

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD
EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES
DESDE LA PERSPECTIVA DEL FEMINISMO JURÍDICO”**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
PRESENTA:**

KARLA GUTIÉRREZ ORTEGA

ASESOR: DR. JUAN MANUEL VEGA GOMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I.	
MARCO TEORÍCO	
1.1. Teorías de justicia.	7
1.1.1.La igualdad como principio fundamental de una teoría de justicia.	7
1.2. El Principio de Igualdad y el Principio de Justicia en la Teoría Política Contemporánea.	9
1.3. “El Derecho Natural y las Leyes Naturales” de John Finnis, como teoría de justicia.	11
1.3.1 Las exigencias de la razonabilidad práctica.	15
1.4. La Teoría de la Justicia de John Rawls.	21
1.4.1. La justicia sustantiva y la justicia formal como elementos del Derecho.	30
1.5. Las teorías de John Finnis y John Rawls como elementos de una teoría de justicia. 30	33
CAPITULO II.	
EL FEMINISMO JURÍDICO COMO TEORÍA POLÍTICA.	
2.1. Teoría Política Feminista	39
2.2. Teoría Feminista Liberal o de la Igualdad.	41

2.3. Teoría Feminista Radical.	48
2.4. Feminismo Jurídico.	63
2.4.1. Principios teóricos del Feminismo Jurídico.	69
2.4.2. El Principio de la Diferencia como elemento esencial en el Principio de Igualdad.	71

CAPITULO III.

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

3.1. El principio de igualdad en el derecho mexicano	78
3.2. El concepto de homologación como elemento de desigualdad en el derecho mexicano.	82
3.3. El concepto de no discriminación como elemento del de desigualdad en el derecho mexicano.	91
3.4. La necesidad de reconocer las diferencias sexuales como base del principio de igualdad.	93

CAPITULO IV.

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES.

4.1. La desigualdad entre hombres y mujeres en la construcción del derecho penal.	95
4.2. La tipificación de los delitos sexuales y el principio de igualdad.	98

4.3. El principio de la diferencia como elemento esencial del principio de igualdad en la construcción de los delitos sexuales.	108
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	117

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo busca demostrar, con base en las teorías de la justicia, qué nuestro sistema normativo carece de una verdadera igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, y cómo esto ha generado que sus instituciones públicas creen normas que aún y cuando pudieran parecer equitativas para ambos sexos, resultan injustas para las mujeres.

En efecto, aún y cuando pareciera que tenemos un sistema jurídico que reconoce a la igualdad como un valor supremo de la justicia, este no garantiza realmente esa igualdad, ya que dicho valor se encuentra sustentado en un concepto que se ha vuelto lento ante la constante movilidad de las sociedades.

Esto es porque, en tanto el concepto clásico de igualdad proponía el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales, generaba situaciones de desigualdad y discriminación, que de ninguna forma garantizaban la justicia anhelada.

Por ello hubo la necesidad de replantearse nuevamente la esencia de la igualdad, y de que forma podría ser garantizada en las sociedades que habían evolucionado no sólo en sus concepciones tradicionales, sino también en su conformación y en las problemáticas que surgen de esos constantes cambios.

En razón de lo anterior es que las sociedades empiezan a cuestionar la eficacia de las instituciones públicas en que se sustentan y su permanencia como parte de su estructura básica.

Así, ante esos cuestionamientos, surgen diversas teorías, que pretenden, mediante nuevas interpretaciones de la realidad social encontrar la solución a estas problemáticas.

Empiezan a crearse nuevas teorías dentro de la política contemporánea, destacando aquellas que conscientes de las diversas realidades que conforman y se entrelazan en la vida actual, pretenden interpretar y resolver esas diversas realidades en vez de una sola realidad como lo habían hecho las teorías tradicionales de antaño.

Es así que dentro de esta evolución de las corrientes ideológicas, surgen nuevas teorías respecto de los principios que rigen y sustentan a las sociedades contemporáneas, como lo son aquellas que giran en torno a la justicia y la igualdad social, y que pretenden reinterpretar desde una nueva percepción, los cuestionamientos y problemas que surgen en torno a esos principios en las sociedades actuales.

De igual forma, surgen nuevos cuestionamientos respecto de la forma en que esos principios deben regir la vida de personas con características particulares y que se desarrollan en las sociedades de diferente forma, tema que ha ocupado de manera destacada la teoría política feminista, la cual está enfocada a interpretar desde la perspectiva de las mujeres su realidad particular con relación a la justicia y la igualdad entre ellas y los hombres, y las consecuencias que esto ha significado y significa para vida social.

Derivado de la lectura de dichas teorías, surge el cuestionamiento respecto a la realidad en que viven las mujeres en nuestro país, y si los principios de justicia e igualdad que rigen nuestra organización social cumplen realmente con su cometido, por ello el objeto del presente trabajo consiste en analizar desde la perspectiva del feminismo jurídico la forma en que esos principios a través del derecho afectan la vida de las mujeres mexicanas, y si cumplen con su objetivo esencial para con ellas.

En este orden de ideas, el desarrollo del presente análisis comienza con la exposición de las teorías contemporáneas que dieron sustento a la reinterpretación de la teoría de la justicia, mismas que sirven de fundamento teórico en el desarrollo de este trabajo, toda vez que han constituido el parte aguas en la construcción de la teoría política contemporánea, al romper con los conceptos tradicionales, que en algunos casos ya no resultan suficientes para comprender la realidad actual.

Así, este primer capítulo pretende establecer las bases teóricas que dieron origen a nuevas interpretaciones de la realidad social como es el caso del feminismo jurídico, para lo cual se exponen las teorías de John Rawls y John Finnis, por considerarse como los principales teóricos dentro de la política contemporánea que con sus postulados transforman radicalmente la percepción clásica que se tenía de la justicia y los demás valores básicos que rigen la conducta humana.

En este sentido y a efecto de contar con una visión más directa de estos postulados teóricos, y no obstante que sus obras han sido editadas en idioma español, preferí remitirme a la obra editada en el idioma inglés, que fue el idioma en que se escribieron, por lo que el análisis e interpretación de las mismas, así como las referencias que de estas se hacen es de la obras publicadas en el idioma original, esto a efecto de conocer, sin traducciones intermediarias la esencia de las teorías que han modificado la concepción tradicional de los principios básicos de la sociedad.

Como segundo capítulo, se desarrolla la evolución del feminismo como una teoría política que pretende explicar a través de la percepción femenina la realidad en que se desenvuelven las mujeres en las diversas sociedades actuales, proponiendo nuevas alternativas de interpretación y solución respecto de las problemáticas que aquejan a las mujeres en esas sociedades.

Este capítulo intenta mostrar al feminismo, no sólo como el movimiento político que surge a partir de la segunda mitad del siglo XX, sino también que resultado de esa lucha reivindicatoria surgieron teorías que proponen no sólo interpretar sino construir una realidad social justa para las mujeres que incluya la interpretación de esa realidad desde las dos formas de pensamiento, de hombres y mujeres, lo cual significa que sea desde la perspectiva femenina, y no sólo masculina como ha imperado a lo largo de la historia.

Se exponen las diversas corrientes de pensamiento feminista que se han desarrollado dentro de esta teoría, destacando la corriente de pensamiento liberal que caracterizó la reivindicación de las mujeres dentro del discurso político en el principio del movimiento feminista, así como las nuevas posturas ideológicas que proponen la solución de las problemáticas que afectan a las mujeres desde una visión más real y esencialmente femenina, creando sus propias teorías a partir de su experiencia histórica y social, y que tienen como resultado, el surgimiento de las teorías feministas radical y cultural.

Al respecto, es ésta corriente feminista en la que se centra el desarrollo del presente trabajo, por ser la más acorde, no sólo con nuestra realidad social, sino porque es quizás la teoría que mejor se adecua a los postulados básicos de las teorías de justicia más actuales.

Asimismo, cabe señalar que para el desarrollo de este capítulo, los artículos consultados en idioma inglés, por lo que las referencias bibliográficas que se hacen de ellas corresponden a los artículos publicados en ese idioma, debiendo hacerse la precisión que en este caso particular, existen pocas traducciones al español de los mismos.

Desarrollado el sustento teórico del presente trabajo en los dos primeros capítulos, corresponde al tercer capítulo el análisis de uno de los principios básicos que rigen

nuestra sociedad, el principio de igualdad y como opera dentro del derecho mexicano, analizado desde la perspectiva del feminismo jurídico.

Del análisis que se realiza a este principio, básico para nuestro derecho, se pretende demostrar como es que el mismo ha fallado a las mujeres, y de su ineficacia para garantizar una verdadera justicia social entre ambos sexos.

El cuarto capítulo contiene el análisis, con base en las consideraciones y conclusiones previas de los tres capítulos anteriores, que permite demostrar como es que la desigualdad contenida en nuestro sistema normativo, misma que se observó en el tercer capítulo se materializa en la realidad social a través de las instituciones públicas, principalmente al crear, interpretar y aplicar el derecho a todos los integrantes de nuestra sociedad.

Para ello, el presente trabajo toma como muestra de esta realidad injusta para las mujeres, la tipificación de los delitos sexuales en el derecho penal mexicano, los cuales, tal y como se aprecia en dicho capítulo, si bien tutelan y protegen la libertad sexual de las personas sin distinguir sexos, esta tutela tiene fue concebida con bases masculinas, dejando fuera de su construcción la interpretación que las mujeres hacen y tienen de la realidad y de esas conductas.

A groso modo podemos decir que el objeto de este análisis es demostrar que aun y cuando nuestra sociedad tutela y protege la igualdad entre los dos sexos, esta no siempre resulta justa para las mujeres, pues las instituciones públicas que reglan nuestra vida social parten de una interpretación parcial de la realidad, teniendo como origen una igualdad injusta para quien no participa de esa interpretación.

Asimismo, señalar la imperiosa necesidad de replantear dichas instituciones tomando en cuenta la percepción feminista como un elemento de la igualdad que garantice una verdadera justicia social para ambos sexos.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1. Teorías de justicia.

1.1.1. La igualdad como principio fundamental de una teoría de justicia.

Las sociedades se encuentran conformadas por grupos de personas que comparten condiciones y características similares, tales como el idioma, el lugar de origen, la idiosincrasia y la cultura, lo cual hace que participen de los mismos intereses en el de desarrollo social.

Por ello han establecido reglas que se aglutinan en principios fundamentales que tienen por objeto el regular y dirigir la vida social, a efecto de garantizar la plena convivencia de todos los integrantes de esa sociedad.

Sin embargo, la forma en que se acuerdan y establecen estos principios no siempre es justa para todas las personas que integran las sociedades, pues en la mayoría de los casos estos acuerdos fueron concertados en condiciones de desigualdad entre quienes participaron de la elección de dichos principios.

Esto tuvo como consecuencia la construcción de instituciones sociales injustas para algunos de los miembros de esa sociedad, y que casi siempre resultaba ser para quienes no compartían el mismo parámetro de igualdad de a aquellos que participaron del acuerdo y establecieron, en razón de su interés particular, los principios que regirían a la sociedad, tal y como lo señala Rosead en su "Contrato Social".¹

¹ ROSSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, Editorial Porrúa, 15a.Edición, México, 1998.

Corresponde a la teoría política, definida como el sistema de ideas mediante el cual es posible analizar, criticar, discernir e interpretar, a través una visión objetiva y racional el desarrollo de las sociedades.

Asimismo, las teorías de justicia cuestionan la eficacia y validez de las instituciones sociales que organizan la vida social; así como su función y viabilidad dentro de la sociedad.

Podemos decir entonces, que la teoría justicia cuestiona la legitimidad y validez de las instituciones sociales, y de los principios fundamentales en que se sustentan las sociedades, siempre en relación con las alteraciones y modificaciones que se generan dentro de las instituciones políticas, jurídicas y sociales por sus constantes evoluciones, a fin de determinar las mejores alternativas y vías que permitan la permanencia de estas instituciones en la sociedad.

