

Análisis feminista del derecho

Teorías, igualdad,
interculturalidad y
violencia de género

trans
forma
cions



Ana Sánchez Urrutia
Núria Pumar Beltrán
(coords.)

| Coneix els teus drets ■

UBe

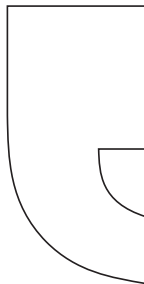
4.3

4.3

Análisis feminista del derecho

trans
forma
cions

| Coneix els teus drets :



Análisis feminista del derecho

Teorías, igualdad,
interculturalidad y
violencia de género

Ana Sánchez Urrutia
Núria Pumar Beltrán
(coords.)



Universitat de Barcelona

Publicacions i Edicions

Universidad de Barcelona. Datos catalográficos

Análisis feminista del derecho : teorías, igualdad,
interculturalidad y violencia de género. -
(Transformacions ; 4.3)

Referències bibliogràfiques

ISBN 978-84-475-3706-8

i. Sánchez Urrutia, Ana Victoria, ed. ii. Pumar Beltrán,
Núria, ed. iii. Col·lecció: Transformacions ; 4.3

1. Feminisme 2. Drets de les dones 3. Igualtat
d'oportunitats 4. Discriminació sexual 5. Violència
contra les dones

© Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona

Adolf Florensa, s/n

08028 Barcelona

Tel.: 934 035 430

Fax: 934 035 531

www.publicacions.ub.edu

comercial.edicions@ub.edu

ISBN 978-84-475-3706-8

DEPÓSITO LEGAL B-II.256-2013

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN Gráficas Rey

Queda rigurosamente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra. Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada, transmitida o utilizada mediante ningún tipo de medio o sistema, sin autorización previa por escrito del editor.

Sumario

PRÓLOGO	II
FEMINISMOS, CONCEPTO SEXO-GÉNERO Y DERECHO, <i>Gemma Nicolás Lazo</i>	15
1. Feminismo como movimiento social y teoría crítica	15
1.1. Como movimiento social	15
1.2. Como teoría crítica	19
2. Sistema sexo-género: una propuesta de definición	21
2.1. El concepto sexo-género como construcción social	21
2.2. Aportes posmodernos a la definición	23
3. El feminismo y el concepto sexo-género en el derecho	26
3.1. Los estudios feministas en la sociología jurídica	26
3.2. Modelos epistemológicos de los análisis feministas del derecho	28
4. Bibliografía	31
IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS, <i>Eva Pons Parera</i>	35
1. La igualdad por razón de sexo a nivel internacional, europeo y estatal	35
1.1. Organización de las Naciones Unidas y Organización Internacional del Trabajo	35
1.2. Ámbito europeo	37
1.2.1. Consejo de Europa	37
1.2.2. Unión Europea	38
1.3. Ámbito estatal	40
2. Las dimensiones de la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo	42
2.1. Igualdad formal (o de trato)	43
2.2. Igualdad material	46
3. Clases de discriminación por razón de sexo: discriminación directa e indirecta y discriminación múltiple	49
3.1. Discriminación directa	49
3.2. Discriminación indirecta	52

3.3. Discriminación múltiple	54
4. Las acciones positivas	55
5. Bibliografía	62

EL RECONeixEMENT EUROPEU DE LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE COM A DISCRIMINACIÓ

