

SECCIÓN ABIERTA

LA ACTUALIDAD DEL ANÁLISIS FEMINISTA DEL DERECHO AL HILO DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RECIENTES

The Current Situation of Feminist Legal Analysis in the Light of Recent Judicial Decisions

Ariadna AGUILERA RULL

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

RESUMEN

Este trabajo pretende mostrar la actualidad y necesidad de la crítica feminista a un derecho que ha incorporado ya políticas antidiscriminatorias. Aunque desde el feminismo se hayan denunciado repetidamente determinadas dinámicas jurídicas perjudiciales para las mujeres, este artículo trata de ilustrar mediante resoluciones judiciales actuales, que la mayor parte de las funciones de un análisis feminista del derecho no se han agotado todavía. Las sentencias analizadas muestran cómo el derecho penal y la aplicación que de éste hacen los tribunales sigue siendo masculina, cómo en las decisiones sobre la atribución de la custodia de los hijos comunes en casos de separación y divorcio continúan jugando un papel central ciertos estereotipos femeninos y cómo en la aplicación de los delitos contra la libertad sexual sigue dándose poco crédito a la palabra de las mujeres víctimas.

Palabras clave: feminismo, crítica del derecho, derecho antidiscriminatorio.

ABSTRACT

This paper defends the need and importance of the feminist analysis of the Spanish legal system, in spite of its having already introduced antidiscrimination policies. Although feminists have repeatedly denounced legal dynamics which are prejudicial for women, this article illustrates, using recent judicial resolutions, that the vast majority of purposes of the feminist critique have still not been exhausted. The judicial decisions analyzed show how criminal law and its application by courts is still male, how feminine stereotypes continue to play a central role in decisions about custody issues and how courts give little credit to the woman's word in cases of sexual violence.

Key words: feminism, feminist jurisprudence, anti-discrimination law.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende mostrar la actualidad y necesidad, todavía a día de hoy, de una crítica feminista del derecho. Aunque desde el feminismo se hayan denunciado repetidamente determinadas dinámicas jurídicas perjudiciales para las

mujeres, este artículo trata de demostrar mediante resoluciones judiciales actuales, que la mayor parte de las funciones de un análisis feminista del derecho no se han agotado todavía. La adopción de políticas antidiscriminatorias, que ha supuesto un paso muy importante en la dirección correcta, no ha logrado acabar del todo con una jerarquización entre los sexos de los que la discriminación —entendida como trato desfavorable de una mujer que se encuentre en una situación comparable a un hombre— es tan sólo una forma de expresión. El trabajo no persigue ni abarcar todas las funciones que un análisis feminista puede cumplir, ni presentar todas las estrategias adoptadas o posibles, pues tal objetivo excedería las posibilidades de un artículo. Tan sólo pretende ilustrar mediante ejemplos jurisprudenciales actuales, en qué consiste y se concreta tal acercamiento. En la medida en que el trabajo se adentra en distintos ámbitos y problemáticas —violencia machista, delitos contra la libertad sexual, atribución de custodia, acciones positivas, medidas de conciliación— no los agota, sino que se centra en analizar sólo determinados aspectos de cada uno.

2. DESENMASCARAR FALSAS NEUTRALIDADES: ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA MACHISTA

El análisis feminista del derecho ha criticado la configuración aparentemente neutral pero en realidad masculina del derecho. Ésta ha sido ilustrada por penalistas como Elena Larrauri Pijoan¹ y Juana Gil Ruíz², que han sacado a la luz cómo los tipos penales tomaban como medida al hombre y sus atributos y perjudicaban, por tanto, a las mujeres.

Las mujeres matan mucho menos que los hombres³, muchísimas menos mujeres matan a sus parejas que a la inversa y éstas suelen hacerlo como respuesta a una violencia de la que son víctimas⁴. Por eso, tiene sentido analizar la aplicación de ciertos tipos penales a las mujeres que, defendiéndose de sus ataques, agraden a sus maridos o parejas.

En estos casos, a efectos de determinar si lo que motivó la acción de la mujer fue un ánimo de matar o tan sólo de lesionar se tiene en cuenta, entre otras

1. Elena LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, IB de F, Montevideo/Buenos Aires, 2008.

2. Juana GIL RUÍZ, Los diferentes rostros de la violencia de género, Dykinson, 2008, pp. 205-229.

3. De acuerdo con la Estadística de condenados de 2010 publicada por el Instituto Nacional de Estadística, de un total de 1.415 homicidios, 1.310 fueron cometidos por hombres y 105 por mujeres.

4. El Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex-pareja elaborado por el Consejo general del poder judicial mostraba que en el año 2010 el número de hombres que habían perdido la vida a manos de sus parejas mujeres ascendía a seis frente a 73 mujeres. De esos seis casos de homicidio, en uno de ellos la mujer había presentado una denuncia por violencia de género contra el marido. Así mismo de los nueve hombres muertos a manos de sus parejas mujeres en 2009, dos de ellos habían sido denunciados previamente por violencia de género.

cosas, la dimensión del arma empleada y esto se interpreta como indicio de que concurre el dolo homicida⁵.

En la SAP de Cantabria, de 16.2.2010 (JUR 2010\358768), la Audiencia entiende que concurre en la acusada el “animus necandi” en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que infiere tal voluntad de tres elementos: la clase de arma utilizada, la zona del cuerpo a la que se dirige el golpe contra la víctima y la intensidad del golpe. La pareja de la procesada la estaba sujetando por el pelo, mientras le propinaba puñetazos en la cara, ojos y nariz, como respuesta a ello, la mujer “cogió un cuchillo de cocina que se encontraba en el fregadero, a su alcance, de 12 centímetros de hoja, y, para zafarse de los golpes que estaba recibiendo pero sin desconocer que podía matarlo al hacerlo, se lo clavó en el pecho a la altura del corazón”. Para la Audiencia resultan determinantes tanto la dimensión del cuchillo como el lugar en el que la acusada se lo clava a su agresor. ¿Tenía la mujer una alternativa realista de defenderse? Ésta utilizó con toda probabilidad el único cuchillo que tenía a mano y propinó la cuchillada a la altura de su propio brazo. Difícilmente hubiera podido hacerlo, como apunta el Tribunal, en un brazo del agresor si éste estaba pegándole.

En la SAP de Burgos de 9.4.2007 (ARP 2007\560) la Audiencia considera asimismo que concurre el dolo de matar porque la acusada, que estaba siendo agredida por su marido, le clava “un cuchillo de cocina con hoja de sierra de 12 cms. y empuñadura de madera, utensilio de gran peligrosidad”.

En la SAP de Valencia de 5.12.2008 (JUR 2009\131992), el Tribunal consideró que la acción de la acusada “estuvo guiada por un “animus necandi”, tanto por la peligrosidad potencial del instrumento empleado para la agresión, que previamente cogió de la cocina de la casa, como por la intensidad de la cuchillada”. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: tras el regreso del marido de la acusada a casa, éste entabló una discusión, que desembocó en un forcejeo. El esposo abandonó el domicilio amenazando con quemar el coche de su mujer, ante lo cual ella cogió un cuchillo de la cocina y bajó a la calle para impedirlo. Al acercarse a su marido, éste le puso la zancadilla propinándole patadas y puñetazos tras caer ella al suelo. Al hacer él el ademán de quitarle el cuchillo, ella se lo clavó.

La apreciación del dolo de matar implica que se califique el delito como de homicidio en grado de tentativa. Sin embargo, la mujer que siendo atacada brutalmente por su marido⁶ le clava un cuchillo, no busca necesariamente matarle sino tan sólo evitar eficazmente que continúe el ataque, como demuestra el hecho de que muchas llamen acto seguido a una ambulancia. Se ignora que debido a

5. Ver la STS, Sala 2.^a, de 11.10.2011 (RJ\2011\7068) en que la acusada golpea con una mancuerna a su marido estando éste acostado en la cama y le provoca la muerte. El Tribunal responde a la recurrente que niega la existencia de dolo homicida, que éste “aparece claro dadas las características del arma empleada, el lugar donde se propinan los golpes, la reiteración de los mismos y su intensidad”.

6. STS de 21.11.2010, (RJ 2010\9026).

las diferencias físicas entre hombre y mujer, la mujer no tiene la alternativa de golpear con el puño⁷ o de elegir un arma de menores dimensiones. Pues si hace esto último no tiene garantizado poder repeler el ataque.

En la SAP de las Islas Baleares, de 24.2.2000 (ARP/2000/2091), la Audiencia consideró que no podía apreciarse una tentativa de homicidio en un caso en que la acusada, que estaba siendo golpeada y agredida sexualmente por su marido, cogió de la mesilla de noche unas tijeras que el marido usaba para cortarse el bigote y se las clavó. El Tribunal entendió que las tijeras eran demasiado pequeñas para poder causar la muerte. Lo que hay que destacar aquí es que la defensa de la acusada no impidió que su marido siguiera agrediéndola, cayendo ambos sobre la cama.

Los Tribunales aprecian también la agravante de alevosía si la mujer actúa cuando el marido está borracho o durmiendo⁸. Sin embargo, ¿tiene realmente el mismo sentido aplicar esa agravante a la mujer que pretende matar a un hombre? La mujer que se enfrenta a un hombre cara a cara tiene pocas opciones de matarle, ella no tiene, en realidad, la alternativa de agredir de forma “caballerosa” y por tanto lo hace de la única forma posible⁹. La consideración de más grave que supone la agravante de alevosía sólo se justifica cuando los que se enfrentan son sujetos que se hallan en igualdad de condiciones. La inadecuación de tal agravante para medir, en supuestos de violencia contra las mujeres, la gravedad del hecho queda muy bien ilustrada en dos casos en que los Tribunales negaban la concurrencia de alevosía porque la mujer pudo racionalmente prever que iba a ser agredida.

En el primero de los casos la AP de Zamora, en su sentencia de 15.4.2010 (ARP\2010\636) considera que “no hubo ninguna de las modalidades de alevosía, pues ni hubo traición, ni ataque súbito e inesperado, ni desvalimiento de la víctima, pues en relación a las agresiones que le producen las heridas en la cabeza no se produce de forma súbita e inesperada, ni a traición, sino con enfrentamiento entre víctima y agresor”. Respecto de las cuchilladas que causan la muerte de la víctima, la Audiencia afirma que “los primeros actos de acometimiento, intentado acuchillar a la víctima, se produjeron de frente y la víctima los rechazó, con el anverso de la mano derecha, y agarrando la hoja del cuchillo con la mano izquierda. Los siguientes actos de acuchillamiento [...] es muy probable que no se hubiera propinado en la huida de la víctima hacia el dormitorio, sino cuando la víctima hizo un giro con intención de evitar los golpes que le lanzaba el agresor”.

