecta, por tanto, no procede de la discriminación por género, sino de la discriminación racial que, en los EE. UU., se manifestaba en la práctica de la segregación racial a distintos niveles de la organización social. Ahora bien, lo característico de la segregación racial era que nadie quería ser objeto de segregación. Es decir, era impensable que alguien perteneciente al colectivo segregado no pusiera en cuestión el carácter discriminatorio de la segregación y, una vez que ésta fue considerada discriminatoria por ley en 1964, tampoco se concebía que en la cultura jurídica alguien cuestionara tal carácter discriminatorio. Dicho de otro modo, y llevado al plano de los pronunciamientos del TC que ahora nos ocupan, nadie en su sano juicio utilizaría (ni aceptaría) el argumento de la presunta “libertad” de las personas negras para “elegir” determinados trabajos históricamente asignados forzosamente a personas de dicha raza y –sobra añadir- infravalorados y despreciados socialmente.

Obviamente, pues, en un contexto de este tipo el potencial antidiscriminatorio del concepto de discriminación indirecta es alto porque no existe disonancia entre la discriminación estructural y la discriminación indirecta; porque basta el mero recuento desagregado por raza para, si no estrictamente probar¹⁷, al menos percibir la discriminación. Pero esto no ocurre en el caso de la discriminación por sexo-género. Por el contrario, aquí —y los casos analizados lo corroboran— la utilización que se hace de las estadísticas desagregadas por sexo, no sólo no sirven (o, mejor, no se usan) para percibir o hacer notar la discriminación estructural, sino que se utilizan para reforzar o retroalimentar la misma.

Por lo demás, el planteamiento seguido por el TC en los dos casos comentados no se aparta mucho del que inaugurara, en el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia de las

¹⁷ Pues en la “prueba” intervienen otros factores de valoración sobre los que, sin embargo, no nos podemos detener aquí.

Comunidades Europeas (TJCE) en la década de los ochenta. Y es que conviene recordar que las primeras sentencias del TJCE que hacen uso del concepto de discriminación indirecta tienen que ver con la práctica de algunas empresas de pagar menos la hora de trabajo a tiempo completo que la hora de trabajo a tiempo parcial¹⁸, o de excluir a quien trabaja a tiempo parcial del beneficio del régimen de pensiones de la empresa¹⁹. Como eran las mujeres quienes trabajaban mayoritariamente a tiempo parcial, la disposición, neutra en cuanto al sexo (el menor pago de la hora de trabajo a tiempo parcial, o la exclusión de quien trabaja a tiempo parcial del régimen de pensiones), repercutía mayoritariamente en las mujeres; de ahí su conceptualización como discriminación indirecta.

Así, con este planteamiento no se cuestiona en absoluto el hecho de que sean las mujeres quienes mayoritariamente desempeñen trabajos a tiempo parcial cuando, como resulta notorio, tal dedicación está relacionada con el trabajo de cuidado desarrollado en el ámbito doméstico y, por tanto, con la discriminación estructural. Es más, la regulación del concepto de discriminación indirecta consagrada por el Derecho comunitario excluye de algún modo tal posibilidad al circunscribirse exclusivamente éste al contexto del empleo o del trabajo remunerado. En este sentido, una regulación que viene determinada por la lógica del mercado y del capital²⁰ no parece la más adecuada para combatir la discriminación estructural por sexo-género²¹.

Por lo demás, el alcance de esta última consideración (es decir, la configuración del concepto de discriminación indirecta en el contexto laboral y la desvinculación de la misma del concepto de discriminación estructural) resulta determinante, no sólo en relación al Derecho comunitario, sino, más en lo cercano, en el diseño legislativo -tanto de carácter estatal como autonómico-, de las políticas públicas de igualdad de género; un diseño en el que, como se verá, el concepto de discriminación estructural, aun estando presente (concretamente en las Exposiciones de Motivos) queda luego (en la parte dispositiva) desubicado.

5. Los principios de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades como principios rectores de la legislación antidiscriminatoria

¹⁸ Concretamente, se trata de la Sentencia de 31 de marzo de 1981 (as. C-96/80, caso *Jenkins*).

¹⁹ Así en la Sentencia de 13 de mayo de 1986 (as. C-170/84, caso *Bilka-Kaufhaus*).

²⁰ Vid. Barrère (2003) y la bibliografía ahí citada.

²¹ De hecho, desde tal lógica lo realmente determinante es la existencia de mano de obra disponible y barata, y no la ruptura de espacios, el cambio de roles o la co-rresponsabilidad. Para una sucinta pero excelente crítica feminista al Derecho antidiscriminatorio comunitario, vid. Fredman (1992).

Para ilustrar lo que se acaba de señalar no hay más que repasar el dictado de los dos textos legislativos que se tomarán como botón de muestra: la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, de la CAPV (en adelante Ley vasca) y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante Ley estatal)²².

A) Siguiendo un orden cronológico, el primero de los textos que se tomará en consideración es la *Ley vasca*.

De la Exposición de Motivos de esta Ley destacan, en primer lugar, sus fuentes normativas (apartado I). Primero, las supraestatales: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1979 (en adelante aquí CEDAW)²³ y, a renglón seguido, el Tratado de Ámsterdam (1999). Luego, las fuentes estatutarias (los arts. 9.1 y 9.2 d), que se vinculan a la Constitución española²⁴.

En segundo lugar, destaca la justificación de la Ley (apartado II):

“... los datos sobre el mercado laboral, la participación socio-política, la realización del trabajo doméstico, la violencia contra las mujeres, la pobreza, etc., siguen mostrando la existencia de una jerarquización en las relaciones y la posición social de los hombres y las mujeres que tienen su origen en los estereotipos y patrones socioculturales de conducta en función de sexo que asignan a las mujeres la responsabilidad del ámbito de lo doméstico y a los hombres la del ámbito público, sobre la base de una muy desigual valoración y reconocimiento económico y social. (...).