DE LES DONES PER RAÓ DE SEXE, <i>Argelia Queralt Jiménez</i>	65
1. La violència contra les dones com a obstacle global de la igualtat real entre gèneres	65
1.1. Una xacra global i actual	65
1.2. La violència de gènere com a manifestació de la violència contra les dones	67
2. El sexe o gènere com a clàusula sospitosa de discriminació en el CEDH	68
3. La violència de gènere com a discriminació contra les dones en la jurisprudència del TEDH	70
3.1. Les diferents violències contra les dones en la jurisprudència del TEDH	70
3.2. El tractament de la violència de gènere en la jurisprudència del TEDH	71
3.2.1. Les obligacions positives de l'Estat respecte de la vida de les dones (art. 2 del CEDH)	71
3.2.2. L'obligació d'intervenció de l'Estat en la vida privada dels grups especialment vulnerables (art. 8 del CEDH)	75
3.3. La nova jurisprudència del TEDH relativa a la violència de gènere com a manifestació d'una discriminació: la STEDH «Opuz contra Turquia».	83
3.3.1. El punt de partida: el marc jurídic internacional de la lluita contra la violència masclista.	84
3.3.2. La vulneració dels art. 2 i 3 del CEDH	86
3.4. Posterior aplicació de la doctrina «Opuz»	91
4. Conclusions.	93
5. Bibliografia citada	94

GÉNERO Y FENÓMENO MIGRATORIO, *Natalia Caicedo Camacho, Celia V. Díaz Morgado*

1. Género y flujos migratorios	95
2. La respuesta jurídica ante la violencia de género.	103
3. La protección de la víctima de violencia de género en la Ley de extranjería	106
3.1. Régimen jurídico de las mujeres reagrupadas.	108
3.2. Mujeres inmigrantes en situación irregular	110
3.3. Protección otorgada en otras situaciones administrativas.	113
3.3.1. Mujer inmigrante cónyuge o pareja de ciudadano comunitario	113
3.3.2. Mujeres inmigrantes en situación regular	114
4. La mujer inmigrante y la trata de seres humanos	115
4.1. La trata de seres humanos en el ordenamiento europeo.	117
4.2. La protección a la víctima de trata en la Ley de extranjería	118
4.2.1. La identificación de la víctima	119
4.2.2. El período de restablecimiento	121

4.2.3. La obtención del permiso de residencia por circunstancias excepcionales o el retorno voluntario.	122
5. Bibliografía	125

EL MATRIMONIO FORZADO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO,

<i>Mónica Navarro Michel</i>	127
1. Introducción. Concepto jurídico y realidad social	127
2. El derecho a contraer matrimonio	130
2.1. Convenios internacionales	130
2.2. El Derecho español.	135
3. Capacidad, fondo y formas de celebración del matrimonio	138
3.1. Matrimonio celebrado en España	139
3.1.1. Matrimonio entre españoles o entre un español y un extranjero	139
3.1.2. Matrimonio entre extranjeros.	140
3.2. Matrimonio celebrado en el extranjero	141
3.2.1. Matrimonio entre españoles o entre un español y un extranjero	141
3.2.2. Matrimonio entre extranjeros	143
4. Consecuencias jurídicas del matrimonio forzado	143
4.1. Consecuencias civiles: invalidez del matrimonio	144
4.2. Consecuencias penales	146
4.3. Medidas de protección derivadas de la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.	148
4. A modo de conclusión: propuestas de reforma legislativa.	150
5. Bibliografía	152

EL DEBATE FEMINISTA EN TORNO A LA PROSTITUCIÓN: ENTRE EL ABOLICIONISMO

Y EL RECONOCIMIENTO LABORAL DE LA ACTIVIDAD, <i>Gemma Nicolás Lazo</i>	155
1. Sexualidad y feminismos: entre el placer y el peligro.	155
2. El feminismo abolicionista del siglo XIX.	157
3. El abolicionismo del feminismo radical: esclavitud sexual y pornografía.	160
3.1. El movimiento contra la trata de personas y la esclavitud sexual	161
3.2. El movimiento anti-pornografía	161
3.3. Otras visiones desde el feminismo radical	162
3.4. La traducción jurídica de las posturas abolicionistas	164
4. Feministas y trabajadoras sexuales atraviesan juntas la «gran línea divisoria»: la postura pro derechos y el reconocimiento de la prostitución como trabajo.	166
4.1. El movimiento de trabajadoras sexuales	167
4.2. La conceptualización de la prostitución como trabajo.	169
4.3. La deconstrucción del estigma que rodea la prostitución.	171
4.4. El modelo jurídico de reconocimiento de derechos del trabajo sexual.	174
5. Bibliografía	175