7. Elena LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, IB de F, Montevideo/Buenos Aires, 2008, p. 47.

8. En la misma sentencia, STS, Sala 2.ª, de 11.10.2011 (RJ/2011/7068), el Tribunal confirma la aplicación de la agravante de alevosía porque la agresión se produjo cuando “marido estaba tranquilo, en la cama, que no gritó, lo que revela que la agresión se realizó en unas circunstancias en las que para la víctima resultaba inesperada”.

9. Elena LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, IB de F, Montevideo/Buenos Aires, 2008, pp. 48-49.

En el segundo de los casos la AP de Badajoz en su pronunciamiento de 21.11.2011 (APR\2011\1371) niega asimismo que pueda apreciarse la agravante de alevosía y pueda, por tanto, calificarse la conducta de asesinato “por cuanto el sujeto pasivo no estaba inadvertido del peligro, pues al descubrir el cuchillo debajo de la cama pudo prever racionalmente un posible ataque de su pareja, al que previamente había visto ‘raro’, le había dado un beso ‘frío’”.

Si la especial gravedad asociada a la alevosía consiste en asegurar la ejecución de la conducta eliminando las posibilidades de defensa por parte de la víctima y suprimiendo los riesgos existentes para el agresor, prácticamente siempre que un hombre ataca a una mujer, éste ataque podría considerarse alevoso.

También el tratamiento de la legítima defensa en supuestos en que la mujer agrede a su marido o pareja merece una mención. En algunos casos, los Tribunales se niegan a apreciar la eximente de legítima defensa porque entienden que se trata de una riña mutuamente aceptada, en la que los contendientes se constituyen en “recíprocos agresores, en mutuos atacantes, no detectándose un “animus” exclusivamente defensivo, sino un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista, invalidándose la idea de agresión injusta ante el aceptado reto o desafío entre los contrincantes”¹⁰. Valdría, sin embargo, la pena plantearse en qué medida el concepto de riña es masculino, porque está presuponiendo la posibilidad de escapar —que la mujer en muchas ocasiones no tiene porque la agresión se produce justamente en la casa, dónde las posibilidades de huida son limitadas, o sencillamente porque es menos rápida que el atacante— o de defenderse sin atacar —opción también más remota para la mujer que no tiene la fuerza o corpulencia necesarias para neutralizar al atacante. Tampoco estaría de más contextualizar la riña, es decir, ¿por qué ataca la mujer al marido? ¿Lo hace tal vez como respuesta a un maltrato anterior?

En otros supuestos, no llega a aplicarse la eximente completa de legítima defensa, bien porque los Tribunales niegan la actualidad de la agresión¹¹ o bien porque consideran que existe una desproporción entre el ataque y el medio defensivo.

La STS, Sala 2.ª, de 21.11.2010 (RJ 2010\9026) casa la sentencia de instancia que negaba la concurrencia de la eximente de legítima defensa completa porque “la desproporción en el medio empleado es evidente al utilizar un cuchillo contra puñetazos”.

La STS, Sala 2.ª, de 29.5.2009 (RJ 2009\3214) absuelve a la acusada del delito de lesiones graves por el que había sido condenada al apreciar la eximente

10. STS, Sala 2.ª, de 15.7.2010 (JUR 2010\287473), en la que aunque no lograron esclarecerse del todo los hechos, sí constaba que el acusado acudió al domicilio de su pareja, pretendiendo entrar en ésta, a raíz de lo cual surgió una discusión entre ambos. Como consecuencia de ésta ella le rasgó con un cuchillo mientras que él le pegó con un palo. En tanto que la puerta de la casa estaba rota, aparentemente el acusado utilizó el palo, para acceder a la vivienda.

11. STS, Sala 2.ª, de 4.3.2012 (RJ 2011\2634), FJ 3º.

completa de legítima defensa. La recurrente —tras una fuerte discusión en el transcurso de la cual su pareja la dio con una sartén en la cabeza— estaba cortando verduras con un cuchillo cuando fue atacada de nuevo por su compañero, que comenzó a golpearla, momento en que ésta le propinó dos cuchilladas. Ante tales hechos el Tribunal de instancia apreció la eximente incompleta de legítima defensa al considerar que clavar el cuchillo supone una desproporción en el medio empleado.

El ATS, Sala 2.^a, de 4.10.2007 (JUR 2007\334495) confirmó la sentencia de instancia que condenó a la mujer, que siendo golpeada por su marido y habiendo llamado a la policía, le clavó un cuchillo de cocina, como autora de un delito de homicidio en grado de tentativa. El Tribunal niega, como la Sala de instancia, la concurrencia de la eximente completa de legítima defensa por “la desproporción existente entre el medio de la agresión (las manos) y el instrumento de defensa utilizado, un cuchillo de cocina con una hoja de 12 cm”.

Sin embargo, la mujer que, víctima constante de malos tratos, clava un cuchillo a su marido borracho durante una discusión, el día siguiente a que éste intente estrangularla, percibe muy probablemente la agresión de él como inminente¹². Tal inminencia debería bastar para justificar la necesidad de defensa¹³ o cuanto menos debería poder apreciarse, si la mujer ha sobrevalorado el riesgo, una legítima defensa putativa¹⁴ —que de ser considerado invencible el error excluye la responsabilidad penal—. Esto exige revisar requisitos como el de la actualidad de la agresión que no tienen, de nuevo, en cuenta que esa exigencia anulará en muchos casos totalmente las posibilidades de defensa de la mujer, que necesariamente debe anticiparse al ataque.

Es pues ésta una de las denuncias del feminismo, la de que el sistema jurídico, aunque se presente como tal no es neutral. No lo es ni cuando interviene regulando la vida de su ciudadanía, ni cuando no interviene, sustentando lo que hay. Pero aunque el análisis feminista haya puesto claramente de relieve lo peligroso que puede ser la pretensión de neutralidad del derecho¹⁵, algunas políticas de igualdad están cayendo en la trampa de la neutralidad. Una neutralidad que es incompatible, por ejemplo, con la norma de la preferencia materna en la atribución de la custodia, aunque las estadísticas y las encuestas sobre los usos del tiempo muestren, que

12. Éstos eran los hechos probados en el caso resuelto por la STS, Sala 2.^a, de 4.3.2012 (RJ 2011\2634).

13. Elena LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, IB de F, Montevideo/Buenos Aires, 2008, pp. 56-59.

14. Elena LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, IB de F, Montevideo/Buenos Aires, 2008, pp. 79-81.

15. Denuncia la falsa apariencia de neutralidad del derecho: M.^a Paz GARCÍA RUBIO, «Comprender y transmitir el derecho de las mujeres», en Carolina MESA MARRERO (ed.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012 (en prensa).

son las madres las que mayoritariamente cuidan a los hijos¹⁶ y pueda por lo tanto tener sentido, que sea a ellas a las que se asigne la guarda de forma individual.

Pero está claro que la idea de la neutralidad tiene atractivo, también y especialmente para nosotras. Lo neutral o universal, que significa versión única, parece prometernos la armonía que anhelamos, si todo es igual no hay lugar para el conflicto, si no hay diferencias no hay necesidad de trabajar lo negativo¹⁷. Las mujeres, ocupadas en preservar la relación, a veces a toda costa, como muestran los casos de violencia machista, nos resistimos a afrontar los conflictos. ¿No plantear la neutralidad como horizonte de sentido quiere decir que el hombre y la mujer son compartimentos estancos, que pretendamos dictar normas sólo para mujeres? No, hombres y mujeres comparten el mundo y lo que vale para las mujeres puede también valer para los hombres. Pero es necesario, no desdibujar la diferencia sexual, para enriquecer un mundo y un sistema jurídicos pensados principalmente en masculino. No pretendo sumarme al discurso de las diferencias en abstracto¹⁸, porque pienso que la diferencia de ser mujer es una diferencia, que existe dentro de todo colectivo y porque a tal diferencia no puede dársele respuesta con derechos de protección de minorías, siendo las mujeres mayoría en tantos países. Por esta razón, me resisto a pensar que estrategias como la de la diversidad puedan dar realmente una buena respuesta a la diferencia de ser hombre y mujer. En tal acercamiento ser mujer, ser discapacitada, ser negra, ser musulmana se diluyen en un cúmulo de factores de exclusión, todos idénticos, todos comparables en desgracia. Vivir la diferencia de ser mujer como una desdicha, como un menos, es el mayor obstáculo a la feminización del trabajo, de la familia, del sistema jurídico.

16. De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística, actualizados a 29.2.2012: “El 91,9% de las mujeres (de 10 y más años) realizan tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y personas dependientes durante 4 horas y 29 minutos diarios, frente al 74,7% de los varones que dedican en promedio 2 horas y 32 minutos. Respecto a las personas que realizan las actividades de hogar y familia según tipo de hogar, es superior la dedicación media diaria de las mujeres en todos los tipos de hogar, pero especialmente en el caso de hogar formado por pareja con hijos, en que la dedicación diaria de la mujer casi duplica la dedicación del varón (4 horas y 37 minutos la mujer, 2 horas 34 minutos el varón). Esta diferencia de dedicación es casi la misma en el caso de pareja sola (4 horas y 45 minutos la mujer, 2 horas y 34 minutos el varón)”. Accesible online en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472448&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayou¶m3=1259924822888&rendermode=previewnoinsite

17. Diana SARTORI, “La tentación del bien” en DIÓTIMA (ed.), *La mágica fuerza de lo negativo*, Horas y Horas, Madrid, 2010, p. 33 y 35: “Del lado femenino no creo que la tentación del bien, entendida como voluntad de hacer el bien a toda costa y, por tano, también a costa del mal, haya tentado a las mujeres. Más bien sugeriría que la tentación femenina del bien tiende a adoptar la forma de *mantenerse en el bien*. [...] La tentación del bien, tal y como me ha parecido reconocerla, asume varias apariencias: [...] la de la sustancial huida de hacer cuentas con lo negativo, la de presuponer que es posible quedarse en una posición de bien indemne e intacta como antes de todo contacto con el choque de la realidad, la de poder conciliar todo conflicto y contradicción, y la de evitar los conflictos, poder acoger e incorporar de modo orgánico toda diferencia”.