Sin embargo, en las últimas décadas, la teoría de justicia ha tenido que reestructurar esos sistemas de ideas, debido a las problemáticas sociales actuales, tales como la movilidad de personas de su lugar de origen a otros Estados, así como la demanda de reconocimiento y representación de las minorías como grupos de poder dentro de la participación social.

Esto ha contribuido a que los principios en que se sustenta la organización social, el de justicia y de igualdad tengan que ser reinterpretados en función de estas problemáticas, y la constante evolución social, siendo así la necesidad de replantearse la eficacia de tales principios en las sociedades contemporáneas.

En razón de ello, la teoría de justicia ha evolucionado de su concepción más tradicional a una de mayor aplicación pragmática, que esté de acuerdo con la realidad social, la cual exige el reconocimiento y participación de todas las personas que integran la sociedad actual.

Es así que surgen nuevos planteamientos sociales que corresponde a la teoría política contemporánea resolver, ¿Qué papel tiene la igualdad dentro de una sociedad justa?, ¿Cómo es una sociedad justa?, ¿Realmente es posible obtener una igualdad social?, ¿De que forma es posible alcanzar esta igualdad?, ¿Es posible crear una sociedad en la que todos sus miembros sean considerados iguales?

El motivo de someter a un nuevo análisis teórico a los principios de igualdad y justicia, es porque ambos constituyen los pilares fundamentales de toda sociedad, de ahí que sea necesario reformarlos o reestructurar su concepción en función de las problemáticas actuales que aquejan a las sociedades, pues de estos principios se desprenden las reglas que estructuran toda la organización social.

1.2. El Principio de Igualdad y el Principio de Justicia en las Teorías de Justicia contemporáneas.

Recaséns Siches² señala respecto de estos principios, que la igualdad se funda en la ética y se proyecta como condición jurídica exigida por la idea de la persona humana, lo cual se traduce como “paridad formal” en el derecho, cuyo objeto social es establecer las normas y reglas bajo las cuales se organizará la sociedad. Es decir, para que todos los integrantes de una sociedad sean considerados como iguales por las instituciones sociales, éstas deben reconocer como personas a todos sus miembros sin exclusión alguna, asignándoles el mismo grado de igualdad en cuanto a dignidad jurídica, y los derechos fundamentales propios de su calidad humana.

Ahora bien, esta asignación de igualdad social se intenta materializar a través del derecho, el cual establece las reglas y mecanismos que permitirán garantizar el valor de igualdad a todos los miembros de esa sociedad.

² . RECASENS SICHES, Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho. 10a. Edición Porrúa, México, 1997, Pag. 479.

Esto en términos jurídicos significa que, mediante reglas emanadas de un sistema normativo se otorga el mismo trato a todas las personas que forman parte de esa comunidad, pues como principio fundamental de la organización social, la igualdad consiste en no permitir que las instituciones sociales distingan unas personas de otras, en cuanto al “derecho de acceso” que tienen a la justicia, el otro principio fundamental en la organización social, que es considerado el valor supremo de toda sociedad.

En este orden de ideas, es importante señalar que la justicia, en su sentido más estricto, ha sido interpretada como el principio estructural en la organización de una sociedad, mediante el cual se establecen los criterios ideales que sustentan su permanencia, la cual se materializa a través de las instituciones jurídicas encargadas de regir y regular las relaciones entre las personas, siendo así que la justicia como máximo valor de una sociedad se constituye como el parámetro valuador que determina la validez y aceptación de las instituciones sociales que estructuran a la sociedad.³

Podemos decir entonces, que la teoría justicia se define como el sistema de ideas que permiten a través de un análisis objetivo y racional, el estudio, crítica, formación interpretación de la permanencia, legitimidad y eficacia de los principios de igualdad y justicia, así como de las instituciones públicas en que se sustentan las sociedades.

Es dentro de este contexto social que se han desarrollado diversas teorías de justicia que pretenden dar respuesta a esos planteamientos, sin embargo, han sido dos las más destacadas en este sentido, pues han contribuido a evolucionar el concepto de la sociedad justa.

³ FINNIS, John, Natural Law and Natural Rights. Ed. Clarendon Press, Oxford University, Great Britain, 1980.

Estas son “Natural Law and Natural Rights” (La ley natural y los derechos naturales), de John Finnis, y “A theory of Justice” (Una teoría de Justicia), de John Rawls, quienes proponen una nueva concepción de la organización social, rompiendo los viejos paradigmas teóricos base de las sociedades actuales.

1.3. “El Derecho Natural y las Leyes Naturales” de John Finnis, como teoría de justicia.

Para John Finnis, es imperiosa la necesidad de estudiar al derecho no sólo en su carácter aislado como lo propone el positivismo jurídico, sino en el contexto de otras disciplinas, tomando en cuenta el sentido común, los propósitos morales y distintas percepciones de la realidad,⁴ toda vez que el derecho se constituye como un producto humano; donde la igualdad es un valor reconocido y exigido por la razón, como elemento inherente a nuestra condición humana, que permite establecer reglas de justicia que garanticen el bien común de la sociedad.

Para ello retoma los postulados teóricos del derecho natural y señala que es a través de la razón que las personas discernen en que consiste el derecho⁵ donde las personas, a través de un procedimiento “in natura”, en una situación inicial y de igualdad empiezan a identificar como necesarios, determinados bienes, que define como “básicos”, y que son reconocidos y aceptados en un primer momento de racionalidad.

Este autor señala que el procedimiento racional que determina cuales son los bienes básicos que la persona debe proteger por serle inherentes, inicia con el descubrimiento, en una primera etapa del ejercicio racional, de esos bienes y en una segunda etapa, llamémosle de reconocimiento, los aceptan como derechos básicos que de “forma natural” deben ser protegidos por las personas.

⁴ ORREGO Cristóbal, Ley Natural y Derechos Naturales, John Finnis, Estudio Preliminar. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, Edición 2000, Pag. 15

⁵ Ibidem

Esto es porque la elección de estos bienes básicos, previamente identificados por la razón, lo es a través de “percepciones naturales” que toda persona descubre en sí, en uso de su capacidad racional, la que le permite determinar mediante el conocimiento práctico de su realidad y entorno cuales son los bienes básicos que deberá proteger por serle necesarios para su desarrollo personal.

Finnis señala entonces que la forma en que estos bienes básicos son reconocidos y aceptados por las personas es resultado de las elecciones que de forma natural hace la “razón” y que se lleva a cabo mediante el siguiente proceso:

“La razón abstrae su formulación general del bien, de aquellos valores concretos y particulares que el hombre encuentra en su acción; es decir, la razón descubre el valor moral específico de algunos de los bienes a los que la persona se siente inclinada “naturalmente” a proteger.⁶

Es decir, una conducta que se realiza en torno a estos bienes básicos no es percibida como natural, ni razonable y buena por sí, sino que la “RAZÓN PRÁCTICA” discierne qué acciones son conformes con esta recta razón.

Finnis llama a esta forma de razonamiento “RAZONABILIDAD PRÁCTICA”, la cual identifica los bienes básicos de forma objetiva y lógica, atendiendo las consideraciones que la razón tomó en cuenta para la elección de los mismos, los cuales se eligen a través de las acciones que determinan como buenas y naturales, lo cual consiste en hacerlo conforme a la razón.

Por bienes básicos deben entenderse “las formas básicas del bien, captadas por el entendimiento práctico,⁷ y que la recta razón considera correctas.

Cabe señalar que la razón elige estos bienes básicos porque los mismos son evidentes, primarios e inconmensurables para el desarrollo de las personas, por lo

⁶ Idem, pag. 17

⁷ Idem, Pag.21

que ninguno es más básico que los otros; y corresponde a cada persona el asignarles la jerarquía que esté más acorde con su proyecto de vida.

Podemos decir entonces que los bienes básicos son aquellos que la razón en su estado natural reconoce como propios del ser humano y que esa misma razón les otorga el valor que poseen en torno a su vida y desarrollo social.

Una vez hecha esta primera elección de los bienes básicos, la razón procede a determinar mediante la formulación de juicios de carácter moral, el “deber de respetar absolutamente los bienes básicos”,⁸ por todos los integrantes de la sociedad, lo cual puede visualizarse mejor con el ejemplo que señala Finnis de “la vida humana, que no constituye un bien básico simplemente por el instinto natural de conservar la propia vida física”,⁹ sino que en el se encuentra representada la dignidad propia de la persona.

Elegidos y aceptados por la razón práctica, estos bienes básicos dentro de la primera etapa, la razón práctica desarrolla en torno a ellos los primeros principios, los cuales son pre-morales toda vez que se ocupan únicamente de la elección y reconocimiento de estos bienes, pero sin calificarlos con juicios de valor, cuestión que corresponde a los principios de segundo orden o principios morales, como Finnis los define, y cuyo objeto consiste en calificar como buenas o malas aquellas acciones que se realicen respecto de esos bienes básicos, mediante juicios de valor moral.

La razón práctica elige en un primer momento aquellos bienes que considera fundamentales para su propia existencia, y en un segundo paso, mediante el uso de la recta razón, o como él lo señala, la razonabilidad práctica, que significa una especie de razonamiento lógico y objetivo, desarrolla los principios morales que garantizarán la protección de los mismos, tales como el principio de igualdad o de justicia.

⁸ Idem, Pag. 18

⁹ Idem, Pag. 19 (Cfr. FINNIS, John, Op. cit., Pags. 35-36)

Estos principios de orden moral se ocupan de garantizar la existencia de elecciones libres en relación con la realización y protección de los bienes básicos, las cuales son dirigidas por una forma de razonabilidad práctica que distingue en su actuar al bien moral, de aquellas que son moralmente cuestionadas o consideradas como acciones “malas” en virtud de esa razonabilidad práctica, lo cual sucede cuando esta acción libre no se ordena según las exigencias de la recta razón.

1.3.1 Las exigencias de la razonabilidad práctica.

Por exigencias de la razonabilidad práctica deben entenderse aquellos requisitos que de forma racional y objetiva han sido elegidos por la razón, que permitirán determinar y calificar toda acción que esté dirigida o vinculada con los bienes básicos, es decir, una vez elegidos estos, la razón de forma racional establece una serie de principios morales que contienen requisitos que deberán ser observados a efecto de garantizar el respeto de esos bienes básicos.

Entre esos principios que contienen exigencias de la razonabilidad práctica, se encuentran la justicia que tiene “como principio moral el “deber” de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades,”¹⁰ así como el principio de igualdad.¹¹

De acuerdo con Finnis, el principio de justicia es un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar, respetar y realizar los bienes básicos, no simplemente en si misma y en su propio

¹⁰ FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights. Ed. Clarendon Press, Oxford University, Great Britain, Edition 1980, Pag.164

¹¹ Respecto del principio de igualdad, es importante señalar que si bien de la obra de Finnis no se desprende textualmente cual es su “deber moral”, esto se interpreta indirectamente de la función que nuestro autor le reconoce en torno a la consecución del principio de justicia.

interés, sino también en beneficio de toda la comunidad, pues en tanto sean capaces de respetarlos están garantizando la permanencia de la propia sociedad.

Es decir, el ser humano desarrolla a través de la razonabilidad práctica, el valor de lo que es justo, no solo para la realización de su proyecto de vida, sino que debe aplicarlo en todas sus relaciones con los demás miembros de la comunidad.

Así, “la justicia debe entenderse, en sentido general como la voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de la sociedad”.¹²

Podemos decir entonces que el valor de justicia reside en la voluntad del ser humano, que guiado por la razonabilidad práctica, tiene como fin promover y favorecer dentro de una sociedad, el bien común, el cual comprende a todos los miembros de dicha sociedad.

Es importante señalar que para Finnis, “el objetivo de la justicia dentro de la sociedad es la realización del bien común”,¹³ que fundamentalmente consiste en garantizar mediante reglas de igualdad, el bien de todos los individuos que la conforman.