EL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO, <i>Francisca Verdejo Torralba</i>	177
1. Introducción	177
2. Concepto de violencia de género	179
2.1. Planes contra la violencia de género	180
2.2. Reformas legislativas.	180
3. Tratamiento penal de la violencia de género	182
4. Los juzgados de violencia sobre la mujer	188
4.1. Competencia penal.	189
4.1.1. Competencia objetiva	189
4.1.2. Competencia territorial	192
4.1.3. Competencia funcional	193
4.1.4. La conexidad delictiva	193
4.2. Competencia civil	194
5. Los delitos de violencia de género: públicos o privados. El efecto del artículo 416 de la Ley de enjuiciamiento criminal	196
6. Conclusiones.	198
7. Bibliografía básica	199
REFLEXIONES SOBRE LA ACTUACIÓN JUDICIAL ANTE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO, <i>Francisca Verdejo Torralba</i>	201
LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO, <i>Núria Pumar Beltrán</i>	207
1. Aproximación al problema de la violencia de género en el trabajo	207
2. Las conductas constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo	211
3. La recepción normativa del acoso sexual en Europa y en España	214
4. Políticas de la empresa para identificar, prevenir y erradicar el acoso sexual	218
4.1. La importancia de un entorno laboral igualitario	219
4.2. La adopción de medidas de prevención de riesgos laborales y principales instrumentos frente al acoso sexual en la empresa	220
5. Medios judiciales de reparación frente al acoso sexual laboral.	223
6. Las sanciones legales derivadas del acoso sexual laboral	226
7. Bibliografía citada	229

Prólogo

En el 2006, en el marco del Proyecto dret al Dret, un grupo de profesoras e investigadoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona pusimos en marcha el Seminario de Análisis Feminista del Derecho, el cual, en este curso 2012-2013, alcanzará su séptima edición. Con esta iniciativa el grupo del Dret amb les Dones quisimos crear, junto con las estudiantes, un espacio de reflexión sobre los múltiples temas que tienen que ver con el feminismo, las mujeres y el derecho. Desde entonces, profesoras e investigadoras de diferentes generaciones y estudiosas de diferentes disciplinas jurídicas formamos parte de un proyecto integrador de docencia e investigación con visiones distintas pero, al mismo tiempo, complementarias del feminismo y del derecho.

Partiendo del seminario como actividad principal, hemos organizado otras actividades formativas y divulgativas en la Facultad (jornadas, conmemoración del 8 de marzo...) y, al mismo tiempo, coordinamos prácticas tuteladas en entidades sociales y públicas que traten las principales problemáticas sociales de las mujeres. A lo largo de esta trayectoria colectiva, nuestro compromiso se ha ido afianzando, conscientes de la conveniencia de fomentar entre los futuros profesionales del derecho un aprendizaje crítico que incluya la adopción de una perspectiva de género a la hora de interpretar y aplicar las normas. En cuanto a su dinámica de funcionamiento, el grupo ha optado por la toma de decisiones horizontales y transversales, de modo que nuestras decisiones son fruto del acompañamiento y del mutuo apoyo.

Entendemos que el derecho es un vehículo de transmisión de valores que hay que observar con una mirada crítica y que la falta de neutralidad se hace muy evidente en relación con la asignación de los roles sociales a mujeres y hombres. Hay que luchar contra los estereotipos y por ello es tarea de los juristas identificar los valores que transmiten las normas, reflexionar sobre las soluciones jurídicas adoptadas por el sistema normativo ante los conflictos que afectan a las mujeres y analizar las tutelas y las garantías que el ordenamiento jurídico prevé ante estas situaciones.