El reto en estos momentos está en garantizar la aplicación práctica y efectiva del derecho a la igualdad reconocido formalmente en los textos legales, y, en este sentido, esta ley plantea mecanismos y medidas concretas para conseguir que las administraciones públicas vascas

²² Sin poder afrontar aquí un análisis pormenorizado, considérese válido el que sigue aplicándolo, *mutatis mutandi*, al resto de las leyes autonómicas: Ley Foral 33/2002, de 218 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Navarra; Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León (modificada por Ley 7/2007, de 22 de octubre); Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Comunidad de Valencia; Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres en Galicia; Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer en las Islas Baleares; Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia; Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad de mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia (modificada por Ley 3/2008, de 3 de julio); Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

²³ Ratificada por el estado español en 1983 y publicada en el BOE de 21 de marzo de 1984.

²⁴ Implícitamente a los artículos 9.2 y 14 que aquí serán explicitados después.

lleven a cabo políticas y actuaciones más incisivas de cara a eliminar este fenómeno estructural y universal de la desigualdad entre mujeres y hombres. (...)

Una sociedad en la que mujeres y hombres tengan una participación igualitaria en los ámbitos público y doméstico, en la que se articule una relación no jerarquizada entre mujeres y hombres y entre la reproducción y la producción, en la que el valor del trabajo no dependa de si es realizado por mujeres u hombres, y en la que se haga un mejor uso de las potencialidades de todas las personas y colectivos, es, hoy por hoy, el modelo planteado como deseable desde la teoría y colectivos feministas e instituciones que trabajan por la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, y que se va expresando en el discurso tanto individual como colectivo. Todo ello ofrece una oportunidad excelente para adoptar una ley dirigida a incorporar la perspectiva de género a las políticas públicas.”

Resumiendo, y sin entrar en sus fuentes²⁵, el planteamiento de la Ley 4/2005 resulta, a todas luces, política y jurídicamente revolucionario. Y es que, a partir del mismo, la situación de las mujeres queda reflejada legislativamente como el producto de relaciones jerarquizadas de poder que estructuran lo social a nivel económico, político y cultural, de tal modo que –se puede observar- no resulta nada lejano a este panorama descrito en la Ley el reconocimiento de la existencia de una discriminación de las mujeres de carácter estructural y sistémico.

El problema viene cuando este planteamiento se tiene que desarrollar a nivel dispositivo, es decir, en el articulado de la Ley. Efectivamente, a nivel dispositivo (artículo 3) se aprecia que los principios generales de la ley están encabezados por el de igualdad de trato²⁶, vinculándose a este principio –y sólo a este principio- la figura de la discriminación (directa o indirecta)²⁷. Supuestamente –es decir, desconociendo el modo en el que ha sido teorizado este principio en la cultura jurídica-, no habría nada que objetar, pues si se parte de la existencia de una discriminación estructural es porque se reconoce la existencia de un trato discriminatorio²⁸. Lo que ocurre es que en la tipificación legislativa que se efectúa de la discriminación (sea directa o indirecta) el trato se reduce a un fenómeno esporádico, individualizado y concreto que, incluso

²⁵ Lo que nos llevaría, por ejemplo, a poner en duda la coherencia entre las mismas (sin ir más lejos, sería cuando menos dudoso que el concepto de discriminación indirecta del Derecho comunitario “cupiera” en el texto de la CEDAW).

²⁶ Al que sigue el principio de igualdad de oportunidades y otra variedad heterogénea de principios: respeto a la diversidad y a la diferencia, integración de la perspectiva de género, acción positiva, eliminación de roles y estereotipos en función del sexo, representación equilibrada y colaboración y coordinación.

²⁷ Artículo 3.1. “Igualdad de trato. Se prohíbe toda discriminación basada en el sexo de las personas, tanto directa como indirecta y cualquiera que sea la forma utilizada para ello”.

²⁸ Aunque sea considerado un trato “difuso”.

(en la llamada discriminación indirecta) admite justificación²⁹. De este modo, la dimensión estructural del trato discriminatorio desaparece³⁰.

Sería, pues, a través de esta operación divisionista cuando el planteamiento, que se ha calificado de revolucionario, dejaría de tener tal alcance y pasaría a consolidar los esquemas de la cultura jurídica tradicional (liberal, formalista e individualista) de los derechos.

B) En lo que respecta a la *Ley estatal*, también identifica ésta en su Exposición de Motivos (apartado I) como sus fuentes supra-estatales a la CEDAW y al Tratado de Amsterdam, pero prefiere partir de la legislación estatal: de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española³¹. Por lo demás, en cuanto a su vínculo con el Derecho de la Unión Europea la ley incorporaría al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato: la 2002/73/CE³² y la Directiva 2004/113/CE³³.

En lo atinente a su justificación, la Ley estatal, en su Exposición de Motivos (apartado II) se expresa del modo siguiente:

“La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de mujeres en puestos

²⁹ Artículo 3.1. “a) Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de su sexo o de circunstancias directamente relacionadas con el sexo, como el embarazo o la maternidad. Sin perjuicio de su tipificación como delito, el acoso sexista en el trabajo tiene la consideración de discriminación directa por razón de sexo.

b) Existirá discriminación indirecta cuando un acto jurídico, criterio o práctica aparentemente neutra perjudique a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicho acto jurídico, criterio o práctica resulte adecuada y necesaria y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

³⁰ Naturalmente, esta operación tiene su correspondiente anclaje en el modo en el que la cultura jurídica construye el ordenamiento jurídico: la conducta tipificada como discriminatoria, en tanto que prohibida, generaría para la persona afectada un derecho susceptible de amparo ante el TC; para el resto de las conductas que dan vida al sistema (y, por tanto, también a la discriminación) sólo se prevé una promoción de cambio atribuida a los poderes públicos en general y, en consecuencia, desprovista de sanción.

³¹ Según el art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Según el art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Mucho cabe decir sobre estos dos preceptos que han servido para configurar la dialéctica sobre la igualdad y la no discriminación tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Baste ahora con poner de relieve un par de cuestiones circunscritas únicamente a su sintaxis, pero reveladoras: 1) la yuxtaposición (que no intersección) del sexo al resto de los factores de discriminación, operada en el artículo 14; y 2) la yuxtaposición de la igualdad (en segundo lugar) a la libertad (en primer lugar) del individuo (en primer lugar) y de los grupos (en segundo lugar). Sobre ello *vid.* Barrère (2004a).