18. Crítica también con este acercamiento: Susanne BAER, “Radikalität, Fortschritt und Gendermainstreaming — Zum Stand feministischer Rechtspolitik heute”, *STREIT 2/2003*, p. 70.

3. HUIR DE LOS ESTEREOTIPOS: ALGUNOS EJEMPLOS SOBRE EL CONCEPTO DE “BUENA MADRE”

Así pues, el análisis feminista pretende también detectar aquellos conceptos legales que por partir del punto de vista masculino, que se disfraza de objetivo, perjudican a las mujeres, pero tampoco se agota en esto. Debería, además, tratar de mostrar cómo el derecho refuerza determinadas concepciones de la feminidad poniendo trabas a la interpretación libre de lo que significa ser mujer.

Este fenómeno resulta muy evidente en la definición que el ordenamiento jurídico hace de la “buena madre”¹⁹, de la madre que merece la custodia de su hijo, por contraposición a la “mala madre”, reproduciendo el mito de la mujer o del Eterno femenino.

“Como las representaciones colectivas, entre otras los tipos sociales, se definen generalmente por pares de términos opuestos, la ambivalencia parecerá una propiedad intrínseca del Eterno Femenino. La santa madre tiene como correlato a la madrastra cruel, la joven angelical a la virgen perversa: así podemos decir que Madre igual a Vida o que Madre igual a Muerte, que toda doncella es un espíritu puro o carne consagrada al diablo²⁰”.

Del análisis de la jurisprudencia se deduce que los Tribunales exigen que la “buena madre”

— lleve una vida ordenada:

La SAP de Alicante de 10.2.2009 (AC\2009\470) confirma la declaración de desamparo de una menor con, entre otros, el argumento de que “la madre es una persona cuya vida es *desordenada*, no tiene un *domicilio estable*, existen *cambios continuos de pareja sentimental*”.

— sea desinteresada:

La misma SAP de Alicante de 10.2.2009 (AC\2009\470) establece que “la madre [...], *tiende a priorizar sus intereses a los de la hija*”. La SAP de Asturias

19. Resulta muy ilustrativa la SAP de Teruel de 13.4.2007 (JUR 2007\262626) en que la Audiencia otorga la custodia de las hijas comunes a la madre a la que atribuye las siguientes características: “este Tribunal no puede ignorar [...], la mayor capacitación de la madre en cuanto a *entrega y dedicación a la familia* para atender las necesidades de sus hijas. [...] Durante el matrimonio la convivencia familiar se desarrollaba en el marco de un matrimonio convencional en el que *la madre además de dedicarse a trabajar para el negocio de la familia, se ocupaba íntegramente de la familia y de las hijas*, [...] La capacitación demostrada de la madre producto de la experiencia cotidiana durante años, y la referida ausencia general del padre, sitúan a la madre en mejor disposición, habiendo demostrado además, tras la separación, *un reconocido esfuerzo personal para atender las necesidades económicas de la familia, buscando y alcanzando diferentes puestos de trabajo*, en la actualidad parece ser que dos”.

20. SIMONE DE BEUVOIR, *El segundo sexo*, Traducción de Alicia Martorell, Cátedra, Madrid, pp. 352-353.

de 17.9.2008 (JUR\2008\50750) confirma la atribución de la custodia de la hija a los abuelos paternos por la “actuación de confrontación [de la madre] con el ex esposo *instrumentalizando* en la misma a sus hijas menores, hasta el punto de existir en autos *indicios de manipulación* [...]”. La SAP de Guadalajara de 26.1.1995 (AC\1995\66) destacaba la “*afición de la madre a la vida nocturna* [...] su *deseo* legítimo por otro lado *de divertirse* pero poco compatible con la atención y cuidado que un niño de corta edad requiere”.

— apegada²¹:

La SAP de Guadalajara de 15.7.1996 (AC\1996\1314) ponía de relieve que “la interacción materno-filial es *fría y carente de empatía*”. La SAP de La Rioja de 19.5.2008 (JUR\2008\339188) saca a la luz “la *falta de apego al niño* que se manifiesta en que le dejó sólo durante diez minutos llorando en el centro mientras ella había salido, así como en que a pesar de tener muy poco tiempo el bebé no dudaba en dejarle con personas extrañas que ni ella misma conocía, salvo su teléfono, para que lo cuidaran, pagándoles, durante todo el día mientras ella volvía a trabajar en el club de alterne [...]”. La SAP de Murcia de 3.2.2011 (JUR 2011\116549) atribuía la custodia del hijo a un padre “autoritario, intransigente, [que] tiene reacciones agresivas, cambios de estado de ánimo y es consumidor de cocaína desde hace años, añadiendo que ha sido objeto de múltiples denuncias por malos tratos y agresiones por parte de ella, existiendo condenas penales y careciendo de recursos económicos” porque consideraba que “todos esos datos son ciertos, pero[...] no son suficientes para conceder la custodia a la *madre, cuyo desinterés por el hijo* se ha manifestado en no haber comparecido a las múltiples citas que se le ha hecho por el Gabinete Psico-Social para emitir informe sobre ella”.

— pero no excesiva:

La SAP de Murcia de 23.4.2007 (JUR\2007\262213) confirma la atribución de la custodia de las hijas comunes al padre porque “la madre sigue sometiendo a las hijas a *síndrome de alienación parental* [...] Así mismo, los técnicos aprecian que la *vinculación madre-hijas es muy negativa*, creando una *dependencia* basada más en el temor a perder el afecto de la madre que en el cariño realmente recibido, cabiendo incluso que la *madre las asfixie emocionalmente*”. La SAP de

21. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25.1.2011 (JUR 2011\55609) ante el cambio de domicilio de la madre por razones profesionales otorga la custodia al padre con los siguientes argumentos: “es la *abuela materna* la que ha asumido dichas funciones de atención y cuidado, al ocuparse, entre otros aspectos, de llevar y recoger a los menores del colegio, de cuidarlos en casa, ante las *largas horas de ausencia de la madre* [...]. Asimismo, la titular de la guardería señala como circunstancias más sobresalientes de su relación con esta familia, que el *único contacto que tuvo con la madre de los menores fue con ocasión de la matrícula*. [...] *Desvinculación o falta de apego* que resulta igualmente corroborada por los [...] autores del informe pericial psicológico aportado por el demandado o del testimonio del Sr. Juan Alberto, amigo personal del matrimonio, que no dudó en calificar de *muy fría la relación entre la madre y la menor*”.

Barcelona de 17.4.2008 (AC 2008\1056) pone de relieve “Una falta de vinculación afectiva entre padre [...] que comportó que entre ambas se estableciera una *especial vinculación y complicidad*, convirtiéndose la hija en *aliada incondicional de la madre*, a quien, además, intentaba mimetizar. [...]Una *actitud de la madre* —y del entorno materno— poco colaboradora y *complaciente* con su hija. [...] La conducta *condescendiente e indulgente de la madre*, en su condición de progenitor custodio, la cual, a fin de evitar posibles enfados con su hija, permitía que ésta tomara decisiones que no le correspondían por su edad, lo que, en definitiva, ha venido a crear un riesgo evolutivo y una confusión acerca de la situación psicoafectiva y relacional de la menor, y ello máxime cuando la niña —sea por el motivo que fuere— llamaba al actual compañero sentimental de su madre, “papa Juan María” —a quien quiere mucho, lo que no ocurre con Abelardo”.

— estable emocionalmente²²:

La SAP de Cuenca, de 17.12.1998 (AC\1998\2551) confirma la atribución de la custodia del hijo común al padre porque “la referida María Pilar C. padece de *trastorno psicótico no especificado y trastorno histriónico de la personalidad*, a los que se ha añadido en los últimos tiempos un *diagnóstico de tratamiento depresivo* [...]”. Sin embargo el padre a su vez “padece un *trastorno depresivo* en coincidencia con una *situación de estrés psicosocial* por la situación de separación matrimonial, dicho cuadro depresivo remitía hacia la normalidad psíquica, sin dejar defecto de la personalidad”.

— tenga habilidades domésticas:

La SAP de Palencia de 10.4.2002 (AC\2002\703) confirma la declaración de desamparo de dos menores y aporta entre otros el siguiente argumento: “las *escasas habilidades* con que cuenta la madre tanto en el aspecto *doméstico* como en la *posible formación de las hijas*”.

— esté disponible para el niño²³:

22. La SAP de Guadalajara de 15.7.1996 (AC\1996\1314) confirma la atribución de la custodia al padre en vistas de “los informes médicos relativos a doña Mercedes [la madre] donde se relata la existencia de *episodios depresivos* desde hace cuatro años”. La SAP de Madrid 30.4.2004 (JUR\2004\316253) atribuye a la madre a la que no concede la custodia de la menor “irritabilidad, falta de autocontrol emocional, dificultad en la expresión de sus afectos, falta de responsabilidad hacia las necesidades e intereses de los menores (higiene, alimentación, actividad escolar)”.

23. La SAP de Guipúzcoa de 8.4.2008 (JUR 2008\171463) modifica la atribución de la custodia en favor del padre porque la madre: “se encuentra activa laboralmente en el centro comercial Urbil, en una tienda de ropa *siendo su horario a turnos*. Tres semanas al mes, de tarde de 16 a 22 h y una semana de mañanas, de 10 a 16 horas. Los sábados también trabaja, con una jornada que puede llegar a ser de 10 a 22 horas con intervalos de algunas horas libre entre medio. El [padre] se encuentra activo laboralmente como encargado de Barnizados Langarbe, siendo su horario de 7.30 a 12.45 y de 14.15 a 17 horas. Debido a que su disponibilidad horaria es mucho más amplia que la de la Sra. Yolanda es el que recoge al niño de la ikastola, teniéndolo en su compañía hasta que su madre vuelve de trabajar. [...] Es por lo tanto el padre quien se ocupa en mayor medida de la aten-

La SAP de Valencia de 19.7.2005 (JUR 2005\1420) atribuye la custodia al padre porque “en estos momentos, el horario laboral y las circunstancias familiares del progenitor resultan más fácilmente compatibles con el cuidado del menor que las de la actora [...] *que ha venido trabajando como celadora en el Hospital General de Castellón en turnos de noche*, y que *si bien a partir de marzo de 2004 su turno habitual de trabajo será de mañanas, de 8 a 15 horas*, no parece que este nuevo horario vaya a ser definitivo pues se informa «sin perjuicio de que dicho turno pueda ser modificado cuando varíen las circunstancias que lo autorizan»”.