Precisamente a lo largo de la historia, las mujeres y los movimientos feministas han luchado por desenmascarar la pretendida neutralidad del derecho. Asumiendo el riesgo de simplificar en exceso, queremos mencionar brevemente los principales discursos ideológicos que han justificado una visión subordinada de la mujer en la sociedad, disfrazando de neutralidad el orden establecido. Así, durante siglos, se consideraba una verdad inamovible que la diferencia de trato hecha por el derecho hacia las mujeres encontraba su fundamento en su condición biológica, lo que determinaba su papel en la sociedad y, en este sentido, condicionaba su consideración filosófica y jurídica.

Los movimientos revolucionarios de los siglos XVIII y XIX no rompen con esta percepción, de modo que las mujeres que participaron en dichos movimientos fueron excluidas de la nueva organización social y política surgida de las revoluciones liberales. Son paradigmáticas en este sentido las obras de Olympe de Gouge o de Mary Wollstonecraft, que denunciaban la negación a las mujeres de su consideración de sujetos políticos y de derecho.

A lo largo del siglo XIX, las primeras filósofas critican, siguiendo el discurso de Kant, la «cosificación» de la mujer por parte de las normas jurídicas y sociales. En la legislación y en todos los ámbitos de conocimiento, la mujer no se contempla como un fin en sí mismo, sino que se instrumentaliza su cuerpo para atender a otros fines superiores. Así, el cuerpo de la mujer debe atender no solo a la concepción religiosa imperante (obligaciones de pureza y santidad), sino que también debe ser el instrumento mediante el cual se perpetúa la especie y la estirpe patriarcal: es el objeto necesario para la reproducción y el cuidado de los hijos y para el bienestar del hombre.

La chispa encendida por el sufragismo actuó como elemento revulsivo a partir del cual a lo largo del siglo XX la mayoría de países emprendieron reformas (no exentas de polémicas y, obviamente, de avances y retrocesos) que reconocían plenamente los derechos de las mujeres, así como el principio de igualdad de trato formal entre mujeres y hombres.

Este avance en el plano formal se hace de acuerdo con la imagen y las necesidades del hombre, por lo tanto, los sistemas jurídicos ignoran todos los problemas o los conflictos que afectan a las mujeres. En pocas palabras, puesto que el derecho trata igual situaciones materialmente desiguales, mediante esta aludida neutralidad en el trato se preservaban los valores propios de la sociedad patriarcal. Un ejemplo muy claro de esta ceguera del derecho hacia las mujeres se pone de manifiesto en la abstención de las leyes a intervenir en asuntos privados, de manera que la violencia de género en el ámbito doméstico o en la pareja no estaba sometida a control penal y, en general, el sistema perpetuaba la violencia contra las mujeres. Por eso fue tan importante la reivindicación

feminista de «lo privado es público», para asumir la dimensión del fenómeno. Solo la visibilización de las cuestiones y los problemas que afectan a las mujeres permite avanzar en las vías preventivas, punitivas y reparadoras ante problemas tan graves y socialmente arraigados.

Con este libro, y desde el ámbito académico, queremos contribuir a la visibilidad de estos problemas desde la perspectiva del derecho, exponiendo no solo el estado de la cuestión de la regulación vigente sino también las diferentes opciones de política legislativa para solucionar estas cuestiones.

En este libro, las autoras exponen y analizan los principales aspectos y temáticas tratados en el Seminario de Análisis Feminista del Derecho, tomando como punto de partida el análisis de las diversas corrientes del feminismo y su influencia en el derecho para después analizar los principales aspectos de temas universales que afectan a todas las mujeres. Se trata, en definitiva, de una aproximación jurídica transversal e interdisciplinaria sobre las diferentes problemáticas y los temas de actualidad de las mujeres en la sociedad.