En este sentido las exigencias de la razonabilidad práctica que contempla el principio de justicia consisten en garantizar la realización del bien común,¹⁴ sin embargo, esto sólo será posible si en función de este principio de justicia se establecen reglas que aseguren a todos los miembros de la sociedad, la misma distribución de los recursos y cargas que componen el acervo común.

Por acervo común, Finnis define al conjunto de recursos (entendiendo a estos como las oportunidades, beneficios, ventajas, roles y oficios) y cargas (las cuáles comprenden las (responsabilidades y contribuciones) dentro de la sociedad.

¹² Idem, pag. 165

¹³ Ibidem

¹⁴ Ibidem

Es en atención a esta distribución que surgen los conflictos de intereses en las sociedades, mismos que corresponde resolver a los principios de justicia e igualdad con base en las exigencias de la razonabilidad práctica, y de los que Finnis señala, son consecuencia de las relaciones interpersonales que se derivan de la distribución del acervo común y de las cargas que en su hacer se originan.

Explica que la única forma en que es posible garantizar una justa distribución del acervo común, es tomando en cuenta determinados criterios de distribución, los cuales deberán encontrar su sustento en reglas de igualdad que para tal efecto disponga la razonabilidad práctica que caracterizan al principio de igualdad, mismas que son determinadas por la razón tomando en consideración cuestiones que afectan el desarrollo de los bienes básicos.

Así, de la obra de Finnis, si bien no puede desprenderse una definición propia del concepto de igualdad, es porque para él, la distribución de los derechos y cargas que conforman el acervo común no pueden ser asignados en la misma medida para todas las personas que integran las sociedades, pues ello no garantiza que tal distribución sea justa.

De ahí que sea necesario establecer reglas de igualdad basadas en la determinación de ciertos criterios que si aseguren una justa distribución de esos derechos y cargas.

Estos criterios están enfocados a determinar de qué forma deberán ser distribuidos y asignados los derechos y cargas del acervo común entre todas las personas que conforman la sociedad, tomando en cuenta:

- 1.- Necesidad. El cual debe aplicarse hasta cierto nivel mínimo indispensable para cada miembro de la sociedad.

Esto significa que la distribución del acervo común debe comprender a todas las personas que forman la sociedad, y en un plano de igualdad, toda vez que señala reglas de igualdad al establecer la distribución de forma justa, y dispone de un nivel básico para esa distribución.

2.- Función. Se refiere a los roles y responsabilidades en orden al bien común. Este criterio está encaminado a realizar la asignación de la empresa común, mediante reglas justas y debiendo tener en cuenta a todos los miembros de esa sociedad.

3.- Capacidad. Se refiere a las oportunidades de progreso individual y los roles en las empresas comunes.

Este criterio debe entenderse como la regla que garantizará a todos los integrantes de la comunidad la asignación de oportunidades y deberes en función de sus capacidades y no por otras condiciones.

Es decir, la asignación debe partir de un punto de igualdad, y no hacer distinción con base en otros criterios.

4.- Méritos y aportes que se derivan del esfuerzo y las habilidades. Con este criterio se pretende sentar las bases de una sociedad meritocrática, donde el desarrollo de las personas tendrá como base los méritos y aportes que a través de sus habilidades personales obtengan, y no por la asignación arbitraria que pudiese ocurrir, si se tomaran en cuenta criterios distintos a los aquí señalados.

5.- Riesgos inevitables. Respecto a estos, Finnis, hace referencia a la creación o aceptación de los riesgos inevitables que puedan causar daño a los demás, y que son causa de demérito y justo reparto en los castigos.

Estos criterios se constituyen entonces como exigencias de la razonabilidad práctica que deberán ser tomadas en cuenta por el principio de igualdad, pues es a este al que corresponde establecer reglas que garanticen una justa distribución de los derechos y cargas a todos los miembros de la sociedad. Para Finnis, esto presupone un principio formal de justicia:

“Que todos los miembros de una comunidad tienen igualmente derecho a ser considerados cuando surge el problema de la distribución.”¹⁵

En razón de lo anterior, estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para hacer una justa distribución de los recursos de la sociedad, tanto de bienes, llámense derechos y deberes, como de oportunidades, entendiéndose éstas como las responsabilidades y cargos a desempeñar en la comunidad; a fin de proporcionar los elementos y medios a los que toda persona tiene derecho dentro de esa sociedad, siempre con el propósito de alcanzar un desarrollo integral para todos dentro de esa sociedad, lo cual sí se logra, significará la consecución del bien común que persigue la sociedad.

Una vez determinado el objeto de la justicia distributiva, corresponde a la justicia conmutativa dar solución a los problemas que de la justicia administrativa puedan surgir dentro de la sociedad.

Esta justicia tiene como objeto dar una respuesta razonable y justa a los problemas que surgen de las relaciones interpersonales y de aquellas que en determinadas ocasiones sean consecuencia de la distribución.

Finnis señala que la premisa principal de la justicia conmutativa es cumplir con una “exigencia de la razonabilidad práctica, que se traduce en respetar los

¹⁵ Idem, Pag. 173

derechos de los demás y que es al mismo tiempo, una exigencia del bien común”,¹⁶ por lo que al atentar contra los derechos de algún miembro de la sociedad, se está vulnerando los bienes básicos reconocidos en el primer plano de igualdad.

Es decir, dentro de una comunidad existe un vasto rango de relaciones y tratos entre todos sus miembros, en los cuales ni los requerimientos o los incidentes de la empresa común o la distribución del acervo común están directamente en juego, pero que sí afectan de forma indirecta a esa comunidad, por lo que deben resolverse aquellas cuestiones relativas a lo que es bueno, justo o parcial entre las partes de la relación, rectificar o remediar las desigualdades cuando surgen o aumentan en el trato interpersonal, esto a través del Derecho.

Por ello la justicia conmutativa, a través del Derecho se ocupará de establecer los instrumentos que permitan solucionar los problemas que surjan de la distribución, y de aquellos que se originen de la realización de la empresa común, buscando siempre solucionarlos de forma justa y para ello recurre a las exigencias de la razonabilidad práctica, a fin de proveer los elementos necesarios para la consecución del bien común sin atentar contra los principios fundamentales de la organización social.

De acuerdo con Finnis, esto se debe hacer aplicando los principios de justicia y de igualdad para lograr la obtención de una sociedad justa, la cual no siempre resulta igual para todos los miembros de la sociedad, pero tendrá la obligación de garantizar el desarrollo de todos los integrantes a esa comunidad con base en las reglas que se hayan establecido de acuerdo con el principio de igualdad.

Podemos concluir señalando que la teoría de Finnis se sustenta en dos principios fundamentales, el de justicia y de igualdad, a través de los cuales se establecerán

¹⁶ MASSINI CORREAS, Carlos. Justicia y Derecho en la Ley Natural y Derechos Naturales de John Finnis, Revista Sapientia, Pontificia Universidad Católica de Santa María de los Buenos Aires, Volumen LV, Fascículo 207, Buenos Aires, Argentina, Pag. 561.

las bases que permitirán una justa distribución del acervo común a todos los miembros de esa comunidad, a fin de procurar el bien común de la sociedad.

1.4. La Teoría de la Justicia de John Rawls.

Una vez expuesta la forma en que la razón determina como principios fundamentales del derecho natural a la igualdad y la justicia, es necesario definir de qué manera son reconocidos estos principios como básicos para regir la vida social.

Para ello el presente trabajo se sustentará en la obra de John Rawls, quién tiene como mérito haber revolucionado el concepto de justicia que había imperado dentro de la teoría política, hasta antes de la publicación de su teoría de justicia, al exponer un principio de justicia que está basado en dos conceptos básicos, la imparcialidad y el interés colectivo.

Esto lo explica, partiendo desde una nueva concepción del contrato social, el cual es acordado bajo un principio de imparcialidad,¹⁷ debiendo entenderse este como una expresión pura de igualdad.

Al respecto, señala que esto sólo es posible, al llevar al más alto nivel de abstracción la tesis tradicional del contrato social, expuesto por la teoría política clásica, de la cual excluye el carácter contractualista que caracterizó a las teorías liberales de Juan Jacobo Rosseau, Thomas Hobbes y John Locke, para quienes el fin principal del contrato social era obtener una utilidad en beneficio de la persona individual, contrariamente a lo expuesto por Rawls, para quien el objeto que debe perseguir la cooperación social debe estar enfocado a la obtención de un interés colectivo, lo que permitirá sentar las bases de una sociedad justa.

¹⁷ RAWLS, John. A theory of Justice. 5th. Edition, The Belknap Press of Harvard, University, Cambridge Mass., USA, Pag, 3.

La teoría del contrato social que propone Rawls, se basa en el desconocimiento de los beneficios que pueden obtener aquellas personas que participan en la concertación del acuerdo general, y cuyo único objetivo, al momento de establecer los principios e instituciones que regirán a su comunidad; será la obtención de una sociedad justa, en la que todos sus miembros resulten beneficiados por este acuerdo general.

Siguiendo esta teoría de justicia, una sociedad será justa cuando sus instituciones básicas estén fundadas en reglas de igualdad que garanticen ventajas y cargas (a las que define como derechos y deberes), a todos los miembros de la sociedad, sin que las desigualdades sociales y económicas que caracterizan a cada uno de sus miembros pudiera constituir un obstáculo o demérito en perjuicio de aquellas personas que no son iguales, al momento de esa asignación.

Rawls considera que estos derechos y deberes no se deben otorgar sólo en beneficio de aquellas personas que son favorecidas por circunstancias naturales como la riqueza, posición social o la educación, sobre otras personas menos afortunadas, sino que estas ventajas deberán ser asignadas por igual a todos los miembros de esa sociedad, lo cual solo es posible si, al momento de establecer los principios básicos que deberán regir a ésta, se ignoran las desventajas naturales que poseen aquellas personas que van a concertar el acuerdo social. Si esto puede lograrse, se crearán reglas justas para toda la sociedad.

La elección de estos principios básicos se debe hacer en una situación de igualdad o como él la llama, de “imparcialidad”, que será mediante una situación hipotética a la que Rawls describe como “posición originaria de igual libertad y equidad”¹⁸ lo que en la teoría de Rosseau significaría “el estado de naturaleza”¹⁹ y que expone de la siguiente forma:

¹⁸ Idem, Pag. 12

¹⁹ ROSSEAU, Juan Jacobo. op cit.

“La sociedad, como una asociación de personas más o menos autosuficientes; en sus relaciones con otras personas reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias, las cuales constituyen en si un sistema de cooperación.”²⁰

Con base en el reconocimiento de estas reglas, es que las personas deciden organizarse y asociarse.

Una vez acordado y reconocido este sistema de cooperación, que tiene por objeto la consecución del “bien común”²¹ a favor de la sociedad, es preciso definir los principios y reglas que regularán la cooperación social a efecto de alcanzar este último fin, el bien común.

Así, de acuerdo con Rawls, la cooperación social debe entenderse como la distribución y asignación de los derechos, cargas, y prerrogativas a todos los miembros de una sociedad, y respecto de la cual todos tienen derecho de acceder,²² sin embargo, al momento de decidir de qué forma serán asignados estas derechos y cargas, surge un conflicto de intereses, pues la elección de estos principios no siempre resulta justa para todos los integrantes de esa sociedad, pues suele prevalecer el interés particular sobre el colectivo, generando así desde el inicio del acuerdo primario situaciones de desigualdad e injusticia.

Al respecto, Rawls señala, que la mejor forma de elegir los principios básicos de la justicia que regirán a toda sociedad, deberá hacerse por personas libres y racionales que se coloquen en una posición originaria de igualdad, donde no conocen su lugar en la sociedad, su posición o status social, ni su fortuna, ni la distribución de sus habilidades, de riqueza ni de fuerza.