— tenga estabilidad profesional y económica²⁴

La SAP de Girona de 9.4.2000 (AC 2000\184) atribuía la custodia de los hijos comunes al padre con los siguientes argumentos: “la situación laboral del padre y de su actual compañera es estable, con unos ingresos mensuales fijos y una posición social y económica satisfactoria que ha de redundar en provecho de los niños, *mientras que la madre apelante no tiene trabajo fijo sino que trabaja esporádicamente* y su compañero se encuentra en paro, con lo que se hallan en condiciones que no son las más idóneas para dispensar a los niños todo lo que su desarrollo y educación integral requiere [...]”. La SAP de Murcia de 25.6.2002 (JUR 2002\212943) destacaba que “D. Luis Miguel J. J. cuenta con *recursos personales, económicos, familiares y sociales* [...] *situación que contrasta abiertamente con la de doña Josefa G. M. que no dispone de recursos personales ni familiares ni sociales* que garanticen que con ella se van a cubrir todas las necesidades que el menor precisa”.

ción del hijo, a salvo de que la madre lo lleva por la mañana a la ikastola”. La SAP de Guipúzcoa de 29.7.1999 (AC\1999\1450) establecía que: “Arantxa R. G. se encuentra sometida a una *jornada laboral sumamente cambiante*, distribuida en turnos de mañana, tarde y noche con permanencia incluso durante los fines de semana por lo que aun siendo compatible el desempeño de su actividad laboral con el cuidado de las hijas. [...]” La SAP de Álava, de 8.10.1997 (AC 1997\2014) argumentaba: “En efecto, *es el propio horario laboral de la madre* desempeñado entre las diez de la noche y las seis de la mañana al ser agente de la Policía Municipal el que no parece el más apropiado para el desempeño de las labores propias de cuidado y atención respecto de una menor [...] máxime cuando el efectivo contacto entre madre e hija sólo podría tener lugar desde la finalización de la jornada escolar de la niña, esto es, a media tarde, hasta poco antes de las diez de la noche, hora de incorporación al turno de noche que la madre desempeña”.

24. La SAP de Palencia de 10.4.2002 (AC\2002\703) confirma la declaración de desamparo y la suspensión de la patria potestad porque: “[...] No existe como se pretende probar en autos, *estabilidad económica, por cuanto es escaso el tiempo que lleva trabajando, no siendo fijo el trabajo, ni siquiera de jornada completa*”. La ya citada SAP de Soria 3.2.1997 (AC 1997\278) afirmaba que “Debe añadirse que el padre trabaja de pintor por cuenta propia y dispone de *recursos económicos suficientes* para afrontar las necesidades de la niña, así como de una vivienda en alquiler. [...] *Veamos la alternativa que presenta la madre*. [...] Podemos destacar como datos de especial trascendencia su *carencia de estabilidad laboral y la escasez de recursos económicos*”. También la ya citada SAP de Alicante de 10.2.2009 (AC\2009\470) argumentaba a favor de la declaración de desamparo de un menor que: “la madre [...] *no trabaja, ni tiene deseos de encontrar estabilidad laboral* [...]”.

— le transmita unos valores adecuados:

La SJPI n.º 7 de Sevilla de 1.9.2010 (AC\2010\1517) ordena un cambio en el ejercicio de la guarda en favor del padre por, entre otras cosas, “la reiterada actitud de la madre, quien siempre ha ninguneado a la figura paterna”. La SJPI n.º 3 de Valladolid de 5.12.2011 (AC\2012\180) establece la custodia a favor del padre porque “la madre ha ejercido una gran influencia en su hija y la ha mediatizado para que tenga una *imagen del padre desvalorizada* y no quiera ir con él. [...]”. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25.1.2011 (JUR 2011\55609) establece que “*la madre no está transmitiendo un valor adecuado*, pues en la medida en que cree firmemente que la diferencia en el poder adquisitivo de ambos es fundamental, en la medida que se encarga de señalarlo y reiterarlo, y en la medida en que incluso ha informado de ello a sus hijos, *está otorgando un valor al dinero más allá del ya alto valor que tiene en esta sociedad*”.

— no sea promiscua:

La misma SJPI n.º 7 de Sevilla de 1.9.2010 (AC\2010\1517) ponía de relieve “una conducta desordenada de la madre (la niña era recogida en la guardería *por muchos hombres desconocidos*)”.

— ni prostituta:

El AAP de Barcelona 20.12.2000 (JUR\2001\112228) confirma el acogimiento preadoptivo de un menor con suspensión de visitas de la madre biológica “que indiciariamente *ejercía la prostitución*, [...] respecto de su *embarazo* dice que no sabe quién es el padre, que *fue una relación esporádica* que tuvo estando en Madrid”. La SAP de La Rioja de 19.5.2008 (JUR\2008\339188) confirma también la declaración de desamparo de la menor: “El único trabajo conocido de D.^a Carolina es el que hace en un *club de alterne* en Rincón de Soto. Antes del nacimiento de su hijo ya trabajaba allí, donde conoció al padre del bebé, y después del nacimiento no se planteó claramente cambiar de trabajo”.

Entre la idealización de los valores históricamente atribuidos a la mujer, que son tan excesivos que ninguna mujer puede realmente cumplirlos²⁵, y la universalización de los valores masculinos²⁶, queda poco espacio para la libertad.

25. Sobre el exceso Diana SARTORI, “Medida por medida”, DUODA. *Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 41, 2011, p. 77: “De hecho, el sistema prevé un núcleo mínimo obligatorio constituido por las obligaciones prescritas por la medida masculina, y un conjunto más amplio de obligaciones para las mujeres, que, sin embargo, son consideradas supererogatorias, más allá de la medida y excesivas, para los hombres. Desde el punto de vista del mantenimiento del sistema las obligaciones desmesuradas femeninas representan una base necesaria. Así, para la supervivencia del sistema mismo en general, pero también de la medida masculina en particular, es indispensable que la función “más allá de la medida” femenina sea de una forma u otra explicada, aunque esta sea considerada excesiva por los hombres, que son exonerados de ella”.

26. Sobre la universalización Diana SARTORI, “Medida por medida”, DUODA. *Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 41, 2011, p. 76: “Los hombres, siendo ya lo universal, continuarán midiéndose

Prueba de esa universalización son las sentencias que, apelando a la estabilidad económica y laboral del padre, le conceden la custodia²⁷. La ausencia de recursos no debería ser un motivo a tener en cuenta en la decisión sobre la atribución de la guarda, puesto que a ésta debería dársele respuesta otorgando alimentos al menor.

El feminismo se resiste así a una asignación de roles en la que la mujer corre el peligro de llevarse la peor parte:

Cuando se acerca al ideal de excelencia femenina, por no ser un hombre.

Pienso, en este punto, en los supuestos en que los Tribunales diagnostican un síndrome de alienación parental al menor, que sirve de fundamento para retirar la guarda a la persona que aliena. Resulta muy reveladora la caracterización que ciertas sentencias hacen de la madre como condescendiente, complaciente [SAP de Barcelona de 17.4.2008 (AC 2008\1056)], asfixiante emocionalmente [SAP de Murcia de 23.4.2007 (JUR\2007\262213)], excesivamente permisiva [SAP de Asturias de 29.9.2005 (JUR\2005\236494)], sobreprotectora hasta extremos patológicos [SAP de las Islas Baleares de 7.2.2008 (AC\2008\1996)]. ¿No son, en el fondo, estas actitudes, excesos de las virtudes femeninas? Diana Sartori definía la excelencia femenina como, entre otras cosas, comprensiva, emotiva,

con el tradicional mismo metro, y desde luego no serán forzados a destacar en las virtudes femeninas. Las cosas se vuelven sin embargo más complicadas para las mujeres, que tendrán que mantenerse fieles a la vieja medida de la excelencia, pero recibirán la orden (y al mismo tiempo la promesa) de adecuarse también ellas a la medida igual de los hombres. Se trata de una orden paradójica, que no debe ser obedecida y al mismo tiempo debe serlo, y como todas las órdenes paradójicas corre el riesgo de provocar una especie de locura, la que de hecho ha sido llamada la ‘locura moral de las mujeres’”.

27. Además de las sentencias citadas en la nota 24 pueden tenerse en cuenta: La SAP de Asturias, de 11.5.2012 (JUR\2012\190115): “Ciertamente de los informes obrantes se infiere que el padre percibe una pensión de alrededor de 700 € mensuales y la abuela paterna de unos 900 o 1.000 € mensuales, compartiendo ambos una vivienda cuya hipoteca es pagada por la abuela con el reintegro de una deuda que se le está devolviendo en virtud de una cantidad en su momento prestada a una amiga por la abuela paterna. Diversamente la situación económica de la madre es muy precaria, percibiendo un salario social y no contribuyendo los otros dos progenitores de sus hijos a los alimentos de éstos, no trabajando la recurrente fuera del hogar”; la SAP de la Coruña de 22.2.2005 (JUR\2006\6555): “no sólo por la *continuidad laboral* que el *padre* siempre ha mantenido y [...] sino por el interés que en todo momento el padre demostró hacia su hijo, atendándolo no sólo él directamente sino que en ello fue ayudado siempre por su familia (padre y hermano) con los que convive [...]; por contra esa *estabilidad laboral* no ha sido ofrecida en momento alguno por la *madre*, que si bien en la actualidad cuenta con un empleo, éste lo desarrolla en una cafetería y con un horario nocturno”; la SAP de la Coruña de 12.2.2007 (JUR\2007\228630): “En el Auto de medidas provisionales de 18/10/2005 se le había adjudicado a [la madre] dada la corta edad del menor porque *había sido la que siempre se había encargado de su cuidado* y por el *horario laboral del padre*, que le impedía encargarse directamente de él. La sentencia apelada [...] procedió a concederle al padre la guarda y custodia del menor. Así, ha primado la *estabilidad* que le ofrecen *el padre y la familia paterna*, frente al peregrinar de la madre, que en escaso lapso temporal pasó de Irún a Ribeira, de aquí a Irún, y de ahí a Madrid [...] a la vez que *no ha demostrado contar con un puesto de trabajo* con el que satisfacer sus expectativas y sus necesidades”.

empática, atenta a las relaciones, “la excelencia en el amor y en el sacrificio de sí”. Al negar a esas madres la guarda de los hijos, ¿no están los Tribunales en realidad contraponiendo a tales excesos, las virtudes tradicionalmente asociadas a la excelencia masculina, a las que se refería asimismo Diana Sartori, como son “la racionalidad, la capacidad de dominar las propias pasiones, emociones y debilidades”²⁸?