Precisamente por su contribución, queremos agradecer a las profesoras Elena Latorre y Victoria Berzosa, como integrantes del grupo, su apoyo y sus aportaciones generosas a este proyecto, que esperamos que pueda seguir siendo para nosotras una causa común a favor del trabajo colectivo y de los valores de justicia y democracia paritarios.

ANA SÁNCHEZ URRUTIA
Professora de Derecho Constitucional
Universitat de Barcelona

Feminismos, concepto sexo-género y derecho

GEMMA NICOLÁS LAZO*
Universitat de Barcelona

I. FEMINISMO COMO MOVIMIENTO SOCIAL Y TEORÍA CRÍTICA

«La teoría feminista sin los movimientos sociales feministas es vacía; los movimientos feministas sin teoría crítica feminista son ciegos» (Amorós y Miguel, 2005: 15). Con esta frase se expresa claramente la estrecha relación entre el pensamiento feminista y el movimiento social de las mujeres. El feminismo es ambas cosas, un movimiento y una teoría revolucionarios.

Por feminismo se entiende el conjunto de políticas prácticas y teorías sociales desarrolladas por el movimiento social feminista que critican las relaciones pasadas y presentes de sometimiento de las mujeres y luchan para ponerles fin y transformar, así, la sociedad para hacerla más justa. Las feministas tienen como objetivo descubrir las causas de la opresión de las mujeres, revelar las dinámicas de sexo-género en la sociedad contemporánea y producir un conocimiento que las mujeres puedan utilizar para superar los perjuicios a los que están sometidas. El objetivo último sería construir una sociedad con formas de organización genérica no opresivas y en movimiento (Lagarde, 1997). Tras este avance de la definición, vayamos por partes.

I.1. Como movimiento social

El feminismo es antes de nada un movimiento social que se remonta tres siglos atrás. Por movimiento social¹ entendemos aquel «agente colectivo movilizador que persigue el objetivo de provocar, impedir o anular un cambio social fundamental, obrando para ello con cierta continuidad, un alto nivel de integra-

* Abogada e investigadora sobre derecho y género. Profesora del Máster de Criminología.

1. El esquema base para saber qué se entiende por «movimiento social» parte de Rivera (2006), quien lo aplica al movimiento de defensa de los derechos de los presos y las presas.

ción simbólica y un nivel bajo de especificación de roles, y valiéndose de formas de acción y organización variables» (Riechmann y Fernández, 1994: 48).

De entre las múltiples definiciones y concepciones de movimiento social, esta es idónea para los objetivos de esta introducción porque nos permite señalar, siguiendo al autor, algunos elementos clave del movimiento feminista. Riechmann y Fernández (1994) afirman que los caracteres fundamentales de los movimientos sociales son: su voluntad transformadora, la continuidad, su carácter movilizador, la participación no formal, su identificación del otro y la integración simbólica de sus miembros. Veamos cómo se materializan en el movimiento de mujeres.

En primer lugar, el objetivo del movimiento feminista es revolucionario, ya que busca la subversión total del sistema social moderno basado en la opresión política, institucional, económica y simbólica de la mitad de la humanidad, las mujeres. Aunque no completamente, hay quien dice que la feminista fue la única revolución que triunfó en el siglo xx, a la luz de los profundos cambios que se han producido en Occidente en la situación de las mujeres (Amorós y Miguel, 2005).

Young (2000) define en qué consiste la opresión de las mujeres como grupo. Ella parte de un concepto de justicia amplio, en el que incluye no solo la cuestión de la distribución, sino también lo referente a las condiciones institucionales que son necesarias para el ejercicio y el desarrollo de capacidades individuales, de la comunicación colectiva y de la cooperación, e inserta dentro de la justicia, en sentido negativo, la idea de la opresión. La opresión como injusticia social tendría cinco elementos básicos: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural androcéntrico y violencia. La autora los propone como indicativos para detectar la opresión.