³² De reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

³³ Sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres... es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos”.

La terminología es digna de reseñarse, en el sentido de que se reserva la palabra discriminación para el salario y las pensiones, pero no se usa para la violencia de género, o el mayor desempleo femenino, o la escasa presencia de mujeres en puestos de responsabilidad, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar. Pero, entonces si estos no son fenómenos de discriminación, ¿de qué tipo lo son?³⁴.

También la manera de formular el diagnóstico que justificaría la Ley anuncia ya su dependencia con la teoría liberal de la discriminación que ya se había observado en la Ley vasca y que en la Ley estatal se plasma en el Título I de la Ley (“El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación”), que es en el que más claramente se percibe la transposición de las directivas comunitarias a nivel de principios y conceptos. Así, a lo largo de este Título, y siguiendo el planteamiento del Derecho comunitario, la discriminación se tipifica de nuevo de manera neutra (es decir, referida tanto a hombres como a mujeres) y como un fenómeno puntual y esporádico, es decir, como un fenómeno “de superficie” o desvinculado de las estructuras sociales de subor-discriminación.

6. Estrategias jurídicas contra la discriminación estructural

La ausencia en las leyes sobre igualdad de género de un concepto de la discriminación como fenómeno estructural se erige, pues, como un obstáculo de muy difícil superación para cualquier práctica iusfeminista. Por otro lado, no son precisamente las leyes de igualdad (loables en su conjunto), sino todo el edificio jurídico el que se presenta como un muro pétreo e inexpugnable³⁵.

En relación a la problemática que se sitúa como telón de fondo en los pronunciamientos jurisprudenciales – un reparto proporcional del trabajo de cuidado y del trabajo por cuenta ajena entre hombres y mujeres- en las últimas décadas han aflorado dos estrategias: la de la

³⁴ Sobre el eventual empleo de la expresión “desigualdad estructural” (que en la Ley estatal no se da) y la oportunidad del empleo de la expresión “discriminación estructural” vid. Barrère (2008). Sobre la exclusión de la violencia de género de la discriminación, ya desde la CEDAW, vid. Barrère (2008a).

³⁵ No es de extrañar, en este sentido, el juicio demoledor que ha recibido la Ley estatal por parte de Valdés Dal Ré (2009). La crítica, en teoría, va dirigida a la “estructura formal” de la Ley y a su “calidad técnica” pero lo que pone de relieve, en realidad, es la difícil acomodación de la Ley en el edificio de un Derecho de construcción liberal basado en el falso universalismo.

llamada conciliación entre la vida laboral y la vida familiar y la de la asistencia a las personas en situación de dependencia³⁶.

A) Con el fin de aquilatar la primera estrategia se introdujo con especial fuerza en el Derecho de la Unión Europea el concepto de flexibilidad³⁷. Se supone que la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo es el único medio para lograr la conciliación de la vida familiar y laboral³⁸.

Teniendo en cuenta que la política económica de la Unión Europea se confunde excesivamente con la política empresarial, no es difícil la lluvia de críticas que desde ciertas filas laboristas se efectúan a esta estrategia³⁹. Con todo, la que aquí interesa destacar es la que tiene que ver con los efectos de esa política cuando se parte de la discriminación estructural de las mujeres. Y es que, ciertamente, la oferta de mayor flexibilidad ofrece mayores “oportunidades” -en teoría- para conciliar a ambos sexos, pero mientras siga existiendo la norma social discriminante según la cual la participación de las mujeres en el mercado de trabajo debe estar supeditada a su rol doméstico, dichas oportunidades las seguirán “disfrutando” –en la práctica- las mujeres. Así se demuestra en las investigaciones al respecto⁴⁰ y así se corrobora en el primer supuesto jurisprudencial comentado, en el que la mujer que solicita la reducción de jornada basa su argumento en el dato (por ella incuestionado y planteado como incuestionable) de que son las mujeres quienes mayoritariamente cuidan de su prole.

Y que quede claro que lo que se está planteando no es, ni mucho menos, la revalorización del trabajo remunerado. Es más, resulta a todas luces lamentable ver cómo –por un lado- la crítica del feminismo de la segunda ola a la falta de valoración social del trabajo doméstico y de cuidado⁴¹ y -paralelamente, de otro- la mayor demanda de trabajo remunerado por las mujeres, ha llevado a un progresivo aumento de valor del trabajo remunerado que, además de resultar

³⁶ Al amparo de estas estrategias, en España se han promulgado dos leyes: La Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

³⁷ Vid. a este respecto, como *soft law* el Libro Verde relativo a la modernización del Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI y, posteriormente, la Propuesta Modificada de la Directiva 2003/88/CE.

³⁸ De hecho, esta compatibilización se erige en el mecanismo de la política económica que habría de contribuir a mejorar el acceso de las mujeres al empleo según la Estrategia de Lisboa.

³⁹ Vid. por ejemplo Baylos y Pérez (2006).

⁴⁰ En el ámbito más cercano resulta revelador el estudio de Emakunde (2007), donde se pone en evidencia cómo cambian las prioridades en el itinerario vital de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena cuando son madres y cómo, tras la maternidad, pasa a ser ésta la identidad social básica de las mismas. Igualmente revelador resulta el dato de que en las madres trabajadoras el logro de la independencia económica individual sea sólo la razón para concurrir a un empleo en el 14 por 100 de los casos (Tobío, 2005, 30).

⁴¹ Una autora que incide especialmente en la importancia política de la esfera privada es Okin (1989, 1994).

óptimo desde el punto de vista de los intereses del mercado capitalista⁴² ha ido consolidando un modelo de persona trabajadora incapaz de llevar una forma de vida merecedora de tal consideración (sobre todo para las mujeres, pero también para los hombres).