²⁰ RAWLS, John, Op.cit. Pag. 5

²¹ Ibidem

²² Ibidem

Es decir, deben establecerse todas las condiciones necesarias que permitan una elección justa de esos principios, y para ello, la única forma es colocar a todos los “contratantes” en una situación de igualdad, bajo un “velo de ignorancia,”²³ a fin de que se encuentren realmente en una posición de “igualdad contractual”, donde desconocen las ventajas personales que tal acuerdo puede generarles, lo que significaría una elección imparcial de los principios básicos de justicia.

Con este velo de ignorancia, Rawls pretende que sean ignoradas las desigualdades naturales y sociales que existen entre las personas libres y racionales, esto con el propósito de que las circunstancias naturales o sociales que favorecen a algunos miembros de la sociedad, no influyan en favor de sus condiciones particulares al momento de elegir estos principios, sino que estas personas, basándose en el principio de interés colectivo, concierten un acuerdo que sea justo para todos los miembros de la sociedad.

Como resultado de este acuerdo general, la sociedad elegirá los principios básicos que establecerán las reglas de justicia, basándose en la imparcialidad, o como Rawls la llama la justicia como imparcialidad, y de la cual señala, su principal característica es que las partes contratantes se colocan en una situación de igualdad, al momento de elegir estos principios básicos de justicia.

Una vez acordados y elegidos los principios básicos de justicia, estos determinarán las reglas y condiciones que deberán regular la asignación de los derechos y deberes, así como de las ventajas y cargas a todos los miembros de la sociedad. Igualmente deberán definir las reglas a seguir para una apropiada distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social dentro de la sociedad.

²³ Idem, Pag. 12

Para Rawls, la elección de estos principios deberá corresponder con la idea de justicia social, de tal forma que la cooperación social y el bien común estén garantizados de la siguiente forma:

Principios Básicos de Justicia

“Cada persona debe disponer de un derecho igual al más extenso esquema de libertades básicas, que sean compatibles con similares libertades para todos; y

Las desigualdades económicas son admisibles, sólo sí:
Estas desigualdades, económicas y sociales, son necesarias para que los que tengan menos estén mejor de cómo podrían estar en cualquier otra situación; y

Las cargas y prerrogativas son accesibles a todos en igualdad de condiciones.”²⁴

Para Rawls, es esencial que dentro de una sociedad justa, toda persona tenga el derecho a disponer del más extenso esquema de libertades básicas que pueda poseer cualquier miembro de esa sociedad; el cual a la vez, debe ser compatible y similar al esquema más amplio de libertades de los demás miembros de esa sociedad, y que las desigualdades económicas y sociales que existen en una sociedad garanticen ventajas para todos, sólo así se estará garantizando la justicia dentro de esa sociedad, por lo que la elección de estos principios básicos de justicia debe realizarse en el momento de conformar la sociedad mediante un acuerdo general.

En este sentido, como libertades básicas, define aquellos derechos fundamentales a los que todos los miembros de una sociedad tendrán derecho de acceder y

²⁴ Idem, Pag. 60

gozar, las cuales también deberán ser elegidas en el acuerdo general, donde los contratantes en iguales condiciones elijan y acepten esas libertades básicas, buscando siempre mediante “la cooperación colectiva “el bien común.

Así, el primer principio que Rawls propone como básico de la justicia, es el que garantice a todos sus miembros, el mismo derecho de acceder a las libertades más básicas que le pueda otorgar a cualquiera de sus integrantes, sin que las circunstancias y las diferencias o desigualdades naturales y sociales que identifican a cada individuo dentro de dicha sociedad, signifiquen un obstáculo para tal fin.

Una vez garantizado ese derecho de acceder a las libertades más básicas que otorga la sociedad a todos sus miembros, toca mediante la concertación del segundo principio de justicia, definir las reglas que permitan obtener para todos los miembros de la sociedad, ventajas de las desigualdades que afectan a algunos de esos integrantes. Esto constituye el segundo principio fundamental de justicia que propone Rawls.

Para Rawls es importante que este segundo principio sea aceptado en el acuerdo general que concertarán todos los miembros de la sociedad al momento de organizarla, pues señala, la sociedad deber ser consciente de que no se pueden erradicar estas desigualdades, pero que en razón de ellas, es que deben establecerse las reglas que generen y compensen a través de ventajas y prerrogativas para esas personas desiguales o diferentes, sin que esto implique desventajas para quienes no están afectados por dichas desigualdades.

De acuerdo con esta teoría de justicia, los principios que se elijan deberán procurar en beneficio de la sociedad lo siguiente:

a) “La distribución de riqueza e ingresos no necesita ser igual, pero debe proporcionar ventajas para todos en un mismo tiempo.

b) Las posiciones y cargos de autoridad deben ser accesibles para todos.”²⁵

Así, mediante estos principios deberán establecerse las reglas que garanticen una justa distribución de las cargas y prerrogativas, así como de los ingresos y riqueza, entre todos los miembros de la sociedad, pero a la vez debe otorgar mayores beneficios que contribuyan a mejorar las condiciones y desarrollo de aquellas personas que por circunstancias naturales son desiguales económica y socialmente, y que no pueden acceder de forma igual que los más aventajados, a todos los beneficios que la sociedad genera para sus integrantes.

Rawls afirma que estas desigualdades no deben significar cargas para la sociedad, sino más bien ventajas para quienes están en una posición social desigual, a fin de crear mediante reglas justas el mismo nivel de igualdad entre todas las personas que conforman esa sociedad, y que una de las formas de lograr que las desigualdades signifiquen ventajas para los individuos más vulnerables, es garantizar primero el mismo derecho de acceder a servicios tan básicos como salud, educación, alimentación e impartición de justicia, sin que las desigualdades puedan significar el obstáculo para ello.

De igual forma, continuando con el segundo principio de justicia, los cargos y posiciones de autoridad deberán ser accesibles a todas aquellas personas que posean talento para desarrollar tales cargos y puestos; y por lo que respecta a la elección de las personas que deberán ocupar estos cargos, no se deberá atender a su condición desigual, sino tomando en consideración que esas desigualdades significaran mayores ventajas para ellas.

²⁵ Idem, Pag. 61

En este sentido, debemos entender que cuando Rawls se refiere a cargos y posiciones públicas, es en razón de los cargos públicos de representación popular, y aquellos en los cuales implique un ejercicio del poder, por lo que el objetivo fundamental de este principio, consiste en asegurar la representación y participación de todos los sectores de la sociedad en la toma de decisiones que la afectan y que están relacionados con el bien común.

Atendiendo al segundo principio; las ventajas que en razón de su desigualdad se generen deberán estar encaminadas a mejorar sus condiciones de vida dentro de la sociedad, debiendo generar a la vez ventajas para quienes no comparten esa desigualdad, garantizando a toda la sociedad un desarrollo equiparable al de cualquier otro ciudadano que se encuentre en mejores circunstancias.

Asimismo, Rawls precisa que el primer principio tiene prioridad sobre el segundo, y no es permisible que un individuo renuncie al derecho que la sociedad le otorga de acceder al esquema más amplio de esas libertades básicas otorgadas a cualquier persona que conforma esa sociedad, aún y cuando se le prometan mayores ventajas económicas y sociales, pues ello atenta contra el fin que persiguen esos principios, la justicia social.

Una vez acordados los principios básicos de justicia, deberán definirse “las instituciones básicas” a través de las cuales, esos principios asignarán los derechos, deberes, beneficios y cargas de la cooperación social a todos los miembros de la sociedad; y respecto de las cuales Rawls señala:

“Las instituciones básicas son sistemas de reglas que regulan ciertas formas de acción o de conducta como permisibles; y que proveen de penas y defensas cuando

incurren en violaciones a la estructura básica de la sociedad”.²⁶

De acuerdo con la definición anterior, podemos identificar como instituciones básicas en la sociedad a la Constitución y los Principales Acuerdos Económicos y Sociales; entendiéndose esta como la propiedad privada y los medios de producción, y será a través de dichas instituciones que se establecerán las reglas de igualdad que garanticen la protección legal de las libertades básicas, así como la justa distribución de la riqueza, estableciendo así las bases de una sociedad justa.

En este orden de ideas, debe entenderse que la “Constitución” se erige como el sistema jurídico político que regirá a la sociedad; en tanto que a los Principales Acuerdos Económicos y Sociales corresponde la organización de la estructura social, configurándose como “la estructura básica de la sociedad.”²⁷

Podemos decir que corresponde a la estructura básica de la sociedad, a quien que corresponde entonces establecer los instrumentos jurídicos-políticos que garanticen la realización de la justicia social, para lo cual deberá crear reglas que permitan tal fin, lo cual, de acuerdo con Rawls, es tarea de a la justicia sustantiva y la justicia formal.

1.4.1. La justicia sustantiva y la justicia formal como elementos del Derecho.

De acuerdo con Rawls, partimos de una justicia consensual, acordada en una posición de igualdad, a la cual se le otorga legitimidad y obligatoriedad cuando la sociedad reconoce la necesidad de contar con un sistema de principios y reglas que garanticen la realización de los principios de justicia.

²⁶ Idem, Pags. 54-55

²⁷ Ibidem

Una vez elegidos y acordados los principios básicos de la justicia y las instituciones básicas que integrarán la estructura de la sociedad, el siguiente paso es establecer las instituciones jurídicas (entendiéndose por estas a las leyes y normas) que la regirán, función que corresponde al Derecho, que es la institución social básica encargada de establecer el sistema normativo que regirá la sociedad a efecto de soportar y asegurar las expectativas de legitimidad²⁸ del sistema político, concertado en el acuerdo general.

En este orden de ideas, corresponde al Derecho establecer las reglas encargadas de regular a las demás instituciones básicas que estructuran la sociedad, a fin de cumplir con lo dispuesto por los principios de justicia, lo cual significa que las normas y leyes que rigen a sociedad, estarán basadas en reglas de igualdad que garanticen la consecución de los principios básicos de justicia.

Podemos decir entonces que es facultad del Derecho, a través la justicia sustantiva, el crear y establecer leyes que garanticen para todos los miembros de la sociedad, el mismo derecho de acceder a todas las libertades básicas que se le otorgue en el sentido más amplio a cualquier individuo de dicha sociedad, e igualmente deberá crear las leyes e instrumentos que sean necesarios, a fin de que regulen de forma equitativa la distribución de la riqueza y de las oportunidades de acceder a los cargos públicos dentro de esa sociedad.

El derecho se erige como la institución básica que estructura y organiza a la sociedad, y que es integrado por la justicia sustantiva, la cual comprende el conjunto de reglas que la sociedad elige y acepta, de forma consensual en la posición originaria, como obligatorias las cuales, a su vez constituyen el fundamento en que se basa la permanencia y eficacia de la justicia formal.

Así, la justicia formal se define como la institución encargada de establecer las reglas que permitan una interpretación y administración imparcial de las leyes por

²⁸ Ibidem

parte de los jueces y otros oficiales (Rawls no señala qué tipo de oficiales), a fin de procurar el bien común.

En este orden de ideas, corresponde al Derecho establecer las normas y reglas que garantice la consecución de los principios de justicia de los que habla Rawls, a fin de garantizar a todos sus miembros, el mismo derecho de acceder a las libertades básicas que ésta pueda otorgarle a cualquiera de ellos, y generando ventajas sin que las condiciones de desigualdad que pudiera caracterizarlos puedan ser consideradas como una razón para restringir o negarles ese derecho, en todo caso, esas desigualdades deberán generar ventajas que los coloquen en la misma situación de igualdad.

Podemos precisar que la teoría de justicia expuesta por Rawls se basa en un principio de igualdad que se sustenta en el reconocimiento de las desigualdades que existen en la sociedad, a efecto de que este reconocimiento permitirá generar condiciones de igualdad para todas las personas que conforman esa comunidad, y ello signifique colocarlos en el mismo nivel de acceso a los derechos fundamentales que la propia sociedad otorga a cualquiera de sus miembros.