Cuando no responde a tal ideal, por no ser suficiente mujer.

En la jurisprudencia puede advertirse cierta tendencia a privar de la custodia a madres trabajadoras, que lo hacen, por ejemplo, por turnos o que se ven obligadas a cambiar su domicilio por razones profesionales, porque los Tribunales entienden que éstas no pueden ocuparse lo suficiente de sus hijos. Y, sin embargo, otras muchas sentencias, lejos de criticar la falta de disponibilidad del padre, que éste suple con la dedicación de la abuela paterna o de su nueva pareja, valoran tal colaboración positivamente²⁹.

4. ACABAR CON LA DOMINACIÓN A TRAVÉS Y A PESAR DEL DERECHO: A PROPÓSITO DE ALGUNOS CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

El análisis feminista denuncia también cómo el derecho, al no intervenir en determinadas relaciones, permite que se perpetúe la opresión de la mujer. Esta función del análisis feminista está presuponiendo una definición del patriarcado no sólo como un sistema de discriminación de la mujer, entendida como trato desigual, sino como un sistema de dominación de ésta.

Ha incidido en la idea de poder como clave para entender el sexismo Catherine Mackinnon, quien ha cuestionado el proceder del derecho antidiscriminatorio, que plantea los conceptos de igualdad y género tan sólo en términos de identidad y diferencia. Para Catherine Mackinnon “la desigualdad no es una cuestión de identidad y diferencia sino de dominio y subordinación. La desigualdad tiene que ver con el poder, su definición y su correcta distribución³⁰”. Un concepto de igualdad

28. Diana SARTORI, “Medida por medida”, DUODA. *Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 41, 2011, p. 75.

29. La ya citada SAP de Murcia de 25.6.2002 (JUR 2002\212943) destacaba que “D. Luis Miguel J. J. cuenta con [...] la *colaboración activa y comprometida de su familia*, sobre todo de su *madre* (abuela paterna)” La SAP de Soria 3.2.1997 (AC 1997\278) argumentaba que: “la menor está perfectamente integrada en el grupo familiar formado por *el padre y los abuelos paternos*, manteniendo una buena interacción con su padre, el cual tiene una actitud de responsabilidad y de apoyo sobre su hija, obsérvese que lleva casi todos los días a la niña al Colegio, *siendo ayudado de forma positiva en estos cuidados por los abuelos*”. La SAP de Murcia de 28.12.2007 (JUR 2005\74239) deniega a la madre un cambio en la atribución de la custodia de los menores razonando de la siguiente forma: “no parece oportuno variar la situación de adecuada atención en que se encuentran [los menores] en la que lógicamente *interviene de modo decisivo la figura de la abuela paterna dado que el padre se ha de aplicar a sus tareas laborales*”.

30. Catherine MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del estado*, Cátedra, Madrid, 1995, p. 435.

que tenga como finalidad acabar con la opresión debe necesariamente identificar todos los ámbitos en los que las mujeres sufren abusos y tratar de erradicarlos. Una concepción del patriarcado como discriminación no permite identificar ciertas experiencias femeninas de explotación porque no se encuentra en la misma situación un hombre, que pueda servir de término de comparación. Sirvan de ejemplo la regulación que el código penal español hace de las agresiones y abusos sexuales y la aplicación de tales figuras por los Tribunales.

En la actualidad son punibles tanto los atentados a la libertad e integridad sexual que se lleven a cabo con violencia o intimidación como aquellos que tienen lugar sin mediar consentimiento. Esto supone un avance respecto de anteriores regulaciones que tan sólo tipificaban las agresiones sexuales y por tanto el uso de fuerza o intimidación³¹. El legislador prevé un supuesto específico de falta de consentimiento, que es aquel en que la víctima se halla privada de sentido o padece un trastorno mental o en los que se ha anulado su voluntad proporcionándole fármacos o drogas. Se equipara, además, la ausencia de consentimiento al supuesto en que el responsable del delito lo ha obtenido prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima.

Sin embargo, algunos Tribunales son reticentes a apreciar la existencia de una relación de superioridad, como muestra la STS de 6.10.2011 (RJ\2011\6864), que resolvía un caso en el que el jefe de mantenimiento de un centro penitenciario presionaba a una reclusa para que ésta accediera a tener un encuentro sexual con él a cambio de obtener un puesto de trabajo. El Tribunal considera que los hechos no son constitutivos de abuso sexual porque “no se evidencia en ellos el ejercicio de una superioridad de la que se haya prevalido el sujeto activo, para yacer con la ofendida. La voluntad de ésta siempre fue libre y pudo acceder o no acceder a la solicitud” (FJ 4°).

La interpretación restrictiva que de este supuesto hace el Tribunal Supremo la pone de relieve también la STS de 24.11.2005 (RJ\2006\184), en la que tres amigos presionan a una joven para que mantenga relaciones sexuales con ellos y uno de éstos la penetra a pesar de su reiterada oposición, en presencia de los

31. El Código penal de 1973 (Texto refundido del Código Penal conforme a la Ley 44/1971, de 15.11.1971 (RCL 1971\2050) [BOE de 12.12.1973, n.º 297] establecía lo siguiente:

“Art. 429. La violación será castigada con la pena de reclusión menor.

Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare fuerza o intimidación.
2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.
3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.

“Artículo 430. Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales degradantes o vejatorios”.

Tales disposiciones fueron derogadas por la Ley Orgánica 10/1995, de 23.11.1995 que introdujo el delito de abuso sexual.

otros dos. El Tribunal Supremo considera que “la mera presencia del acusado —de 18 años de edad— y los dos menores en la habitación donde tuvieron lugar los hechos, no produce esa situación de «manifiesta» superioridad que requiere el tipo, es decir, palmaria, notoria e incuestionable, ni desde el punto de vista de su realidad objetiva, ni desde el punto de vista de su eficacia para coartar la libertad de decisión de la joven, ni refleja un aprovechamiento consciente del acusado de una supuesta desproporción entre las posiciones de uno y otro”.

De la lectura de tales preceptos del Código Penal se desprende que el legislador define las relaciones sexuales no consentidas, como aquellas en que la mujer no ha dicho “no”, porque estaba impedida físicamente para hacerlo o ha dicho “sí” forzada por una relación de subordinación manifiesta. ¿Qué ocurre en aquellos casos en que la mujer no ha podido decir claramente “no”, tampoco ha dicho “sí”, pero no deseaba la relación sexual? Existen algunos supuestos imaginables en los que una mujer, aún no hallándose en una relación manifiesta de subordinación, puede no ser capaz de expresar su rechazo a ciertos acercamientos físicos de naturaleza claramente sexual. Algunos de ellos pueden ser catalogados como abusos de confianza. Otros pueden tener que ver con pillar a la mujer por sorpresa³², con ir demasiado rápido, con la diferencia de edad existente entre el hombre y la mujer, con la falta de experiencia de ésta.

La STS de 12.5.2010 (RJ\2010\5186) no considera relevante la diferencia de edad entre la víctima, de catorce años, y el acusado, de 34, a efectos de establecer que éste se prevalió de una situación de superioridad cuando, éste, aprovechando que era amigo de la familia, se presentó en casa de la menor sabiendo que ésta estaba sola y actuó de la siguiente forma: “Uno y otro se encontraban en piezas distintas del tresillo. [...] La charla incidía sobre las mismas cuestiones que al procesado gustaba abordar con la menor, por cuyo motivo, al desagradarle la conversación, ésta optó por hacerse la dormida. En un momento dado y notando Lina lo que pasaba porque no estaba dormida entonces, el procesado se colocó a los pies de ella y los tocó con los suyos para, acto seguido, levantarse de donde se encontraba y sentarse en el sofá, incorporando la parte superior del cuerpo de la menor, a la que acarició en el pelo y la cara; ninguna oposición mostraba la joven y por ello el acusado continuó con sus propósitos. A continuación, la volvió a tender en el sofá, la tumbó boca abajo y comenzó a bajarle los pantalones y la ropa interior, elevando la zona de la cadera, en cuyo momento, poniéndose encima

32. En la doctrina los penalistas [Reyes GOENAGA OLAIZOLA, “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Extra*, núm. 10, 1997, p. 104; Manuel GÓMEZ TOMILLO, “Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 11], que consideran que el artículo 181.1 del Código Penal prohíbe conductas sorpresivas de naturaleza sexual, parten de un concepto bastante restringido de lo que supone actuar por sorpresa, como si sólo pudiera sorprender la actuación totalmente descontextualizada de un desconocido. Sin embargo, por sorpresa, puede pillar un hombre perfectamente conocido por la mujer, que no define su relación con él en términos sexuales sino, por ejemplo, de amistad.

presa de una gran excitación, hasta el punto de eyacular levemente, presionó con su pene contra el ano de Lina. Fue en ese momento, al sentir un intenso dolor en dicha zona, cuando ésta reaccionó y preguntó a don Fidel por lo que estaba haciendo, contestando éste que el amor”.

Aunque el término elegido por el legislador “no consentido” admite, en principio, la subsunción de tales supuestos en el tipo básico del abuso sexual, no es ésta necesariamente la interpretación que los Tribunales hacen siempre del término “no consentido”. En algunos pronunciamientos éstos parecen exigir que la víctima haya manifestado, desde la perspectiva del hombre, un claro rechazo a los avances del acusado.

La STS de 21.3.2007 (RJ\2007\1602) establece que: “En estos posibles casos de ausencia de consentimiento, es preciso, de un lado, *que conste con claridad la negativa de la víctima a los actos sexuales, y de otro que se produzca de forma que pueda ser adecuadamente percibida por el autor*”. También la STS de 3.5.2007 (RJ\2007\4729) exige lo siguiente: “Bastará con que la víctima *rehúse* o decline un ofrecimiento sexual, sea cual fuere el formato con el que ese rechazo se escenifique, para que el delito pueda reputarse cometido. *Será indispensable*, eso sí, que la *ausencia de consentimiento sea captada por el autor* y, pese a todo, éste haga prevalecer su afán libidinoso frente a la objeción de la víctima, menoscabando con ello su libertad sexual”.