B) La otra política legislativa que ha cobrado cuerpo en la última década es, como se ha precisado, la relativa a la atención a las personas en *situación de dependencia*. Interpretando la Ley 39/2006, el reconocimiento de los derechos de las personas en situación de dependencia debería de repercutir favorablemente en la discriminación estructural de las mujeres en tanto que, como señala su Exposición de Motivos (punto 2), son las mujeres “las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el ‘apoyo informal’”. Sin embargo, dejando a un lado las dificultades económicas de tal política (perceptible en los retrasos de la implementación de la Ley), está todavía por ver que la previsión de una “prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales” (art. 18) no sirva para perpetuar a las mujeres (o fundamentalmente a las mujeres) en el rol de cuidadoras debido, precisamente, a esa norma social que las vincula primordialmente a la familia⁴³.

Con todo, no es objetivo de este trabajo analizar las políticas de conciliación sino hacer ver que las mismas, por sí solas, no sirven para cambiar la distribución discriminatoria de roles que impide el reparto equitativo del trabajo entre hombres y mujeres. De ahí que cobren sentido otras vías o estrategias complementarias como la del llamado “empoderamiento”, que se aborda a continuación.

7. Estrategias contra la discriminación estructural: El empoderamiento y/o el *consciousness-raising*

La expresión castellana “empoderamiento” es la traducción de la expresión inglesa “*empowerment*”, y designa un concepto que tiene origen en el movimiento estadounidense de la lucha por los derechos civiles de los años sesenta, encabezado primero por la minoría afroamericana, pero en el que participarán pronto otras minorías en sentido sociológico, como las mujeres⁴⁴. De esta manera, aunque por la etimología de la palabra, empoderamiento

⁴² Así, para Nancy Fraser (2009, p. 110-111) la crítica llevada a cabo por el feminismo de la segunda ola, propiciando la sustitución de la paga familiar única por la familia con dos fuentes de ingresos, habría proporcionado, aunque involuntariamente, el ingrediente clave del nuevo espíritu del neoliberalismo.

⁴³ Es decir, de nuevo la sombra del efecto *boomerang* por compatibilizar dos objetivos loables pero con lógicas diversas: 1) uno práctico (cubrir las necesidades materiales de las mujeres que desempeñan ya ese trabajo de cuidado y no tengan posibilidad de acceso a otro en el mercado) pero conservador; con 2) otro estratégico y de cambio (eliminar el rol).

⁴⁴ Con carácter general sobre esto vid. la contribución de Magdalena León en el libro por ella compilado (1997).

significa sólo adquisición de poder –evidentemente, por alguien que carece del mismo-, debido al contexto de su uso, el significado de empoderamiento va indisolublemente unido a la adquisición de poder por parte de un grupo o minoría que sufre discriminación estructural (o, si se quiere, subdiscriminación). En este sentido, pues, empoderamiento es un término que designa también un fenómeno colectivo que, por lo demás constituye la fuente material del Derecho antidiscriminatorio moderno⁴⁵.

El concepto de empoderamiento, como cualquier otro concepto de naturaleza socio-política, resulta vago, y no podía ser de otra manera teniendo en cuenta que, además, ha sido teorizado desde un amplio espectro disciplinar que incluye la psicología, la antropología, la ciencia política, la economía, etc.⁴⁶. Pero lo que en cualquier caso exige (y, por lo tanto, da pie para ello) es una reflexión sobre el empleo del término “poder” en el mismo⁴⁷.

Así, conviene recordar que la referencia a las relaciones de poder es clave en el concepto de discriminación estructural recogido más arriba. Entonces se vio la configuración de éste en función de relaciones de poder intergrupales, pero con un concepto del poder en el que no había espacio para el debate sobre la semántica del término “poder” como el que se ha llevado a cabo en las últimas décadas en las ciencias sociales, o para los intentos de construcción de marcos conceptuales aparentemente “neutrales” sobre el mismo⁴⁸. Por el contrario, el punto de partida es la distribución *real* del poder en la sociedad y, en consecuencia, hablar de poder implica hablar de dinámicas de dominio y subordinación en relación a un factor de opresión (sexo-género, clase, raza, etc.). Por eso habla Rowlands, en este sentido, de “poder sobre”.

El *poder sobre* –dice Rowlands (2009, 1)- significa que ciertas personas tienen control o influencia sobre otras y –añade- “un análisis de género muestra que el ‘poder sobre’ lo ejercen predominantemente los hombres sobre otros hombres, los hombres sobre las mujeres, y los grupos sociales, políticos, económicos o culturales dominantes sobre los que están marginados. Es, por tanto, un instrumento de dominación, cuyo uso puede verse en la vida

⁴⁵ Vid. en este sentido Barrère (1997, 2001).

⁴⁶ De ello da buena muestra el libro compilado por Magdalena León ya citado y referido expresamente al empoderamiento de las mujeres. De la extensa literatura existente sobre el concepto de empoderamiento, incluso del referido exclusivamente a las mujeres, cabe mencionar además las aportaciones de Jo(anna) Rowlands (1997 – fundamentalmente el cap. 2- y 2009), de las cuales son en buen parte deudoras las ideas que se recogen a continuación.

⁴⁷ Algo que, por ejemplo, no resulta tan evidente en términos que se le podrían asemejar en su significado como “liberación” o “emancipación”.

⁴⁸ Sobre la ausencia de esta visión, Rowlands se remite ejemplificativamente a las aportaciones feministas de Hartsock (1985, 1990) y Starhawk (1987).

personal de la gente, en sus relaciones más próximas, en sus comunidades y más allá de ellas”.

Esto último (que este poder pueda “verse”) no quiere decir que no pueda ejercerse de manera muy sutil. De hecho –como advierte la propia Rowlands (2009, pp. 1-2)- algunas autoras feministas se han ocupado de describir cómo se interioriza la opresión y cómo, cuando eso se produce, el uso manifiesto del “poder sobre” deja de ser necesario⁴⁹. Y, de hecho, es precisamente aquí, y a partir del fenómeno de la interiorización de la opresión, cuando se justificaría el uso de un concepto de em(poder)amiento entendido como adquisición e interiorización de poderes que permitan a las mujeres enfrentar formas de opresión vigentes en sus vidas (Lagarde, 2001).