Es decir, la sociedad tiene como deber fundamental, garantizar a todos sus integrantes el poder acceder a la protección y goce de los derechos más básicos que pueda otorgar a cualquiera de ellos.

A efecto de cumplir con ello, deberá establecer reglas que coadyuven a tal fin, especialmente para quienes, por sus condiciones particulares -Rawls las llama desigualdades- no se encuentran en el mismo nivel de igualdad para acceder a esos derechos.

De ahí que primero resulte imperativo reconocer la existencia de las desigualdades en la sociedad, y segundo, aceptar que algunas de ellas no pueden erradicarse, por lo que es obligación de la sociedad a través del derecho, generar

ventajas a partir de ese reconocimiento para quienes se encuentran en esos supuestos de desigualdad, prerrogativas que permitirán elevar al mismo nivel de igualdad con aquellas personas que lo son de forma natural, y colocar a todos los que conforman la sociedad en el mismo nivel de acceder a las libertades básicas que garantiza el primer principio de igualdad. Si se logra esto, estaremos en presencia de una sociedad justa.

1.5. Las teorías de John Finnis y John Rawls como elementos de una teoría de justicia.

Tal y como se expuso a lo largo de este capítulo, las teorías de Finnis y Rawls se sustentan en los principios de igualdad y de justicia para lograr el bien común, lo que las caracteriza y separa de todas aquellas teorías de carácter utilitarista que sirvieron de modelo contractual para la organización de las sociedades modernas.

Estos dos teóricos se basan en dos principios que tienen por fin lograr la consecución del bien común sobre el interés particular, de ahí que sea la justicia, definida como un concepto eminentemente social, en virtud de que las personas, en su calidad de individuos no necesitan de él para lograr sus fines personales, y sin embargo, para el desarrollo de la sociedad es indispensable, ya que se constituye como el fundamento de la comunidad.

Para ambos filósofos, la justicia es entendida como el valor supremo que persigue toda sociedad y el cual permitirá que se garantice la permanencia de la misma, por lo que lo vinculan al principio de igualdad para considerarlos como elementos básicos de una sociedad justa.

Es decir, las personas identificamos de manera natural la necesidad de contar con dos principios básicos que nos garanticen nuestro pleno desarrollo como personas, la igualdad y la justicia, los cuales son discernidos y reconocidos en un

primer momento por la razón como elementos necesarios para la consecución del bien personal.

Una vez que han sido reconocidos y aceptados de manera racional ya nivel personal, como elementos básicos que permitirán la protección de bienes primarios de cada persona, entendiéndose estos como la vida, la libertad y la razonabilidad práctica entre otros no menos importantes, corresponde a todas las personas en un segundo momento, establecer mediante un acuerdo general en el que todos participen, la concertación externa de estos principios como rectores de la organización social.

De acuerdo con lo expuesto por Rawls, dicho acuerdo deberá ser realizado en condiciones de igualdad donde no impere el interés particular sobre el común, ya que esto impide que se garantice una sociedad justa, siesta parte del conocimiento de las que tendrá cada persona a lo largo de su vida, por ello se deberán establecer desde este inicio, reglas de cooperación social que partan de una situación de igualdad para todos los miembros de la sociedad.

Así, Rawls y Finnis, coinciden en que la justicia se materializa dentro de la sociedad cuando se alcanza el bien de todos los miembros de esa sociedad y para ello proponen una nueva interpretación del principio de igualdad, el cual puede considerarse como una forma desigual de justicia, que se fundamenta en el reconocimiento de las diferencias que existen en la sociedad.

En este sentido, Finnis propone distribuir los derechos y cargas tomando en cuenta cinco criterios de justicia distributiva, a efecto de colocar a todos en el mismo nivel de igualdad, en tanto que Rawls reconoce que las desigualdades siempre existirán en la sociedad, ya que algunas no pueden erradicarse, por lo que deberán ser aceptadas y establecer a partir de ellas reglas que permitan crear ventajas para todos los integrantes de la sociedad.

La importancia de reconocer que existen diferencias o desigualdades como Rawls las llama, es que permite reposicionar el concepto de igualdad que ha existido en las sociedades modernas, y reconocer que no siempre ha generado condiciones de igualdad para todas las personas que integran la sociedad.

Esto genera a su vez situaciones de injusticia, pues únicamente se establecen reglas de igualdad para quienes se consideran iguales dejando fuera de la distribución y acceso a los derechos que la sociedad otorga a esas personas, a aquellas que son diferentes, pues no comparten esas características de igualdad.

De ahí que sea necesario, primero reconocer y aceptar la existencia de desigualdades en la sociedad, y segundo, que estas no pueden erradicarse, por lo que, la única forma de garantizar la justicia social para todos los que integran esa sociedad, es que estas desigualdades permitan generar ventajas que creen situaciones de igualdad entre quienes son desiguales, a efecto de colocarlos en el mismo nivel de acceso a todos los derechos y cargas que la sociedad le puede asignar a cualquiera de sus integrantes.

Una vez que se coloca a todas las personas en el mismo nivel de acceso a los derechos básicos, se está garantizando una justicia social, pues al crearse condiciones de igualdad que consideran a todas las personas por su calidad de persona en sí, y no por aquellos que los identifica o diferencia de las demás, es posible que todas alcancen su desarrollo pleno, que bien puede significar el bien común.

De las consideraciones expuestas se puede observar que para ambos autores, la justicia no puede garantizarse sino se reconceptualiza el principio de igualdad dentro de la teoría política contemporánea, pues el principio que proponía tratar igual a todas las personas sin tener en cuenta las características y condiciones que los definía y diferenciaba unas de otras, ya no resulta viable en las sociedades donde las minorías son cada vez más mayoría, y donde ya no es posible continuar

ignorando que las diferencias no permiten tratar a todos de igual manera, pues con ello únicamente se incurría en un trato desigual para quienes eran diferentes, lo cual de ninguna manera puede asegurar una sociedad justa.

Debe entenderse que para Rawls, el principio de igualdad reconocido y aceptado por la razón como un principio básico de justicia, de acuerdo con la teoría de Finnis, rige la “estructura social básica”²⁹ a fin de establecer reglas justas que permitan alcanzar el bien colectivo, debe partir del reconocimiento de las desigualdades, y aceptar que estas no pueden ser erradicadas, por lo que la única forma de garantizar una sociedad justa es logrando que estas desigualdades generen ventajas para todas la sociedad.

La forma en que Rawls propone que esto será viable es a través de dos principios básicos de justicia; el primero consiste en garantizar a todos los integrantes de la sociedad el mismo acceso al esquema más amplio de derechos que le sean otorgados a cualquiera persona, y el segundo, obtener ventajas de las diferencias.

Estos principios de justicia, reconocidos por la razón como básicos para el desarrollo de las personas dentro de la sociedad, se materializarán a través de reglas justas, que serán a su vez aceptadas como obligatorias por todos los miembros de la sociedad cuando se reconozca su legitimidad a través del derecho.

Es decir, con las reglas que se establecerán bajo estos principios básicos, se está garantizando la justicia social, para lo cual señalan estas reglas se concentrarán en una institución pública llamada Derecho, a través del cual se crearán leyes y reglas que otorguen obligatoriedad y legitimidad a las demás instituciones y reglas de igualdad que permitan la consecución de la justicia, y por ende deberán ser observadas por esa sociedad.

²⁹ Idem., Pag. 63

En este orden de ideas, debe ser a través del derecho, que se establezcan reglas justas para todos los miembros de la sociedad, lo cual, no significa que deberán ser las mismas para todos, pues hacerlo sería ignorar el bien personal, sustento de la razonabilidad práctica; pues no olvidemos que llegamos a este punto a partir del reconocimiento de determinados bienes, como inherentes al ser humano, y que al establecer las reglas que les aseguren esa protección al interior de la comunidad estaremos garantizando la obtención del bien común.

Si esto sucede, podemos decir, que estamos en presencia de una sociedad justa y ordenada que permitirá la consecución del bien personal de cada miembro, lo cual se traduce en el bien común.

Es decir, en busca de la justicia social, estableceremos como principios básicos, primero garantizar el acceso de todos los derechos a cualquier persona que sea integrante de esa sociedad, lo cual es a través de reglas de igualdad, en donde no se tomarán en cuenta las desigualdades, sino únicamente para que dicha asignación sea justa.

Una vez garantizado esta justa asignación de los derechos mas básicos para todas las personas, debemos establecer las reglas que, a través de los criterios de justicia distributiva expuestos por Finnis, y en concordancia con el segundo principio básico de justicia de Rawls, permitirán alcanzar el pleno desarrollo de cada persona en esa sociedad, mediante una justa distribución de los derechos y cargas que la sociedad pueda otorgar a cualquiera de sus miembros.

Esto deberá realizarse dentro de un marco de legalidad que estará basado en una justa distribución, lo cual solo es posible si, en vez de ignorar las diferencias sociales, las reconocemos y se establece un principio de igualdad que no parta de un trato igual para todos, sino que a través del reconocimiento de las diferencias de las personas, construye condiciones de igualdad que permitan alcanzar la justicia social.

En este sentido, y a modo de conclusión, la teoría de justicia bajo la cuál se propone el desarrollo del presente trabajo será aquella que tenga por elementos rectores, un principio de igualdad que garantice la justicia social, mediante la creación de reglas que establezcan condiciones de igualdad a partir del reconocimiento de las desigualdades que definen a las personas que conforman la sociedad, y que no significa de forma tratar a todos los integrantes de esa sociedad de la misma forma, pues esto sólo garantiza condiciones de desigualdad e injusticia.

CAPITULO II

EL FEMINISMO JURÍDICO COMO TEORÍA POLÍTICA.

2.1. Teoría Política Feminista

Retomando el concepto de teoría política expuesto en el capítulo anterior, podemos señalar que la teoría política feminista como sistema de ideas que analiza e interpreta la realidad social, tiene por objeto, a través de la crítica de los principios básicos, cuestionar la eficacia de las instituciones sociales, el papel que desempeñan y, cómo ven y definen a las mujeres en su realización dentro del entorno social.

En este sentido debemos definir al feminismo político como una corriente de la teoría política que analiza, de forma objetiva y lógica el cómo las instituciones públicas han contribuido a materializar la desigualdad social de las mujeres frente a los hombres; y las nuevas opciones que éstas tienen para combatir tal desigualdad.

El feminismo surge a finales del siglo XIX, como un movimiento reivindicatorio del reconocimiento de la igualdad y de los derechos de las mujeres en las sociedades.

Sin embargo, a pesar de que se constituyó como un movimiento social que paulatinamente fue adquiriendo reconocimiento en el siglo XX, el mismo carecía de un sustento teórico que le otorgara presencia y validez dentro de la teoría política, y no fue sino hasta con Simone de Beauvoir y su obra "El Segundo Sexo,"¹ que se pone de manifiesto, a través de una nueva visión la problemática de las mujeres, logrando otorgarle un carácter más cultural y esencialista, lo que permitiría concebir a este movimiento como una teoría política formal que está

¹ DE BEAUVOIR, Simone, El Segundo Sexo. Ed. Patria, 1a. Edición, México, 1989.

integrada y dirigida por las mujeres, donde los debates intentan resolver la problemática que se genera por la condición femenina.

Estos debates favorecieron desde distintos enfoques, la reflexión intelectual sobre esa problemática, así como los cuestionamientos y perspectivas feministas, otorgándole una perspectiva de género que redundó a su vez en una transformación de la comprensión de la realidad de las mujeres dentro de la sociedad, no sólo como un problema social a resolver, sino asignándole un carácter teórico que permitiría crear debates y estudios tendientes a mejorar las condiciones de vida de las mujeres.

En este sentido, el feminismo político se ha caracterizado desde sus inicios, por ser una teoría crítica que cuestiona los roles y lugares asignados a las mujeres y a los hombres en la vida social, en la organización de la familia, en la distribución de los espacios laborales y económicos, así como en el ejercicio del poder, entre y por ambos sexos; proponiendo a la vez la imperiosa necesidad de reconocer la igualdad entre hombres y mujeres dentro de la sociedad.