La explotación vendría referida a la idea del trabajo, tanto productivo como del cuidado de la familia. Las mujeres transferirían de forma sistemática y no recíproca energía y poder a los hombres. La marginación provocaría que muchas personas quedaran al margen de la sociedad hegemónica, suponiéndoles privaciones materiales, discriminación en el mercado de trabajo, dependencia y control de redes de servicios sociales, etc. En las sociedades contemporáneas conocidas, las mujeres son más pobres² y viven en situaciones mayores de ex-

2. El concepto «feminización de la pobreza» hace referencia a esta realidad. La ratio de pobreza de las mujeres es siempre superior en un contexto geográfico concreto. Aunque el volumen total de trabajo que realizan es más de la mitad del estimable para toda la humanidad, perciben tan solo un tercio de la remuneración global («Informe de Desarrollo Humano», en Nicolás, 2006). Esta realidad no es una situación coyuntural, sino un estado estructural que tiende a agravarse.

clusión y marginación que los hombres, siendo esta realidad mucho más escandalosa en los llamados países en desarrollo. La carencia de poder la entiende la autora según una cuestión de clase y se vincula con la idea de explotación. Serían las personas sin formación y las trabajadoras/es no profesionales quienes más sufrirían la ausencia de autonomía y fuerza para tomar decisiones sobre la propia vida. El imperialismo cultural produciría que los rasgos dominantes de la sociedad invisibilicen la perspectiva particular de las mujeres³ e impongan como universal la experiencia y la cultura del grupo dominante. Finalmente, la violencia de carácter sistemático que sufren las mujeres, llamada violencia de género, sería el último indicador que afirma su opresión.

Lagarde (1997) utiliza la metáfora «cautiverio» para conceptualizar las instituciones típicas de opresión de las mujeres en la sociedad androcéntrica occidental. Los cautiverios tradicionales serían el matrimonio (madresposas), la entrega a la Iglesia católica (monjas), la prisión (presas), la locura (locas) y la prostitución (putas). Estas instituciones expropiarían de la «sexualidad, del cuerpo, de los bienes materiales y simbólicos de las mujeres y, sobre todo, de su capacidad de intervenir creativamente en el ordenamiento del mundo» (Lagarde, 1997: 15-17).

Sin embargo, y pese a la opresión, las mujeres intentan elaborar estrategias de supervivencia a partir de sus condiciones de vida, y eludir las violencias a las que se enfrentan. En todos los contextos y momentos, a pesar de su situación de subalternas y excluidas, diseñan mecanismos de resistencia (Nash, 2004). Al vivir se enriquecen y luchan por construir parcelas de libertad. En ese camino, las mujeres han ampliado su universo, han desarrollado aptitudes y saberes que contribuyen a su liberación.

Si seguimos los elementos definitorios de los movimientos sociales de Riechmann y Fernández (1994), afirmamos, en segundo lugar, que el movimiento de mujeres tiene una larga continuidad de trescientos años, complejos y no monolíticos (Amorós y Miguel, 2005). El feminismo como movimiento social y político nació en Europa y Estados Unidos con la Ilustración,⁴ cuando se desarrolló lo que se ha conocido como la primera ola del movimiento feminista.

3. En algún punto discrepo con Young (2000) respecto a las ideas que subyacen en su concepción del imperialismo cultural. Al parecer, considera que existe una cultura propiamente femenina que habría que reivindicar, una esencia femenina que actuaría como cultura subordinada pero diferente a la dominante. Opino, por el contrario, que esa cultura de las mujeres, pese a poseer sabiduría y experiencias valiosas y estratégicas de resistencia, es también parte de la ideología androcéntrica dominante y que no habría ninguna esencia propiamente femenina.

4. Se podría decir que feminismo ha existido siempre que las mujeres, a título individual o colectivo, han intentado subvertir el sistema que las oprimía. Sin embargo, prefiero considerar por feminismo