A tenor de todo lo anterior parece claro que el concepto de empoderamiento, adquiera el desarrollo que adquiera, y sea nombrado como tal o no⁵⁰, parte de una dinámica de opresión y –especialmente- de una opresión interiorizada o sutil. Reconocer o tomar conciencia de la opresión y conocer sus dinámicas, resultará pues determinante para que las personas que forman parte de los grupos oprimidos puedan percibirse a sí mismas con “poder desde” (para tomar conciencia de su subordinación y aumentar la confianza en sí mismas), “poder con” (para organizarse entre sí) y “poder para” (identificar sus intereses y transformar la realidad que les limita y perpetúa su subordinación)⁵¹; una manera de entender el poder, pues, que aun teniendo su desencadenante en el “poder sobre”, nada tendría que ver con él⁵². En síntesis, y con una definición propia, el empoderamiento consistiría en un proceso evidenciado de toma de conciencia por parte de las mujeres de su discriminación estructural que exigiría tanto una *toma de conciencia* como una *toma de postura*⁵³.

⁴⁹ A modo de ejemplo, Pheterson (1990) y Jackins (1983).

⁵⁰ Porque, a nuestro juicio, cuando Celia Amorós (1987) teoriza sobre el “espacio de los iguales” (el de los varones) y el “espacio de las idénticas” (el de las mujeres) también está haciendo referencia implícita a la necesidad de empoderamiento de las últimas. Empoderarse significaría, a este respecto, reconocerse (y ser reconocida) como sujeto con poder.

⁵¹ Vid. sobre estas tres dimensiones y su consideración de “suma positiva” de poderes, Rowlands (en León 1999, p. 220 y ss).

⁵² A este respecto resulta interesante la observación que recoge Rowlands de Kelly (1992), según la cual el término ‘empoderamiento’ se referiría a ese “poder para”, que se lograría aumentando la capacidad de una persona de cuestionar y resistirse al “poder sobre”. Parafraseando a Rowlands esta definición del “poder para”, que definiría al poder en términos generativos (y no de dominio-obediencia) serviría para hacer referencia, por ejemplo, al poder en el liderazgo, en el que alguien trata de estimular la actividad de ciertas personas y elevar su estado de ánimo, que surge del deseo de ver que un grupo alcanza todo aquello de lo que no es capaz y donde no hay conflicto de intereses (p. 2). Una variante curiosa del significado de ‘empoderamiento’, que en cierta manera rompería con la división entre el ‘poder sobre’ y el ‘poder para’ sería la que la propia Kelly incluye (junto con Ch. A. Booth) en forma de voz (2004) y que, básicamente, haría referencia a la cesión de poder y responsabilidad de decisión de la empresa hacia su personal.

⁵³ El binomio toma de conciencia/toma de postura se toma aquí de Bobbio (1979), si bien no con la finalidad con la que el autor italiano la elabora (esto es, para fundar la separación entre teoría e ideología). Según advierte este autor “la teoría es la expresión de la actitud puramente *cognoscitiva* que el hombre asume ante una determinada realidad, y está

Pero ¿cómo entronca este concepto con el Derecho, su aplicación y, más en general, con la cultura jurídica?

Lo primero que cabe decir al respecto es que, tras su empleo en la década de los setenta por los grupos de mujeres, la referencia al empoderamiento se incorpora en la III Conferencia Internacional de la Mujer (Nairobi, 1985) desde la problemática más concreta de las mujeres del “Tercer Mundo”⁵⁴ y se utiliza profusamente en la IV Conferencia (Beijing, 1995)⁵⁵. Sin embargo, lo único claro que se refleja en el uso de este término en la Declaración de Beijing es su vinculación al avance de las mujeres y su condición de requisito para propiciar la participación de las mismas en la sociedad.

B) Por otro lado, y paralelamente al discurso de las disciplinas sociales y de los organismos internacionales sobre el empoderamiento de las mujeres, a lo largo de la década de los setenta se introduce también en el discurso iusfeminista académico un concepto de inspiración marxista que solapa su significado: el “*consciousness raising*” (expresión traducible como toma de conciencia o, mejor, despertar de las conciencias, en adelante CR) potenciado por MacKinnon⁵⁶.

La adaptación al feminismo de un concepto que tiene un nexo alternativo indiscutible con la idea marxiana de la “falsa conciencia” se debe a la propia MacKinnon (1982) quien, además, pretende elevarlo a un plano metodológico. Este último aspecto es el que presenta aquí interés, además del paralelismo (que no interconexión) entre el feminismo y el marxismo, que forma parte fundacional del ensayo de esta autora: “*la sexualidad es al feminismo lo que el trabajo es al marxismo*”⁵⁷.

por tanto constituida por un conjunto de juicios de hecho que tienen el único objetivo de *informar* a los demás sobre tal realidad; la ideología por el contrario es la expresión de la actitud *valorativa* que el hombre asume ante una realidad, y consiste en un conjunto de juicios de valor relativos a ella, juicios que se fundan en un sistema de valores asumido por quien los formula, y que tienen como objetivo *influir* sobre tal realidad” (p. 265). Por si no hubiera quedado suficientemente claro ya, aquí *no* se vislumbra la posibilidad de una *teoría* sobre la discriminación *sin ideología*.

⁵⁴ No hay que olvidar que detrás de esta incorporación está la obra de Gita Sen y Karen Grown (1987) que se refiere expresamente en su título a las “perspectivas de las mujeres en el Tercer Mundo”.

⁵⁵ Efectivamente, es posible contabilizar la referencia al empoderamiento de las mujeres en la Declaración en diez ocasiones (puntos 7, 12, 13, 17, 19, 21, 24, 32, 35, 36). En la última, sin embargo (punto 36), se incluye a las mujeres en el empoderamiento más general de las personas pobres: “empowering the poor, particularly women”. Conviene precisar, no obstante, que así como en la versión inglesa de la Declaración el término que aparece es “empowerment”, en las distintas versiones al castellano de la Declaración que circulan (no hay más que hacer una incursión en la red), lo mismo que hay quien prefiere incorporar el neologismo/anglicismo “empoderamiento”, hay quien traduce “empowerment” como “potenciación de la mujer” o “potenciación del papel de la mujer”, una traducción, esta última, que no recoge el alcance político del concepto que se ha mencionado.