El ordenamiento jurídico al no sancionar tales conductas sostiene como una forma de sexualidad aceptable, aquella que prescinde del deseo femenino. Lo que la mujer pueda querer resulta irrelevante³³ si ésta no es capaz de articular un “no”, que a muchas mujeres puede costarles pronunciar, entre otras cosas por cómo han sido socializadas. Pero si se tiene consciencia de las diferencias de poder existentes entre mujeres y hombres³⁴, parece adecuado exigir que el hombre

33. Muestra claramente la diferencia entre querer algo y consentir a algo: Catherine MACKINNON, *Women's Life Men's Laws*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)/ London (England), 2005, p. 247: “The problem with consent-only approaches to rape law reform is that sex under conditions of inequality can look consensual when it is not wanted. [...] Men in positions of power over women can thus secure sex that looks, even is, consensual without that sex ever being wanted, without it being freely chosen far less desired. Consent, in other words, has never been legally coextensive with freedom. Even if it was in law, if the conditions for the exercise of freedom in life are not ensured —meaning actual conditions of equality or a standard sensitive to inequalities between the parties so long as conditions of inequality exist— an autonomy approach to consent will not alone solve this problem in real life. Autonomy in sex cannot exist without equality of the sexes”.

34. Catherine MACKINNON, *Women's Life Men's Laws*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)/ London (England), 2005, p. 247: “Gender too is a social hierarchy (masculine or feminine), ringed with stereotype, enforced by socialization to subordinate and superior identification as well as by physical force. Socially, it is largely fused with sex (male and female). The idea here is not to prohibit sexual contact between hierarchical unequals per se but *to legally interpret sex that a hierarchical subordinate says was unwanted* in the context of the forms of force that animate the hierarchy between the parties. *To counter a claim that sex was forced by inequality,*

que pretenda mantener un contacto sexual con una mujer se cerciore de que éste es realmente bienvenido.

Esto es, en realidad, lo que ha hecho el legislador inglés, que define los delitos contra la libertad sexual como comportamientos de naturaleza sexual no consentidos en los que el sujeto activo no tiene la creencia razonable de que la víctima consiente³⁵. Para determinar si esa creencia es o no razonable hay que estar a todas las circunstancias del caso, incluyendo los pasos que el actor haya dado para averiguar si mediaba realmente el consentimiento de la víctima. Con esta sutil formulación, que abandona la exigencia de dolo por parte del responsable, lo que la mujer quiere pasa a ser relevante y la sexualidad legítima se basa en la reciprocidad.

Resulta también interesante observar cómo es el punto de vista masculino el que condiciona la valoración de qué conductas son más graves y merecen una pena superior y al hacerlo priva a las mujeres, que son las que mayoritariamente sufren tales vejaciones y cuya libertad sexual está en juego, de la posibilidad de llevar al derecho su experiencia³⁶. Los delitos contra la libertad e integridad sexual están basados en la idea de que es más lesivo el uso de la violencia e intimidación³⁷ que el hecho de actuar sin el consentimiento de la víctima.

Sin embargo, en muchos casos, el uso de la violencia física no será necesario, porque la mujer es consciente de que no puede medirse con el hombre, porque quedará paralizada, porque el uso de otras formas de violencia más sutiles pero no menos dañinas convertirán la resistencia física en una quimera, porque el abusador ha drogado a la víctima, la ha golpeado antes hasta hacerle perder el conocimiento³⁸, la ha violentado mientras estaba semiinconsciente haciendo innecesario el uso de la fuerza³⁹. Pienso que el atentado al bien jurídico protegido, la

a defendant could (among other defences) prove the sex was wanted-affirmatively and freely wanted-despite the inequality, and was not forced".

35. Section 1-4, Sexual Offences Act 2003.

36. El legislador inglés, de nuevo, con acierto ha definido la violencia sólo como un supuesto entre otros de sexo no consentido

37. Sin embargo, lo que supone intimidar, se interpreta de una forma muy masculina como muestra la STS de 2.10.2006 (RJ\2006\8254) que no considera intimidatoria la situación en que dos amigos obligan a la víctima, que había acudido al domicilio de uno de ellos para mantener relaciones sexuales con él, a mantenerlas con los dos a la vez, negándose ella reiteradamente hasta el punto de romper a llorar.

38. STS de 27.6.2007 (RJ\2007\4753).

39. En la STS de 22.10.2008 (RJ\2008\5717) constaban los siguientes hechos probados: "Sobre las 17,30 horas del día 16-2-07, el acusado se encontraba en el Parque del Retiro, en la denominada zona del Partene en compañía de Luz, desconociéndose los motivos por los que acuden a dicho lugar juntos y en un momento determinado, hallándose en un estado de semiinconsciencia la chica, Juan Ignacio se bajó los pantalones, le quitó a Luz los suyos así como las bragas intentando mantener con ella relaciones sexuales. Incepado el procesado por unos viandantes, éste se les enfrentó con el fin de conseguir su propósito, no lográndolo ante la presencia de agentes de Policía Local que acuden al lugar alertados por terceras personas de lo sucedido. Al ser detenido se le ocupó en un bolsillo del pantalón las bragas rasgadas de la víctima".

libertad sexual, es igual de grave en estos supuestos que en los tipificados como agresiones, con independencia del atentado a la integridad física que el uso de la violencia pueda comportar.

La figura del acoso sexual, que surge de la reivindicación feminista de regulación de una experiencia fundamentalmente femenina, adopta una estrategia mucho más protectora de las víctimas que los delitos contra la libertad sexual. Constituye acoso sexual, de acuerdo con la Ley orgánica 3/2007, “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

Para empezar la figura se abstiene de catalogar las conductas de naturaleza sexual en función de su gravedad. Lo reprochable es adoptar un comportamiento de naturaleza sexual que atente contra la dignidad de una persona. El acoso sexual se centra en el comportamiento del acosador y no pone, como hacen los delitos contra la libertad sexual, la actuación de la víctima en el punto de mira. Se evita así, lo que muchas víctimas de abusos o agresiones sexuales temen y lo que las lleva a no denunciar a sus agresores, que el juicio se convierta en un juicio sobre la adecuación del comportamiento de ellas⁴⁰. Y se tiene en cuenta que en un entorno laboral, debe protegerse a las mujeres frente a las atenciones sexuales no solicitadas. Porque las posibilidades reales que las mujeres tienen de impedir tales comportamientos son pocas y no dependen exclusivamente, como se creyó en un principio, de la existencia de una relación de jerarquía. ¿En qué medida puede una trabajadora poner freno al acoso por parte de un compañero, con el que tiene que trabajar asiduamente, en qué medida puede una abogada mostrar su rechazo a los avances de un cliente, cómo puede una profesora impedir actitudes ambiguas por parte de un estudiante?

40. Ursula MÜLLER / Monika SCHRÖTTE / Sandra GLAMMEIER, *Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland*, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Bonn, 2004, pp. 19-20: “Aus den Aussagen der Befragten zu Problemen im Zusammenhang mit gerichtlichen Interventionen wird deutlich, dass insbesondere bezogen auf den Opferschutz im Kontext von Gerichtsprozessen weitergehende Maßnahmen erforderlich sind. Auch im Bereich der rechtlichen Beratung und psychischen Betreuung im Vorfeld und während des Gerichtsprozesses sind Maßnahmen geboten, die eine sekundäre Viktimisierung der Opfer in und durch die gerichtliche Verhandlung vermeiden und die hohen psychischen Belastungen für Gewaltopfer mindern helfen”. Chiara CREPALDI / Manuela SAMEK LODOVICI / Marcella CORSI, *Violence against women and the role of gender equality, social inclusion and health strategies*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxembourg, 2010, p. 75: “Any study on rape must begin from the recognition that most cases of rape are not reported; indeed, recent research suggests that rape is significantly more under-reported than domestic violence. Across-Europe estimates range from 1-12% of rapes being reported to the police. A significant barrier to reporting is women’s lack of faith in the criminal justice system —police, prosecutors and the courts. Other reasons for not reporting an assault to the police, as mentioned in EGGSI national reports, relate to the risk of *secondary victimisation of women during the course of the investigation*, especially if the violence occurs within the family; and to lack of confidence in the interest of the police in actually solving cases of this nature”.

Por otra parte, la protección frente al acoso es imprescindible, porque éste supone un obstáculo vital a la incorporación de la mujer al trabajo en igualdad de condiciones que el hombre. Nada ha cambiado si un hombre sigue teniendo la capacidad de minar la autoridad, profesionalidad, seguridad de una mujer, pasando a definirla en términos de si le resulta deseable o no.

La prohibición del acoso sexual y su definición como una práctica que constituye una discriminación por razón de sexo podría considerarse una historia de éxito, si no fuera porque las mujeres siguen sufriendo acoso⁴¹ pero muchas de deciden no denunciarlo⁴². Esto tiene muy probablemente que ver con el miedo que éstas tienen a chocar con la incomprensión de los Tribunales.

Tal incomprensión resulta patente en la aplicación judicial de los tipos de agresión y abuso sexual. Si antes proponía que el abuso sexual se definiera como un comportamiento sexual no querido por parte de la víctima tomando como modelo el derecho inglés, los jueces se quedan más acá, porque para éstos no basta necesariamente con un “que no quería, que no lo hiciera” en boca de la víctima. En su pronunciamiento de 3 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo absolvió al acusado del delito de abuso sexual, constando los siguientes hechos probados:

“Los cuatro renglones que se dedican a explicar lo que aconteció en el domicilio de Marbin describen un hecho que, a su vez, se descompone en seis secuencias cronológicamente sucesivas que, además, tienen lugar sin violencia ni intimidación: a) el procesado estira sobre la cama a Rocío; b) se coloca encima de ella; c) le baja los pantalones; d) le aparta la ropa interior; e) la penetra vaginalmente; y f) eyacula en su interior. Mientras tales actos se suceden, la víctima —describe el Tribunal a quo— tan sólo acierta a pronunciar dos frases. [“que no quería, que no lo hiciera”] No enriquece el relato fáctico la escueta afirmación de que la denunciante quedó paralizada.⁴³” Ante esto, el Tribunal Supremo sostiene que “el proceso descriptivo que lleva a cabo el Tribunal a quo no permite, por su parquedad, fijar con precisión el alcance de la negativa y, lo que es más importante, si ésta fue captada por el autor”.