Podemos entonces definir a la teoría feminista como el sistema de ideas que tiene por objeto el estudio e interpretación lógico racional de la situación jurídica de la vida de las mujeres en la realidad social, analizando siempre desde la sistemática feminista, la relación existente entre las mujeres y las instituciones públicas; y cómo estas instituciones corresponden a su vez con la realidad y las necesidades de las mujeres, y en la transformación de su experiencia histórica dentro de la sociedad contemporánea.²

La importancia que ha adquirido esta corriente de la teoría política reside en que ha permitido a las mujeres participar e involucrarse de forma más directa en cuestiones que siempre habían permanecido alejadas de su realidad, en las que habían sido relegadas o bien, en la mayoría de los casos, ignoradas.

² DHAL, Tove Stang, Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence. Translated by Ronald L. Craig. Ed. Atkins & Hogget, University Press, Norwegian, 1987

Primeramente, porque durante mucho tiempo fueron consideradas como sujetos de segundo orden,³ lo que las colocaba en un plano de desigualdad frente a los hombres al momento de asignar los derechos básicos.

Es decir, aún y cuando gozaban de algunos derechos fundamentales reconocidos por los ordenamientos supremos de la sociedad, como lo es el derecho a la vida o a la libertad, asimismo existían instituciones y normas que de ninguna forma garantizaban el acceso a los demás derechos de que disfrutaban los hombres.

Como consecuencia de esta desigualdad social, se originó una desigualdad jurídica materializada en la inequitativa distribución de cargos y oportunidades dentro de la sociedad, y por ello es que surgen como una respuesta a estas injusticias, diversas posturas ideológicas que buscan combatirlas y obtener el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, siendo las principales corrientes el feminismo liberal y el feminismo radical.

2.2. Teoría Feminista Liberal o de la Igualdad.

La teoría feminista liberal surge como consecuencia del movimiento de emancipación que caracterizó a la primera mitad del siglo XX, y cuya postura ideológica tenía por objeto combatir la desigualdad política que existía entre los hombres y las mujeres.

El mérito principal del feminismo liberal fue lograr una igualdad política de las mujeres ante los hombres, tanto en la asignación de derechos como en la distribución de los espacios y puestos políticos, principalmente en los congresos y puestos de poder.

³ THORNTON, Margareth, Public and Private Feminist Legal Debates. Ed Oxford Press, Melbourne, Australia, XVIII, 1995. Pags. 18-39

El feminismo liberal se caracterizó por combatir la desigualdad de las mujeres, pero únicamente en los ámbitos político y laboral.

Para ello demandaba reformas al sistema social, a efecto de lograr una auténtica igualdad entre los sexos, pero entendida como equiparación de sexos, dejando fuera de esos debates aquellas cuestiones que consideraban se encontraban directamente relacionadas con las diferencias sexuales, y que si eran invocadas en sus discursos políticos, solo eran para demostrar que el reconocimiento de esas condiciones diferentes legitimaban la discriminación sexual.

Esta teoría señala que el problema principal de la desigualdad social de las mujeres se constriñe únicamente a la exclusión del ámbito público, donde todas las mujeres comparten inicialmente una situación de discriminación que las identifica como un colectivo marginado y excluido de todos los espacios sociales y simbólicos vinculados al poder, los cuales suelen estar ocupados en su mayoría por los hombres.

Asimismo, buscan reformas relacionadas con la inclusión de las mujeres a la vida pública, entendiéndose esta como el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, y como consecuencia de ello, la participación de estas dentro de los espacios políticos y los mercados laborales, para lo cual adopta los principios de igualdad y libertad que caracterizaron al liberalismo político, como sustento de sus demandas, mediante los cuales pretenden organizar una política de reivindicación y equiparación con los hombres.

En este sentido, el feminismo liberal enfoca el desarrollo de su teoría a cuestionar la desigualdad política y económica en que se encuentran las mujeres, excluyendo de esa discusión todas aquellas cuestiones que estén relacionadas con su condición de mujer.

Propone que la única forma de erradicar la desigualdad entre hombres y mujeres, es a través del “principio de la paridad”,⁴ el cual debe ser entendido como la “no discriminación” por cuestión de sexo entre hombres y mujeres que pudiera surgir de las diferencias que caracterizan a cada uno de los sexos que conforman la sociedad. Es decir, propone una política de equiparación de las mujeres con los hombres.

De acuerdo con el feminismo liberal, la diferencia sexual de hombres y mujeres debe ser ignorada por las instituciones sociales, pues el reconocimiento que dichas instituciones hacen de esas diferencias sólo genera una situación de discriminación en perjuicio de las mujeres.

De ahí que los postulados teóricos de este feminismo estén encaminados a lograr una igualdad que beneficie a las mujeres, pero entendiendo ésta como una homologación del sexo femenino con el masculino.

Consideran estas feministas que el tomar en cuenta la diferencia sexual, implicaría discriminar a las mujeres en función de sus condiciones naturales.

Ello es por que para estas feministas, la igualdad está enfocada directamente a la obtención de las mismas oportunidades y acceso en el ámbito político y económico que tienen los hombres, basándose en una interpretación tradicional del principio de igualdad, el cual debería considerar imperiosa la necesidad de eliminar las diferencias que definen a cada sexo por el sólo hecho de ser hombres o mujeres, pues estas diferencias sólo han generado situaciones de discriminación en perjuicio de las mujeres.

De acuerdo con esta teoría las diferencias deberán ser ignoradas al momento de asignar los derechos fundamentales a todas las personas sin tomar en cuenta las desigualdades que pudieran identificar a cada persona.

⁴ AMOROS, Celia. Hacia una crítica de la Razón Patriarcal. Ed. PUEG-UNAM, México, 1994.

Al respecto, Celia Amorós señala que para el feminismo liberal, sólo puede hablarse de una igualdad entre hombres y mujeres cuando se logre la existencia de una relación simétrica entre los géneros.

Es decir, una real homologación con los varones, dejando fuera de esta interpretación las diferencias que pueden existir entre los sexos dentro de la sociedad, pues al tomarse en cuenta las características particulares en esta primera homologación, resulta en detrimento de las mujeres.

Estos postulados teóricos tuvieron desde un principio una amplia aceptación entre todas las feministas que luchaban por una reivindicación de sus derechos y el reconocimiento frente a los hombres como sujetos políticos dentro de la participación social, toda vez que la diferencia sexual siempre ha sido considerada como la condición natural que genera discriminación y obstaculiza en un primer plano la igualdad jurídica.

En este sentido, el feminismo liberal reclamaba para las mujeres el pleno “status” de persona con iguales derechos civiles y políticos que los hombres, y exigían la universalización de los derechos humanos a todos los miembros de la sociedad, para lo cual señalaban que sólo sería posible a través de la asignación justa de los mismos derechos a todos los individuos, tanto en los espacios políticos como laborales.

De ahí que rechazaran tajantemente las consideraciones que la teoría política hiciera respecto de esta asignación de los derechos básicos en consideración de las diferencias sexuales, pues ello se consideraba sinónimo de discriminación.⁵

Explica Amorós “que la igualdad debe ser entendida como la no discriminación”,⁶ por lo que se debe buscar la existencia de una relación simétrica entre los géneros

⁵ Amorós, Celia. Op. cit.

y una real homologación con los varones. Para ello plantea la “paridad” como un proceso estratégico de lucha contra la dominación masculina.

Propone que las mujeres sean consideradas igual a los hombres en todos los aspectos, y que se deje de lado todo aquello que guarde relación con la diferencia sexual, ya que para las feministas liberales, la mejor vía para conseguir esta igualdad social es mediante la construcción de una sociedad meritocrática,⁷ donde las instituciones sociales se ocupen de la justa asignación de esos derechos básicos que le puedan otorgar a cualquier hombre de la sociedad.

En razón de ello es que rechazan la existencia de todas aquellas leyes que tomen en cuenta la diferencia en función del sexo, pues hacerlo significaría la discriminación a la que se han sometido tantas veces, lo que se traduce en una desigualdad en perjuicio de las mujeres, por considerar que las mismas no por su condición de mujer acceder a todos los derechos ni oportunidades, que disfrutaban los hombres.

En reconocimiento de esta reclamada paridad, es que demandan para las mujeres el pleno “status” de persona que durante mucho tiempo ostentaron únicamente los hombres, con la misma igualdad jurídica, para lo cual exigen la universalización de los derechos humanos a todos los integrantes de la sociedad, lo que garantiza una igualdad social que permitirá alcanzar la justicia.

Sin embargo, proponen que para alcanzar esta igualdad entre hombres y mujeres, es importante crear una identidad feminista propia que tenga por objeto principal establecer los instrumentos que permitan garantizar, dentro de las instituciones sociales, la igualdad de derechos civiles y políticos en un primer plano, y equidad en las condiciones laborales y oportunidades de acceso a la educación y a la cultura.

⁶ Ibidem.

⁷ WALZER, Michael. Las esferas de Justicia, una defensa del pluralismo y de la legalidad. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, Pag. 146

Afirman que no se puede materializar en la práctica esta lucha por la igualdad social, si no se cuenta con esta identidad colectiva,⁸ que nos permita establecer avances en la creación de un marco normativo, lo bastante inclusivo para crear una identidad compartida que a su vez les permita desempeñar un papel decisivo y fundamental en la participación política y económica dentro de la sociedad, así como de la construcción de un espacio discursivo en la escena política, entendiéndose esto como “actuar y representar a las mujeres dentro de esa sociedad,”⁹ siendo compatible con los hombres.

De estos postulados teóricos nace la noción de una “democracia paritaria” entendida como una mejor presencia de las mujeres en todos los ámbitos de la vida social, en los políticos y principalmente en aquellos donde la ausencia de la participación femenina es evidente, aquellos espacios donde se votan las leyes y se toman las decisiones que afectan en su conjunto a la sociedad, lo cual significa el pleno ejercicio de esos derechos fundamentales que reclamaban.

Plantean asimismo, que no hay democracia política legítima si esta excluye a “la mitad de la población”, por lo que la paridad se propone como un principio estratégico de la lucha contra la dominación masculina y la desigualdad social.

En este sentido, si bien es cierto que el feminismo liberal logró un importante avance en el reconocimiento por parte de las instituciones sociales, de la necesidad de establecer condiciones de igualdad entre los hombres y las mujeres en la esfera pública, también lo es que esto no resultó suficiente para garantizar una auténtica igualdad entre las mujeres y los hombres, pues no comprendió ni resolvió todas aquellas situaciones que se encuentran vinculadas con su condición de mujer, y que surgen en el ámbito privado de la vida de las personas.

⁸ Amoros, Celia. Op. cit.

⁹ HIGGINS, Tracy E. Democracy and Feminism. Harvard Law Review, Vol. 110, Num. 8, Cambridge Massachusset, Cambridge, USA, June, 1997.

Podemos concluir este apartado señalando que la principal aportación del feminismo liberal es el principio de la paridad como base para obtener una igualdad jurídica entre los hombres y las mujeres, misma que en su momento aportó grandes beneficios a la lucha feminista, pues con ello se logró el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derecho, pero únicamente en el aspecto público de la vida social, dejando fuera de esa discusión de igualdad, aspectos que se encuentran directamente vinculados con la vida íntima de las personas y que atiende al reconocimiento de las condiciones sexuales que diferencian a las mujeres de los hombres.

Esta es la principal crítica que hace el feminismo radical a la teoría feminista liberal, pues señala que la política de equiparación que propone el feminismo liberal no es la mejor forma de erradicar la discriminación de las mujeres por su condición femenina, ya que esto no puede garantizar una igualdad entre sexos que se sustenta en la homologación de las mujeres con la identidad masculina, pues esto únicamente contribuye a perpetuar la desigualdad ya existente entre las mujeres y los hombres, en reconocimiento de un solo sexo, el masculino.