⁵⁶ MacKinnon (1982, p. 519, en nota) recopila media docena de textos en los que se recogería previamente este concepto.

⁵⁷ Frase con la que comienza MacKinnon su ensayo de 1982.

Para MacKinnon, CR constituiría la mayor técnica de análisis, estructura de organización, método de práctica, y teoría del cambio social del movimiento de las mujeres. En CR, se trataría de seguir una mecánica de grupos de mujeres, en los que la dominación masculina sería descubierta y analizada en lo concreto, mediante la puesta en común que las mujeres, hablando entre ellas, efectuarían de su experiencia, y desde su experiencia (1982, p. 519).

Dado el papel central que MacKinnon atribuye a la sexualidad a la hora de referirse al poder masculino, el ámbito de la experiencia destinado a ser puesto en común por las mujeres mediante el CR sería el siguiente: el aborto, el control de la natalidad, el abuso en la esterilización, las agresiones domésticas, la violación, el incesto, el lesbianismo, el acoso sexual, la prostitución, la esclavitud sexual femenina y la pornografía (1982, p. 529).

También formaría parte del CR la fórmula feminista de que lo personal es político, un concepto –dice MacKinnon- que no es un símil, ni una metáfora, ni una analogía (p. 534), sino que significa que la experiencia distintiva de las mujeres como mujeres ocurre dentro de esa esfera que ha sido socialmente vivida como lo personal –privado, emocional, interiorizado, particular, individualizado, íntimo- con el fin de que la repercusión política de la situación de las mujeres sea el conocimiento de las vidas personales de las mujeres (p. 535). En definitiva, el CR, concebido como la política de la experiencia de las mujeres, se convierte, para MacKinnon, en “el método feminista” (p. 535)⁵⁸.

Así, el CR desafiaría la distinción entre sujeto cognoscente y objeto conocido, entre lo objetivo y lo subjetivo como instrumentos para “comprender” la vida social. Mediante el CR –señala MacKinnon- las mujeres apresan la realidad colectiva de su condición desde su propia experiencia y no desde fuera de ella (p. 536). De este modo, la distinción epistemología /ontología termina por perder sentido (p. 538, en nota).

Por lo demás, con una enorme agudeza expresiva, MacKinnon señala cómo, mediante el CR “las mujeres aprenden que han *aprendido* que los hombres lo son todo, que las mujeres son su

⁵⁸ No está de más observar, aunque sea *en passant*, que, como señala Bartlett (1991, pp. 382-3), a medida de que el CR fue tomando cuerpo, los desacuerdos entre las propias feministas sobre el significado de determinadas experiencias comenzaron a proliferar. Por ejemplo, cuestiones como las de si las mujeres pueden escoger voluntariamente la heterosexualidad, o la maternidad, si las feministas tienen más que ganar o que perder en las restricciones contra la pornografía, o sobre las madres de alquiler, o sobre si las mujeres deben cumplir el servicio militar. Tanto es así que comenzaron también las acusaciones recíprocas de complicidad en la opresión de las mujeres, llegando asimismo los desacuerdos al propio método de CR, quejándose algunas mujeres de que en ocasiones dicho método presionaba a la mujeres a convertir sus experiencias en posturas -no tanto vivencialmente como- políticamente correctas.

negación, pero los sexos son iguales”, y también cómo su inferioridad –su desigualdad- es vista como un producto de la sujeción, convirtiéndose así el CR en un modo de “adquirir fuerza”⁵⁹.

Habiendo llegado a este punto del pensamiento de MacKinnon ya no es necesario seguir: el concepto de CR y el concepto de empoderamiento convergen⁶⁰, al margen de que en la obra de la estadounidense encuentre, además, una enorme proyección jurídica⁶¹.

8. Balance y propuestas conclusivas

A lo largo de este trabajo se han sucedido los siguientes pasos argumentativos: 1) se ha detectado una problemática consistente en la mayoritaria y persistente asunción por parte de las mujeres del trabajo relativo al cuidado de familiares; 2) se ha caracterizado esa problemática como una manifestación más de la discriminación estructural que sufren las mujeres; 3) se ha puesto en cuestión la utilización del concepto de discriminación indirecta como estrategia jurídica para la resolución de esta problemática; al hilo de lo cual, 4) se han puesto de relieve las limitaciones de la configuración legislativa de las políticas de igualdad, tanto en su diseño general (principios y conceptos) como en líneas de actuación más concretas; para, por último, 5) dar entrada, como posible estrategia ante el problema, al concepto de empoderamiento o CR.

De todos estos pasos no ha quedado claro el último o, más explícitamente, no ha quedado claro en qué medida el concepto de empoderamiento, profusamente mencionado en un texto de proyección jurídica universal como es una Declaración de la ONU, puede engarzar en una cuestión tan concreta como la reflejada en los casos jurisprudenciales de los que se ha partido. De ahí que se dedique este apartado a dar respuesta a este interrogante: ¿qué proyección puede tener el concepto de empoderamiento con el hecho de que sean las mujeres quienes invocan su derecho a no ser discriminadas con el fin de reducir su jornada de trabajo para cuidar de su prole, o con el fin de lograr excedencias para cuidar de sus ascendientes?

⁵⁹ En el original, y refiriéndose a las mujeres: “Their chains become visible, their inferiority –their inequality- a product of subjection and a mode of *its enforcement*” (p. 542, énfasis añadido).

⁶⁰ Resulta chocante a este respecto la impermeabilidad recíproca entre el discurso feminista del empowerment y el del CR. No resultaría extraño –aunque sea como hipótesis que, por lo tanto, habría que comprobar- que ello se debiera a la incomunicación entre el feminismo de la estadounidense y –si se puede hablar así- el feminismo “del sur”, el primero anclado en la problemática de la sexualidad y el interés por desviarse del marxismo y el último aparejado a la problemática del desarrollo y haciendo uso, a su vez, del discurso marxista.