Que un hombre que estira a una mujer en la cama, le baja los pantalones, le quita la ropa interior y la penetra mientras ésta le dice que no quiere, pueda

41. El informe elaborado en el año 2010 por la Comisión Europea, apuntaba que encuestas realizadas a nivel europeo habían puesto de relieve que entre un 40 y un 50% de las mujeres habían sido, a lo largo de su vida laboral, víctimas de acoso sexual u objeto de comportamientos sexuales no deseados en el trabajo”. Chiara CREPALDI / Manuela SAMEK LODOVICI / Marcella CORSI, *Violence against women and the role of gender equality, social inclusion and health strategies*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxembourg, 2010, p. 75.

42. Chiara CREPALDI / Manuela SAMEK LODOVICI / Marcella CORSI, *Violence against women and the role of gender equality, social inclusion and health strategies*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxembourg, 2010, p. 75: “Despite being commonplace, sexual offences at work go unreported in many cases due to factors such as fear of losing one’s job, being considered the guilty party or being socially ostracised among work colleagues”.

43. STS, Sala de lo Penal, 3.5.2007 (RJ\2007\4729), FJ 1º.

afirmar que no entendió que la mujer le rechazaba, muestra que el ordenamiento jurídico es demasiado permisivo con la imprudencia masculina y que da poco crédito a la palabra femenina. Lo que parece haber detrás de esa interpretación es el famoso “no pero sí” de las mujeres, que apunta a lo impensable de que una mujer pueda rechazar a un hombre.

Tan impensable parece ser ese rechazo que el Tribunal Supremo⁴⁴ ante unos hechos probados de acuerdo con los cuales la víctima, que detiene su coche en el arcén a causa de una avería, es atacada por un camionero, que la introduce por la fuerza en su camión, abusa sexualmente de ella y la retiene en el vehículo hasta que a las 12:00 horas de la mañana siguiente ella logra huir hasta llegar a una finca donde le indican el paradero del cuartel de la Guardia Civil, opta por absolver al acusado. El Tribunal duda de la credibilidad de la víctima⁴⁵, porque considera más creíble la versión exculpatoria del acusado que presupone que una mujer casada y con dos hijos deja su coche averiado en el arcén, se sube al camión de un hombre desconocido, mantiene relaciones sexuales con él, pasa la noche en su camión, se baja de éste al día siguiente, se presenta en la vivienda de unos desconocidos y acude a la policía alegando haber sido agredida sexualmente.

Tampoco es creíble la negativa de una inferior jerárquica si ésta ha accedido, ante la reiterada insistencia de su superior, a sentarse en sus rodillas y éste aprovecha para poner su mano en el muslo de ella y deslizarla hasta su genitales, pues la mujer se sentó “sabiendo, o al menos, intuyendo o sospechando y aceptando que las intenciones de éste eran de carácter o naturaleza libidinoso” y resulta “verdaderamente asombroso que una persona como Emma, que tiene el suficiente conocimiento de la naturaleza de las relaciones íntimas entre hombres y mujeres, acceda a sentarse sobre las rodillas de un hombre sin pensar que los

44. STS, Sala de lo Penal, 2.2.2005 (RJ\2005\1131).

45. A pesar de que la versión de la víctima estaba avalada por pruebas periciales médicas y testificales, como pone de manifiesto el Voto particular: “La sentencia impugnada fundamenta [...] la convicción obtenida por las testificales que ha percibido directamente. Así destaca la testifical de la víctima y ha tenido en cuenta la testifical de los propietarios de la vivienda a la que acudió al escapar del camión donde estaba retenida. Estos propietarios han expresado las condiciones de nerviosismo de la perjudicada. En el mismo sentido los guardias civiles que la atendieron en el cuartel al que se dirigió inmediatamente después de escaparse. También en la prueba testifical ha oído testimonios de las personas que la vieron en alguna área de servicio y que participan que la perjudicada hacía gestos que no entendieron, lo que corrobora su declaración en el sentido de que trató de llamar la atención de distintas personas sin conseguirlo. En este orden de corroboraciones además de los anteriormente señalados destacan dos pruebas periciales. La de los médicos forenses y la del médico que la atendió tras su liberación, que afirman que la perjudicada presentaba una lesión ocular que era compatible con su manifestación de que el acusado, al tiempo de la detención, le roció con un «spray» e incompatible con lágrimas y lloros, lo que corrobora su manifestación. Además la del psiquiatra que la atendía con anterioridad a los hechos. Este manifiesta que sufría un cuadro depresivo del que la trató y que había superado habiendo recibido el alta semanas antes de los hechos. Al mismo tiempo expresa que la perjudicada no es una persona fabuladora. También ha tenido en cuenta que en la cabina del camión se intervienen efectos que la perjudicada ha narrado que se utilizaron en la agresión, como los preservativos, la cinta aislante y el spray además de las fotografías que narró”.

acontecimientos se puedan producir como efectivamente se produjeron”⁴⁶. A la mujer se le exige que intuya, sospeche, indague las intenciones de un hombre, al hombre no se le exige que entienda que un “no” significa “no”.

Ni parece poder concluirse que falta el consentimiento de la mujer si ésta ha accedido a determinadas prácticas pero se niega reiteradamente a otras.

En la STS de 14.6.2005 (RJ\2005\5150), el acusado consumaba una práctica sexual que la víctima le rogaba insistentemente que interrumpiera porque le hacía daño diciéndole que era “una guarra” y “una puta”. Ante estos hechos el Tribunal Supremo absuelve al acusado porque considera que “la oposición no se revela tanto frente a la penetración descrita como al daño físico consecuencia de la misma [...] luego en rigor no se puede afirmar que concurra la falta de consentimiento a que se refiere el artículo 181.1 CP”.

O si la mujer ya ha mantenido relaciones sexuales con ese mismo hombre en otras ocasiones, aunque formule de forma expresa su oposición.

En la STS de 6.3.2006 (RJ\2006\949) el Tribunal Supremo absolvió al acusado que “escudándose en la experiencia vivida durante más de veinte años, entendía contaba con anuencia de Dña. Daniela quien, no obstante, le espetaba que no continuara. El Tribunal entendió que no concurría dolo por parte del autor porque éste obró con error sobre la concurrencia de los elementos del tipo. En la STS de 24.11.2005 (RJ\2006\184), a la que me refería anteriormente, el Tribunal Supremo hace alusión a “*la realidad de relaciones sexuales anteriores practicadas por la joven María Teresa con estos mismos amigos y, ocasionalmente, con dos a la vez*” para reforzar su conclusión de que las relaciones sexuales practicadas con la víctima en contra de su expresa voluntad no constituían abuso sexual.

5. ESTRATEGIAS DE RESISTENCIA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE MUJER Y TRABAJO

Pues bien, ante este panorama un tanto desolador, las feministas han adoptado distintas estrategias de entre las cuales, voy a destacar dos, centrándome en sus propuestas relativas al trabajo, en especial, a las acciones positivas y las medidas de conciliación. La primera estrategia trata de combatir la situación de vulnerabilidad de la mujer reivindicando un reparto más equitativo del poder entre hombres y mujeres. La segunda estrategia, que no ignora la necesidad de la lucha por la igualdad, considera que ésta no es suficiente para acabar con la

46. La STS (Sala de lo Militar, 23.9.2011, RJ\2011\7291) casa la sentencia del Tribunal Militar Territorial primero y extracta, entre comillas las afirmaciones del tribunal de instancia, que he citado en el texto.

discriminación de la mujer⁴⁷. Para ello es necesario resistirse a reducir todas las experiencias femeninas al ámbito del poder. Hay que reafirmar a las mujeres en una cultura propia⁴⁸, en la “libertad femenina” de la que gozan y han gozado a pesar de la explotación.

La primera estrategia, la del *empowerment*, que es la que preside actualmente las políticas públicas, busca aumentar y reforzar la presencia de las mujeres en el ámbito público y en las esferas de influencia para fomentar su autonomía. Uno de sus caballos de batalla es la defensa de las cuotas femeninas, que generan un debate que la comisaria Viviane Reding ha reabierto al proponer imponer una cuota obligatoria de al menos el 40% de mujeres en 2020 en los consejos de administración de las compañías que coticen en la Unión Europea.

La discusión sobre las cuotas se sigue centrando básicamente en la cuestión de en qué medida su adopción es compatible con el tratamiento formalmente igual de los hombres, como muestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión. Sin embargo, esa discusión es baldía en tanto que asume acríticamente un determinado concepto de “mérito” —por mucho que el Tribunal de Justicia haya tratado de corregirlo exigiendo que éste no resulte discriminatorio por razón de sexo— y lo despolitiza.

Iris Young ya puso de relieve cómo, en realidad, los detractores de las acciones positivas partían de dos asunciones que ella cuestionaba: en primer lugar, que una división jerárquica del trabajo es justa y, en segundo lugar, que las mejores posiciones sociales deben adjudicarse a los más cualificados⁴⁹. La citada autora trató de sacar a la luz la imposibilidad de determinar la capacitación de alguien para hacer un determinado trabajo de una forma objetiva e imparcial⁵⁰. Porque las profesiones son tan complejas que es difícil identificar de forma precisa las habilidades requeridas. Porque en las organizaciones es difícil determinar en qué consiste la contribución de cada cual y porque los evaluadores, al ser los superiores jerárquicos, no están familiarizados con el trabajo a valorar. Estas dificultades se acentúan cuando lo que está en juego son puestos de dirección, que requieren habilidades como sentido común, imaginación, elocuencia, capacidad de persuasión y de mando, que son especialmente difíciles de medir. Todo ello lleva a que la evaluación del trabajador se convierta en una evaluación subjetiva, que se centra en determinar si éste se comporta de acuerdo con ciertas normas sociales y culturales. La propia organización de las empresas hace que los superiores jerárquicos pongan especial énfasis en que los subordinados a los que se premia

47. Ana RUBIO CASTRO, “El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990, p. 207.

48. Ana RUBIO CASTRO, “El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990, p. 203.

49. Iris Marion YOUNG, *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press, 1990, p. 193.

50. Iris Marion YOUNG, *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press, 1990, pp. 200-206.

con un ascenso sean aquellos que aceptan y reproducen las relaciones de poder y son partidarios de mantener los privilegios existentes. Ante la constatación de que la ideología del mérito no hace otra cosa que disfrazar de objetivas decisiones políticas, Iris Young reclama una democratización del proceso de establecimiento de los criterios en base a los que se decide sobre la asignación de posiciones de influencia. Esto supone que los trabajadores de una determinada institución o empresa puedan participar en la determinación de las habilidades necesarias para llevar a cabo su empleo, el de sus compañeros y el de sus jefes.