2.3. Teoría Feminista Radical

La teoría feminista radical se desarrolla en un contexto político que va más allá de un movimiento emancipatorio como el que caracterizó al feminismo liberal.

Este nace como respuesta a los cuestionamientos que surgen en la década de los años 60, donde se hacían evidentes las contradicciones del sistema liberal que tenía su legitimación en la universalización de sus principios, pero que a la vez no había dejado de ser sexista, racista y clasista; lo que motivó la formación de una nueva izquierda y diversos movimientos sociales radicales, entre ellos el feminismo radical, cuya característica distintiva ha sido su marcado espíritu contracultural.

La teoría feminista radical surge en una etapa de insubordinación en la que se rompe con el concepto tradicional del feminismo para crear uno nuevo e independiente, donde la mujer pueda pensarse a través de su historia y experiencia propia; siendo una característica esencial de esta teoría la forma en que aborda el concepto de igualdad, pues lo hace desde su significado más radical, entendiendo que la igualdad sólo es posible alcanzarla, si ésta se encuentra fundada en el reconocimiento de las diferencias sexuales.

Es así que mientras el feminismo liberal centra sus postulados teóricos en la lucha por el reconocimiento de una igualdad social en su sentido más general o político, el feminismo radical plantea la posibilidad de lograr una justicia social a través de una igualdad basada en el reconocimiento de las diferencias sexuales que caracterizan a las mujeres y a los hombres.

Le corresponde el mérito de haber revolucionado la teoría política feminista, al dirigir sus doctrinas al estudio objetivo de las relaciones de poder entre hombres y mujeres que estructuran la sexualidad y la familia.

Asimismo, pone en duda la superioridad de los valores masculinos, promoviendo nuevos valores para las mujeres, sustentados en el reconocimiento de su identidad femenina, y rechazando todo aquello que se encuentre vinculado a la subordinación de las mujeres.

Señala que la problemática de la desigualdad reside en que no existirá una auténtica igualdad social entre los hombres y las mujeres mientras estas se encuentren definidas por los hombres, quienes ostentan los cargos de poder dentro de la sociedad y que sólo podrán alcanzar esa anhelada igualdad cuando les sea reconocido su carácter de “personas diferentes” frente a los hombres.

Aún y cuando la teoría política tradicional señala que el principio de igualdad parte de una idea de justicia entendida como la superación de las diferencias,¹⁰ esta concepción no ha resultado igual para las mujeres como para los hombres, pues el problema de la desigualdad tiene su origen en el hecho de que los hombres pretenden definir a las mujeres equiparándolas a su condición natural, ignorando que cada sexo está determinado por sus condiciones particulares, lo que influye a su vez en la interpretación que hombres y mujeres hacen de la realidad social.

Argumentan que esta equiparación entre los sexos es el origen de la desigualdad de las mujeres, al interpretar y definir las erróneamente, ya que sólo han sido reconocidas como sujetos de derecho únicamente por asimilación a los hombres y no por su condición femenina, situación que genera, sean concebidas, en algunas ocasiones como personas de segundo orden y en la mayoría de las veces, susceptibles de ser objetos de propiedad¹¹ por parte de los hombres.

Continúa señalando que el “Género” (vocablo con el que se ha pretendido conceptualizar el reconocimiento de la igualdad entre las mujeres y los hombres) está elaborado y sustentado en un patrón de conducta de aplicación y administración que mantiene la división del poder, pero que no va más allá de eso.

Esto significa que las instituciones sociales continúan ignorando a las mujeres como sujetos de derechos con una identidad propia y diferente de la masculina, pues únicamente son vistas y definidas como sujetos equiparables a los hombres, pero no como sujetos de derecho propio.

Es decir, mientras que el hombre se ha constituido como la idea universal, el estándar; la mujer es definida como el caso particular, la desviación de ese estándar, y al tener el hombre todo el control, se constituye en el poseedor del pensamiento, de la estructura y organización de las instituciones sociales, en tanto

¹⁰ YOUNG, Iris M. Justice and The Politics of Difference. Ed. Princeton University Press, Princeton, USA, 1990.

¹¹ THORNTON, Margareth. Op. cit. Pags. 18-39

que las mujeres son excluidas explícitamente de la construcción y organización social.

En este sentido, las feministas radicales consideran que el mayor problema a resolver por las instituciones públicas se genera en el desconocimiento de cuestiones que se encuentran relacionadas con las características sexuales y que no han sido reconocidas como debiera ser por esas instituciones.

Esto es porque al ser consideradas como parte de la vida íntima de las personas se ignoran las posibles situaciones de desigualdad que ello origina, pues consideran dichas instituciones, que de tenerlas en cuenta para regularlas se estaría atentando contra el derecho de inviolabilidad a la intimidad, perdiendo de vista que ello es lo que sienta las bases para generar esas situaciones de desigualdad.

Esto, porque las bases de la desigualdad entre las mujeres y los hombres, resultan de la definición parcial que hacen de las mujeres y de las cuestiones con que se encuentran directamente vinculadas con su desarrollo personal, y que pueden resultar hasta cierto punto desconocidas para los hombres tales como la maternidad, la prostitución, la pornografía, la discriminación sexual, los delitos sexuales y la violencia hacia la mujer, los cuales no pueden ser concebidos ni interpretados de la misma forma por los hombres como lo pueden hacer las mujeres, pues sus consecuencias se encuentran vinculadas a su condición sexual.

De ahí que el desconocimiento de la identidad y la perspectiva femenina sienta las bases de desigualdad entre las mujeres y los hombres, pues las cuestiones relacionadas con la identidad sexual de las personas afectan de forma distinta a ambos sexos, lo cual ha sido ignorado por las instituciones públicas, que bajo la interpretación masculina han dejado fuera de la construcción teórica y dogmática a las mujeres.

Bajo este contexto se empieza a cuestionar la legitimidad de las instituciones sociales, principalmente el derecho, toda vez que es a través de éste que se establecen las bases de la organización social.

Catharine Mackinnon,¹² señala al respecto que cada sexo, hombre y mujer tienen su propio rol dentro de la sociedad, por lo que sus límites y poder no son iguales. Por ello resulta imperioso que las instituciones sociales, deban reestructurarse de tal forma que se genere “una política igualitaria de la diferencia,”¹³ que a su vez permita reconceptualizar el significado de igualdad en beneficio de todos sus miembros, donde esa política de la diferencia consiste en otorgar con base en el principio de igualdad, un tratamiento diferente para quienes son diferentes.

Asimismo argumenta que mientras las diferencias sexuales sigan siendo ignoradas y los hombres sean quienes definan a la mujer, desde su punto de vista, tan sistemático y hegemónico, no será posible tener una sociedad justa que se base en principios eficaces; ya que al no reconocer ni aceptar las diferencias que caracterizan y definen, tanto a las mujeres como a los hombres, se está omitiendo una parte de la realidad social, pues no podemos hablar de justicia, si ésta no se garantiza a todos los integrantes de la sociedad.

En este sentido, uno de los trabajos que más influyó en el sustento de la política de la diferencia es el desarrollado por Carol Gilligan, quien con su obra “In a Different Voice”¹⁴ logró demostrar como influye la diferencia sexual en la construcción e interpretación de la realidad, lo que a su vez deviene en la forma en que se ha organizado la estructura social.

Gilligan señala que el aspecto más significativo de nuestra distinción es la diferencia moral que identifica y distingue a las mujeres y de los hombres, pues la

¹² MACKINNON, Catharine. Feminism, Marxism, Method, and The State: Toward Feminist jurisprudence. Ed. West Preview Press, Harvard, Cambridge Massachusset, 1991, Pags. 181-195

¹³ Ibidem

¹⁴ GILLIGAN, Carol. In a Different Voice, Psychological Theory and Women´s Development. Ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusset, USA, 1982, Pags. 26

forma en que estas interpretan la realidad social está claramente articulada con su intimidad y auto descripción, no así para los hombres, donde esta interpretación se encuentra basada en sus relaciones de poder y dominio.

Continúa argumentando que las mujeres describen sus relaciones atendiendo a la conexión que existe entre su identidad y la situación futura que se desprende de esa relación, lo cual sucede de forma similar con sus juicios morales, respecto de esas relaciones.

En este mismo sentido, los hombres se caracterizan por definir sus relaciones con base en intereses determinados por los beneficios y ventajas que puedan obtener de esas relaciones, que casi siempre están dirigidos a la satisfacción del bien personal.

Es decir, las mujeres pueden ser definidas por el contexto de relaciones y juicios, por un estándar de responsabilidades y cuidados que se encuentran vinculados a esas relaciones, lo que significa que las percepciones morales de las mujeres influyen, no sólo en su vida privada, sino de las relaciones que tienen con la realidad, tanto en el desarrollo de su vida pública y privada.

Explica que las mujeres describen sus relaciones, dependiendo de la conexión que exista entre su identidad y la situación futura que se desprende de esa relación, lo cual sucede de forma similar con sus juicios morales respecto de dichas relaciones.

Para demostrar esto, Gilligan tomó como punto de partida las investigaciones realizadas por el psicólogo Lawrence Kohlberg,¹⁵ cuyos estudios tenían por objeto

¹⁵ KHOLBER, Lawrence. Psicólogo, Se basó en los estudios de Piaget y de J. Dewey. Por ello, su interés se centró en los aspectos cognitivos de la moralidad. Comenzó a recoger materiales en la década de los 60, presentando a la gente “dilemas morales” (casos conflictivos) y clasificó el tipo de respuestas. De este modo llegó a determinar hasta seis etapas que corresponden a tres niveles distintos de moralidad. De acuerdo con estos estudios, esa secuencia de etapas es necesaria y no depende de las diferencias culturales. Fuente:

conocer las diferentes etapas del desarrollo moral en las personas, y donde los resultados arrojaron que la etapa moral más alta en las personas era aquella en la que se estaba utilizando un marco de razonamiento específicamente racional para resolver dilemas morales, apelando a reglas y principios de carácter racional y moral que permiten discernir qué conductas son correctas o equivocadas, de acuerdo con ese razonamiento moral.

De estos estudios, Gilligan eligió el realizado a un niño y una niña, ambos de once años, quienes, para Kohlberg, se encontraban en la etapa más alta de decisión, con base en principios morales, lo que permitió a Gilligan dar un sustento científico a sus estudios tendientes a demostrar, de que manera la diferencia sexual influye en la percepción y construcción de la realidad, entre las mujeres y los hombres.

El estudio consistía en resolver un planteamiento moral respecto de la decisión que debía tomar un hombre llamado Heinz, el cual consistió en lo siguiente:

El Dilema de Heinz

Se pidió a Jake, el niño, y Amy, la niña, que resolvieran el siguiente dilema:

“Un hombre llamado Heinz, tiene a su esposa moribunda, pero no tiene dinero para pagar las medicinas que la mujer necesita.

La pregunta planteada es: ¿Debería Heinz robar la medicina?”

El niño, Jake respondió que Heinz debería robar la medicina, y si el juez lo metiere a la cárcel, él podría explicar la razón del robo, y así podrían disminuir la condena.

Para la niña, Amy, Heinz debía ir a hablar con el farmacéutico y tratar de encontrar ambos una solución al problema, ya que, si robaba la medicina y lo mandaban a la cárcel, su mujer podría morir; entonces no sólo estaría preso, sino que se quedaría sin su esposa.”¹⁶

Del dilema planteado se puede demostrar la forma tan evidente en que los hombres y las mujeres interpretan la realidad atendiendo a consideraciones percibidas de forma muy distinta por cada uno de los niños, ya que mientras Jake resuelve el dilema con base en reglas tendientes a solucionar el problema de forma tajante sin tener en cuenta las implicaciones que su conducta le pudiera ocasionar en un futuro, Amy, la niña, no sólo responde con base en los principios morales que determinan la prioridad de salvar una vida, sino que toma en consideración las consecuencias que puede traerle a Heinz el actuar de forma tan decisiva.