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.

La respuesta, en la línea de lo mantenido en el segundo de los apartados de este trabajo, es del siguiente tenor: la referencia al empoderamiento contenida en la Declaración de Beijing vendría a reforzar el concepto de discriminación estructural a nivel jurídico, impidiendo fundar en el derecho a la no discriminación la pretensión de las mujeres en ambos casos o, simultáneamente, impidiendo a un órgano judicial concederla.

Esta respuesta requiere, sin embargo, ciertas matizaciones, a fin de no ser malinterpretada.

En primer lugar, quede claro que, en cualquiera de los dos supuestos, las mujeres están en “su derecho” de actuar de ese modo (nadie les puede impedir solicitar la reducción de su tiempo de trabajo o la excedencia del mismo para dedicarse al cuidado de sus familiares). En segundo lugar, tampoco se quiere decir que las mujeres que se ven compelidas por el sistema económico y de género (objetiva y/o subjetivamente)⁶² no deban ser atendidas (eventualmente) por el poder judicial. Lo que se pone en cuestión es el argumento empleado, es decir, que amparen su pretensión en el argumento de que, como son las mujeres quienes se dedican mayoritariamente a las labores de cuidado, si no se les permite dedicarse al cuidado se les discrimina.

Volviendo a los casos concretos, aquí no se está cuestionando el *resultado* de la STC 3/2007 ni el que, en su caso, habría tenido lugar en el caso de erigirse la opinión manifestada en los votos particulares del Auto 200/2007 a opinión mayoritaria del TC⁶³. Lo que se pone en cuestión es que el amparo jurídico a esas dos mujeres tenga que efectuarse utilizando como *argumento* un concepto del derecho a la no discriminación que no cuestione el dato de que sean las mujeres quienes se dedican mayoritariamente al cuidado.

Con el fin de no dejar lo dicho en una crítica sin alternativas, se avanzarán algunas ideas. La primera tiene que ver con la necesidad de que el ordenamiento jurídico se haga eco y, sobre todo, gestione acertadamente, una distinción ya clásica y ampliamente utilizada por la teoría feminista “del sur”, como es la establecida entre “intereses estratégicos de género” e “intereses prácticos de género”, entre la “condición” de las mujeres y la “posición” de las mujeres⁶⁴.

⁶² Objetivamente en el sentido de que lo hagan por necesidades o intereses económicos; subjetivamente si lo hacen por el peso que ejerce la norma que le atribuye el rol del cuidado.

⁶³ ¿O es que resultaría más justo que los poderes públicos no diferenciaren entre quien tiene que reducir su jornada laboral o abandonar su trabajo (con las correspondientes mermas retributivas y de merma en su pensión) para ocuparse de un trabajo tan necesario socialmente como el cuidado de sus familiares y entre quien decide hacerlo –por ejemplo- para disfrutar de más tiempo de ocio?

⁶⁴ Vid. los trabajos de Molyneux, Moser y Young a los que se refiere Murguialday (2009). Sucintamente, y según los extractos de Murguialday a partir de Molyneux: a) los *intereses estratégicos de género* serían los que derivan del análisis de las relaciones de dominio/subordinación entre los géneros y expresan un conjunto de metas relacionadas con una organización más igualitaria de la sociedad; mientras b) los *intereses prácticos de género* serían los que se

Sintetizando: el ordenamiento jurídico tiene que saber diferenciar entre las respuestas a la discriminación estructural (los intereses estratégicos de género, la posición de las mujeres) y las respuestas a las situaciones concretas de necesidad derivadas de la discriminación estructural (los intereses prácticos de género, la condición de las mujeres). Dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico (incluyendo en esta expresión a la “comunidad jurídica” y/o a la “cultura jurídica”) tiene que establecer y saber gestionar la diferencia y la relación entre un Derecho antidiscriminatorio y un Derecho asistencial (y entre los derechos amparados en el primero y los derechos amparados en el segundo).

La segunda idea tiene sus miras puestas en la regulación de (las solicitudes y concesiones de) las reducciones de jornada para desempeñar labores de cuidado. Si la reducción fuera concedida *preferentemente a los varones* y, sólo en supuestos justificados (y, por tanto, subsidiariamente) a las mujeres, se estaría combatiendo la discriminación estructural a la vez que se estaría convirtiendo el Derecho en un instrumento de empoderamiento de las mujeres, que, en definitiva les ayudaría (subjettiva y objetivamente) a tomar postura⁶⁵.

Es cierto que, desde un planteamiento tradicional se podría objetar que, además de afectar a un ámbito propio del Derecho y del sector *privados*, este tipo de regulación intervendría también en *un ámbito si cabe más privado como es el familiar*, pero a ello se podría responder que es la propia división público-privado -tanto a nivel socio-político (ámbito público y ámbito privado), como a nivel económico (sector público-sector privado), como a nivel jurídico (derecho público-derecho privado)- la que, a modo de ficción⁶⁶ sostiene la discriminación estructural (económica y de género), y que el que no se pueda plantear su eliminación a corto plazo, no quiere decir que no quepa sugerir su puesta en cuestión y, al menos, su revisión.

La tercera propuesta está relacionada con la interpretación constitucional y, más en concreto, con los artículos relativos a los derechos de igualdad y no discriminación. Más precisamente, iría destinada a promover el reconocimiento en el artículo 9.2 de la CE (tradicionalmente considerado como la plasmación de la igualdad material o efectiva) de un principio antidiscriminatorio⁶⁷ que condicionara —impidiéndola— cualquier tentativa de efectuar una

formulan a partir de las condiciones materiales concretas en que viven las mujeres, como consecuencia de su ubicación dentro de la división genérica del trabajo, respondiendo a la percepción de una necesidad inmediata, generalmente asociada a las funciones de madre, esposa y responsable del bienestar familiar.

⁶⁵ Ésta bien podría ser calificada como una medida de acción positiva diferenciadora. Sería una medida de *acción positiva* en tanto dirigida a eliminar la discriminación estructural, y sería *diferenciadora* por tratar de manera diferente a hombres y a mujeres. Sobre este planteamiento de la acción positiva *vid.* Barrère (2004b).