Las acciones positivas cuestionan el funcionamiento de los procesos de selección al sacar a la luz lo injusto de su resultado, y tratan de repararlo estableciendo un contingente de mujeres. Cuando las mujeres estén representadas en número equivalente a los hombres en posiciones de influencia, se habrá dado un paso importante en la consecución de la igualdad. La objeción que pueda hacerse de que éstas suponen una discriminación de los hombres, no resulta convincente. La preferencia en favor de las mujeres está justificada porque la justicia social no sólo se logra siempre mediante el respeto al principio de no discriminación, sino que ésta requiere acabar con la opresión, que está íntimamente ligada a la exclusión de determinados espacios⁵¹. Sí cabe, sin embargo, preguntarse hasta qué punto las acciones positivas son realmente efectivas para poner fin al malestar que muchas mujeres sienten, todavía hoy, en el trabajo.

Un estudio llevado a cabo en España, que analizaba el efecto de la introducción de cuotas en los tribunales que deciden sobre la contratación y promoción en la carrera académica sacaba a la luz que la presencia de evaluadoras podía llegar a perjudicar a las solicitantes femeninas en los puestos iniciales de la carrera académica. No lo hacía en las pruebas de habilitación para catedrático⁵². El estudio parece indicar que las evaluadoras eran conscientes de que el espacio que pueden ocupar las mujeres en el mundo del trabajo todavía es limitado y, por tanto, al principio de su carrera estas competían entre sí y sólo cuando ya habían llegado al puesto más alto, podían dejar de hacerlo. Esto apunta a que también las mujeres en puestos de decisión pueden entrar en los juegos de poder y que no basta con su mera presencia para cambiar una estructura del trabajo, que las perjudica⁵³.

Las políticas públicas no pueden, tan sólo, centrarse en lograr la imposición de cuotas olvidando la democratización del trabajo, que Iris Young planteaba como una reforma necesaria. Aunque esta exigencia benefició también a los hombres, resulta vital para las mujeres que, como la segregación vertical muestra, suelen ocupar puestos jerárquicamente inferiores en el mercado laboral. Pues la pretensión

51. Iris Marion YOUNG, *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press, 1990, p. 196-197.

52. Natalia ZINOVYEVA/Manuel BAGÜÉS, “¿Conseguiré la Ley de Igualdad romper el techo de cristal? Evidencia de las pruebas de habilitación en la universidad española”, en Antonio CABRALES/Marco CELENTANI (coord.), *Talento, esfuerzo y movilidad social*, Fedea, Madrid, 2011, p. 313-314.

53. Ana RUBIO CASTRO, “El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990, p. 192.

de que el sexo del que detenta el poder pueda, por sí solo, suponer un vuelco, cae en el error de subestimar las inercias del propio sistema. Luisa MURARO lo expresaba con claridad al hablar de la mutua exclusión del poder y la política⁵⁴. ¿Por qué perder el tiempo negociando con otros para resolver los conflictos, si tengo la posibilidad de elegir el camino más corto y más directo para lograr lo que quiero? Para las mujeres el ejercicio del poder supone, además, un reto añadido. En la medida en que siempre pesa sobre ellas la amenaza de ser consideradas “mujeres-cuota”, mujeres que sólo están en esa posición por mecanismos de corrección, éstas sentirán una fuerte presión por demostrar que su presencia se debe a sus propios méritos. Mientras el mérito se siga definiendo como un cúmulo de características típicamente masculinas, se verán empujadas a actuar como hombres.

Frente al feminismo de la igualdad, el de la diferencia ha puesto énfasis en tratar de dar cabida al deseo de muchas mujeres de encontrar un trabajo que les guste y les permita tener tiempo para ser madres o para sí mismas. Ese es un deseo, que el feminismo de la diferencia, ha llamado “el doble ‘sí’ de las mujeres a la maternidad y al empleo”⁵⁵, forjando un concepto nuevo que pone el acento en la elección y, por tanto, en la libertad, a diferencia de la idea de “conciliación” —que proponen las políticas de la igualdad— que sigue presuponiendo la suma de dos obligaciones⁵⁶, la de ser madre y la de trabajar. Sin embargo, a día de hoy, es difícil sostener que las mujeres que eligen ser madres, lo hagan por obligación.

Más bien al contrario, de tanto dar el patriarcado la maternidad por supuesta, ésta parece haberse convertido en algo sumamente prescindible, hasta el punto de que hoy se educa a las chicas para ser hombres⁵⁷, para poner el trabajo por

54. Luisa MURARO, “El poder y la política no son lo mismo”, DUODA. *Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 37, 2009.

55. Lia CIGARINI, “El doble ‘sí’ de las mujeres a la maternidad y al empleo”, DUODA. *Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 30, 2006, p. 55: “Me parece, pues, que se puede decir que muchísimas mujeres han salido de la ambigüedad diciendo dos síes muy claros: sí al trabajo, sí a la maternidad. Otras dicen un sí claro al trabajo sin lamentar la falta de un hijo, otras lamentándose, pocas, pero ahora con libertad, un sí solamente a la maternidad. El doble ‘sí’ comporta contradicciones muy dolorosas para las mujeres en la organización actual del trabajo, pensada a la medida de los deseos y de las necesidades de los hombres, tanto en el trabajo dependiente como en el autónomo, sea en las profesiones o a nivel de dirigentes medias o altas”.

56. Lia CIGARINI, “La pasión por la política: pensar las relaciones y el trabajo”, DUODA. *Estudis de la Diferència Sexual*, núm. 37, 2009, 81-99, p. 83. Esto resulta también evidente en una noticia que aparecía el 01.12.2009 en la página del Instituto de la mujer titulada “Igualdad inicia una campaña de sensibilización en radio sobre corresponsabilidad familiar”. La noticia planteaba lo siguiente “Con el lema “¿Si somos iguales?, ¿Cuál es la diferencia?”, la campaña pretende incidir en un cambio de actitudes sociales, dirigido a eliminar la tradicional diferencia en la asignación de “roles” sociales a hombres y mujeres y *transmitir que las tareas del hogar y el cuidado de personas dependientes no es una obligación natural y exclusiva de las mujeres*, y que compartirlas supone que éstas puedan desarrollar otras actividades en igualdad de condiciones”. http://www.inmujer.gob.es/ss/Satellite?c=MIGU_NotaPrensa_FA&cid=1244208495456&language=ca_ES&pageid=1264005600784&pagenam=InstitutoMujer%2FMIGU_NotaPrensa_FA%2FIMUJ_notaprensa

57. María-Milagros RIVERA GARRETAS, *El amor es el signo. Educar como educan las madres*, Sabina Editorial, Madrid, 2012, p. 79: “[...] estamos constatando que la enseñanza reglada está for-

encima de todo. Esto es algo también que la invención del “doble sí” combate, porque no establece ninguna prioridad de rango entre el trabajo y la maternidad, a diferencia, de nuevo, de la idea de conciliación. Ésta pone mucho hincapié en la corresponsabilidad, en incentivar la implicación de los hombres en el cuidado y animar a las mujeres a reincorporarse al mundo del trabajo con el argumento de que sólo repartiendo los tiempos de cuidado de forma igual entre mujeres y hombres se logrará que la mujer tenga una posición igual al hombre en el trabajo. Parece ponerse, pues, por delante, el trabajo fuera de casa y se hace prevalecer éste sobre la maternidad.

Con independencia de que esa prioridad de rango sea muy cuestionable, tampoco parece que con el reconocimiento de derechos de conciliación, por muy importantes que éstos sean, pueda darse una respuesta satisfactoria a la dificultad que supone ser madre trabajadora. La adaptación del trabajo a las necesidades de las madres requeriría de una reformulación de mucho mayor calado, que no conlleve el riesgo de que éstas queden relegadas a trabajos de poca responsabilidad o peor remunerados debido a la falta de una disponibilidad, que toma como modelo de “buen trabajador” al hombre. El trabajo debería ser concebido, para todos, como algo que necesariamente tiene que dejar tiempo libre para algo de igual importancia, como puede ser la maternidad. El trabajo compatible con la maternidad debería dejar de ser la excepción para convertirse en la norma.

Pero la invención del doble “sí” a la maternidad y al trabajo, tiene para mí otra consecuencia importante y es que debe procurarse que la maternidad no convierta a una mujer en vulnerable. Esto supone cuestionar también ciertas políticas que, en nombre de la igualdad entre hombres y mujeres, han convertido en un tabú la idea, corroborada en realidad por las estadísticas, de que la relación padre-hijo y la relación madre-hijo puedan ser asimétricas. Esto no tiene nada que ver ni con el sexo biológico —y por tanto no supone una defensa del esencialismo— ni con el género, tiene que ver con la elección que hacen hoy más mujeres que hombres de ponerse a disposición de otro ser. ¿Puede soportar nuestra sociedad tal ejercicio de libertad?

6. CONCLUSIONES

En este trabajo he tratado de sacar a la luz que la crítica feminista del derecho todavía tiene recorrido. Sentencias muy actuales muestran cómo el derecho penal y la aplicación que de éste hacen los tribunales sigue siendo masculina, cómo en las decisiones sobre la atribución de la custodia de los hijos comunes en casos

mando a las mujeres de modo que resulten ser hombres, como si esto pudiera hacerlas más libres. Lo cual es consecuencia (y causa) de la imposición por muchos gobiernos democráticos del principio de igualdad de los sexos, un principio que humilla y aliena el cuerpo de mujer forzándolo hacia una modalidad de libertad —la libertad individualista— que se le queda pequeña a este cuerpo”.

de separación y divorcio continúan jugando un papel central ciertos estereotipos femeninos y cómo en la aplicación de los delitos contra la libertad sexual sigue dándose poco crédito a la palabra de las mujeres víctimas. Aunque el ordenamiento jurídico se esté dotando poco a poco de derechos que tratan de dar respuesta a las necesidades de las mujeres, queda todavía la tarea pendiente de conseguir que no sólo las leyes sino también su aplicación les sea favorable. El análisis feminista no sólo pretende una configuración no sexista del derecho sino que lo que busca, en última instancia, es que se modifiquen las experiencias concretas de los individuos. Para ello es imprescindible la adopción de políticas de igualdad, pero también lo es un cambio de mentalidad, que cuestione formas de hacer masculinas muy arraigadas. Esto sólo será posible si las mujeres son capaces de valorar positivamente lo femenino y de resistirse a la homogeneización.