⁶⁶ Por ficción se entiende aquí una construcción mental que, a pesar de su apariencia puramente descriptiva, no parte de la realidad para explicarla sino para legitimarla.

⁶⁷ En realidad, “antisubordiscriminatorio”.

lectura exclusivamente formal, neutra o bilateral de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 14 CE. Dicho de otro modo, el reconocimiento de este principio antidiscriminatorio requeriría –por un lado- que se pusiera en cuestión la presunción ampliamente aceptada en la cultura jurídica de que las disposiciones indiferenciadoras resultan igualitarias (mientras las diferenciadoras no), y –por otro- que la argumentación sobre el derecho a la no discriminación no sirviera para convalidar o reproducir la discriminación estructural.

Por último, y a modo de síntesis cabría concluir que el reconocimiento a todos los niveles jurídicos de la discriminación estructural y una configuración clara de los derechos derivados de tal reconocimiento sería la mejor manera de transponer el objetivo del empoderamiento marcado por la ONU a la cultura jurídica.

Bibliografía

AMORÓS, Celia (1987): “El espacio de los iguales, el espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación”, *Arbor*, nov-dic., pp. 113-128.

ATIENZA, Manuel (1985): *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona.

BARRÈRE, M^a Ángeles (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a 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*, nº 60, pp. 145-166.
- **(2003):** “Ciudadanía europea e igualdad de género”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 66, pp. 47-66.
- **(2004a):** “Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d’uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica”, *Ragion pratica*, nº 23, pp. 363-379.
- **(2004b):** “De la acción positiva a la ‘discriminación positiva’ en el proceso legislativo español”, *Jueces para la democracia*, nº 51, pp. 26-33.
- **(2008a):** “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coords.) *Género, violencia y derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 27-47.
- **(2008b):** “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en R. Mestre (coord.) *Mujeres, Derechos y ciudadanías*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 45-71.

BARTLETT, Katharine T. (1990): *Feminist Legal Methods*, *Harvard Law Review*, 103 y reimpresso parcialmente en Bartlett, K. T. y Kennedy, R. (eds) *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford, 1991, pp. 370-403, de donde se cita.

BAYLOS, Antonio y PÉREZ, J. (2006): “Sobre el Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”. Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios, nº 5, diciembre 2006, 10 págs.

BOBBIO, Norberto (1979): *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino.

CALVO, Manuel y PICONTO, Teresa (2003): *Conflictualismo y funcionalismo*, Portal Iustel, 15 pp.

EMAKUNDE (2007): *Las consecuencias del cuidado. Las estrategias de conciliación de los hombres y las mujeres en la C.A.P. V.*

FRASER, Nancy (2009): "Feminism, Capitalism and the Cunning of History", *New Left Review*, 56, pp. 97-117.

FRAZER, Elizabeth, y LACEY, Nicola (1993): *The Politics of Community. A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Harvester Wheatsheaf, London.

FREDMAN, Sandra (1992): "European Community Discrimination Law", *Industrial Law Journal*, vol. 21, 2, pp. 119-134.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007): "Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (A propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)", *La Ley*, n.º 6748, 5 pp.

GIL RUIZ, Juana Mª (2007): *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid.

HARTSOCK, Nancy C. M. (1985): *Money, Sex and Power: Towards a Feminist Historical Materialism*, Northeastern University Press, Boston.

- **(1990):** "Foucault on power: a theory for women?" en L. J. Nicholson (ed.): *Feminism/Postmodernism*, Routledge, New York and London.
-

JACKINS, Harvey (1983): *The Reclaiming of Power*, Rational Island, Seattle.

KELLY, Louise. (1992): "The Contradictions of Power for Women", paper presentado en la NFHA Women and Housing Conference, Mimeo.

- **(con Christopher A. Booth) (2004):** *Dictionary of Strategy*, Sage, London.

LEÓN, Magdalena (comp.) (1997): *Poder y empoderamiento de las mujeres*, Tercer Mundo Editores/Fondo de Documentación Mujer y Género de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

MAcKINNON, Catharine A. (1979): *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven.

- (1982): "Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 7, pp. 515-44.

MURGUIALDAY, Clara (2009): *Intereses y necesidades de género*, <http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/112>, pp. 1-4. (recup. 07/05/2009).

OKIN, Susan M. (1989): *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York.

- (1994): "Political liberalism, Justice and Gender", *Ethics*, vol. 105, n. 1, pp. 23-43.

PATEMAN, Carole (1988): *The Sexual Contract*, Polity Press/Basil Blackwell, Cambridge/Oxford (trad. cast. *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1995).

PHETERSON, G. (1990): "Alliances between women: overcoming internalised oppression and internalised domination", en A. Albrecht and R. M. Brewer (eds) *Bridges of Power: Women's Multicultural Alliances*, New Society, Philadelphia.

ROWLANDS, Jo(anne) (1997): *Questioning Empowerment. Working with Women in Honduras*, Oxfam, Oxford.

- *El empoderamiento a examen* (<http://www.developmentinpractice.org/readers/spanish-readers/yDiversidadSocial/ro>), pp. 1-9 (recup. 13/05/2009).

SEN, Gita y GROWN, Karen (1987): *Deveolpment, Crises and Alternative Visions: Thid World Women's Perspectives*, Monthly Review Press, New York (trad. cast. *Desarrollo, crisis y enfoques alternativos: perspectivas de las mujeres del Tercer Mundo*, Colegio de México).
STARHAWK [pseud. M. Simos] (1987) *Truth or Dare: Encounters with Power, Authority and Mystery*, Harper & Row, San Francisco.

TOBÍO, Constanza (2005): *Madres que trabajan. Dilemas y estrategias*, Cátedra, Madrid.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2009): “La estructura formal de la Ley de Igualdad: Una aproximación a su calidad técnica”, *Relaciones laborales*, 11, 2009, pp. 1-8.

YOUNG, Iris M. (1990): *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton (N.J.).