Señala Gilligan al respecto que, las diferencias sexuales influyen en la perspectiva que cada uno de los sexos tiene de la realidad al momento de resolver dicho planteamiento, pues toman en consideración aspectos distintos del problema, siempre relacionado con lo que perciben de esa realidad y con base en ello es que emiten su respuesta, quedando de manifiesto que cada uno parte de percepciones morales distintas.

¹⁶ GILLIGAN, Carol. Op. cit. Pags. 26-30

De ahí la importancia de reconocer estas diferencias y obtener de ellas todas las ventajas posibles para la sociedad, lo que significaría una auténtica igualdad que permitiría a esa sociedad ser justa.

En este sentido, es importante señalar que el concepto de igualdad en que se sustentan las sociedades actuales ha ignorado las diferencias de las personas que las integran, lo cual señala Rawls,¹⁷ no es posible, pues estas son inherentes al ser humano, y lo más que pueden hacer las instituciones públicas es establecer las reglas que permitan a través del reconocimiento de estas diferencias, generar ventajas para toda la sociedad.

Con base en lo anterior, el feminismo radical considera que, mientras una sociedad continúe sustentándose en el concepto de equiparación como una definición de igualdad, esta no se materializa realmente, pues sólo se basa en el desconocimiento de aquellas desigualdades que identifican y distinguen a las mujeres de los hombres, pero que en ningún modo significan una igualdad real.

Para el feminismo radical, resulta imperioso el reconocimiento y aceptación de estas diferencias al momento de organizar la estructura social, pues en tanto sean ignoradas, no será posible hablar de una igualdad que nos garantice una sociedad justa.

La premisa principal de esta teoría es lograr el reconocimiento y aceptación de las diferencias que existen entre los hombres y las mujeres, las cuales influyen fuertemente en la interpretación que tenemos de la realidad social, y cómo bien señala Gilligan, constituye una voz diferente para cada sexo.

Esto es porque la forma en que las mujeres y los hombres desarrollan su vida es diferente, toda vez que ese desarrollo atiende a la influencia que las características sexuales los define, por eso demandan las feministas radicales el

¹⁷ RAWLS, John. Op. cit.

reconocimiento y aceptación de esas diferencias por las instituciones públicas básicas que estructuran la sociedad, pues de ello depende la posibilidad de alcanzar una auténtica igualdad social.

En este sentido, el reconocimiento de las diferencias sexuales deberá empezar por las instituciones básicas de la sociedad, entre ellas el Derecho, pues el mismo, constituido como el medio por el que se materializan los principios básicos de toda sociedad, ha sido considerado como el instrumento de opresión y subyugación sexual en contra de las mujeres, ya que, aun y cuando ha pretendido dar un trato igual a todas las personas, las considera como seres con un solo sexo, perdiendo de vista la influencia que tienen esas diferencias sexuales en la perspectiva que cada uno tiene de la realidad en la que se desenvuelven.

Esto es porque los hombres han ido construyendo las instituciones de poder a través de los discursos con un supuesto carácter neutral, sin distinciones sexuales al momento de hablar por uno mismo o por los grupos, sin hacer diferencia de género.¹⁸

Sin embargo, al ser estas instituciones reguladas e interpretadas desde la perspectiva masculina, esto ha significado que los hombres ignoren cuestiones propias y que afectan directamente su vida privada de forma desigual que a los hombres, pues al estar las instituciones sociales dirigidas a regular las relaciones en la esfera pública, ignoran todo aquello que esté vinculado a la esfera privada de las personas, que es donde surgen muchas de las cuestiones que afectan la vida de las mujeres.

Argumentan que aun y cuando la desigualdad se origina en las instituciones sociales básicas de la sociedad, esta se materializa en la organización del Estado, toda vez que al ser un producto construido desde la perspectiva masculina, ve, define, interpreta y trata a las mujeres como lo hacen los hombres.

¹⁸ HARRIS, P. Angela. Race and Essentialism in the Feminism Legal Theory. Ed. Harvard Law Review, Vol. 112, Num 5, Cambridge, Mass, U.S.A., March, 1999, Pag. 140

Para María Leonor Suárez Llanos,¹⁹ el Estado, al encontrarse articulado mediante una organización sistemáticamente patriarcal, se encuentra sustentado en un modelo de comprensión a través de un Derecho netamente masculino que ignora a las mujeres como parte de él, y sólo de ocupa de estructurar a la sociedad respecto de aquellas cuestiones que resultan básicas desde el punto de vista masculino, desconociendo la existencia de las diferencias sexuales que definen e identifican a las personas que integran la sociedad.

Situación que ha sido fuertemente criticada por el feminismo radical, que considera este desconocimiento de las diferencias sexuales como la supresión de la identidad femenina, lo que consiente continuar con la base de su hegemonía sobre las mujeres, pues les permite perpetuar de forma legítima la subyugación sexual ejercida contra ellas.

En este sentido, para el feminismo radical, el Derecho es la institución pública que sustenta la desigualdad entre las mujeres y los hombres, pues no obstante que establece las reglas para materializar una supuesta igualdad entre todas las personas sin importar las características que las definen, esto no se concreta realmente, ya que aun y cuando se ha obtenido cierto reconocimiento de igualdad entre ambos sexos en nuestras sociedades, ha sido en función de las similitudes que los identifican con el sexo predominante, es decir siempre desde la perspectiva masculina.

Esto, resulta así porque el Derecho, construido desde la perspectiva masculina establece las bases de igualdad ante el reconocimiento de un solo sexo, lo que deriva en una parcial y única interpretación de la realidad social, la de los hombres, generando como consecuencia de ello la ignorancia o desconocimiento de cuestiones que aquejan principalmente a las mujeres.

¹⁹ SUAREZ, LLANOS, Ma. Leonor. Teoría Feminista, Política y Derecho. Pag. 135

Es decir, muchas de las situaciones de desigualdad existentes entre las mujeres y los hombres tiene su origen en el ámbito privado, pues la jerarquización de sexos se inicia desde los niveles de organización social más básicos, cómo la familia, que constituye el núcleo social del que parte y se desarrolla la vida íntima de las personas.²⁰

Al ser la familia el primer estrato social, en este se origina la desigualdad entre los sexos, al conferirse autoridad sexual al hombre sobre los otros miembros; y dónde la mujer juega un rol crucial y particular de subordinación sexual, al estar supeditada por su naturaleza, a funciones específicas como la reproducción y la crianza, lo cual ha significado por mucho tiempo para la mujer, estar subordinada de manera sexual al hombre, a quien por mucho tiempo le fue conferida la función de proveedor, otorgándole con ello atribuciones de decisión y poder sobre los demás miembros de la familia.

Sin embargo, estas cuestiones han pasado desapercibidas para las instituciones públicas, principalmente el Derecho, por considerar que, al derivarse de las relaciones que se desarrollan en el ámbito privado, corresponden esencialmente a la vida íntima de las personas, donde ellas tienen el poder de decisión y tutela un derecho de inviolabilidad a la intimidad, el cual supuestamente las protege.

En este orden de ideas podemos decir que, las personas desarrollan su vida en dos esferas, por una parte está la esfera pública, la cual comprende el aspecto racional y objetivo de las relaciones entre los miembros de la sociedad, y la esfera privada, que contempla el desarrollo del aspecto emocional y sexual de las personas, y que pocas veces puede regularse por las instituciones públicas.²¹

Esto porque, las cuestiones que se suscitan en la esfera privada, contienen elementos de subjetividad que resultan difíciles de ser regulados, toda vez que las

²⁰ NAFFINE Ngaire. Public and Private Feminism Legal Debates. Ed. Oxford Press, Auckland, Oxford, Ny. 1995, Pags. 18-39

²¹ THORNTON, Margareth. Op. Cit.

mismas tienen su origen en las emociones y aspectos íntimos de quienes integran la sociedad, lo que ha significado que los conceptos de sexo y sexualidad queden fuera de la comprensión de esas instituciones por atribuirse a la vida íntima de las personas.

Situación que el derecho considera inviolable y razón por la cual no abunda más en su regulación que lo estrictamente necesario para mantener un equilibrio entre los ámbitos en que se desarrollan las personas, pasando por alto que es precisamente esta carencia de regulación una de las principales fuentes de desigualdad entre los dos sexos.

Bajo este contexto, la teoría política feminista empieza a cuestionar la legitimidad de las instituciones jurídicas respecto a la visión que tiene de las mujeres, toda vez que a través de estas se sustenta la estructura social, y señala que el Derecho se ha constituido como el instrumento de opresión y subordinación ejercido por los hombres en contra de las mujeres.

En este sentido, el feminismo radical considera que si bien las instituciones públicas, llámese el Derecho, reconocen para las mujeres los mismos derechos que tienen los hombres, esto no es suficiente para garantizar una auténtica igualdad, pues ese reconocimiento no tiene su sustento en la definición de la mujer como una persona con identidad propia, la femenina, sino más bien, en reconocerla como igual por equiparación del hombre.²²

Esto no quiere decir, de ninguna forma que el Derecho no regule las cuestiones que surgen en la esfera privada de la vida de las personas, más bien la crítica que hace la teoría feminista al respecto es que, al tratarse de una institución pública concebida originalmente por el pensamiento masculino, sus principios están encaminados a regular las relaciones personales desde una perspectiva que resulta parcial y para nada justa con las mujeres, especialmente en aquellas

²² WEST, Robin, Jurisprudence and Gender. Feminist Legal Theory. Readings, Edited by Katherine t. Brattle and Rosanne Kennedy. West view Press, Boulder, Co, USA, 1991. Pags. 201-223.

cuestiones que surgen en esa esfera privada, y donde la mayoría de las afectadas resultan ser las mujeres

Esto porque se pretende que el Derecho, un producto creado desde una perspectiva netamente masculina, regule y rijan la vida de las mujeres sin tener en cuenta la interpretación y pensamiento femenino, lo que conlleva a que cuestiones que son propias de las mujeres sean concebidas y resueltas como si se tratarán de situaciones surgidas en la esfera pública, donde todas las personas comparten los mismos parámetros de identidad.

Es decir, para la esfera pública, no es necesario hacer distinción entre hombres y mujeres, ya que es en esta donde ambos sexos comparten los mismos derechos y obligaciones, y que se entiende como todas aquellas prerrogativas que se otorgan a cualquier integrante de la sociedad sin hacer distinción alguna respecto de su particularidad.²³

Sin embargo, esto no puede aplicarse igualmente a la esfera privada, porque en esta el desarrollo personal de cada mujer y hombre se encuentra definido por su identidad sexual²⁴ y donde las diversas situaciones que se suscitan ahí afectan de forma diferente a cada uno de los sexos.

Por tal razón, no podemos hablar de una igualdad que resulte justa tanto para las mujeres como para los hombres, si la misma significa, primeramente la supresión de uno de los sexos y el reconocimiento del otro como la generalidad, cuando ha quedado demostrado que es precisamente ese concepto falso de generalidad el que origina las situaciones de desigualdad entre los sexos.

En este sentido, si bien el Derecho como institución pública reconoce una igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a la vida pública, esa igualdad no es suficiente para las mujeres ni resulta justa si se toma en cuenta que gran parte de

²³ RAWLS, John. Op Cit.

²⁴ NAFFINE Naira, Op. Cit.

los conflictos que tienen las mujeres están supeditados a su identidad sexual, la cual al ser desconocida por el Derecho, es ignorada por las demás instituciones públicas.

De ahí que resulte difícil que dichas instituciones puedan generar situaciones de igualdad, si su perspectiva sólo comprende una parte de la realidad social, ignorando aquella que tendrían que resolver, la de las mujeres.

Es importante señalar al respecto, que no se trata de un desconocimiento por parte del Derecho de la existencia de las mujeres como sujetos del mismo, sino que son desconocidas por este en razón de su identidad femenina, y que únicamente se les reconoce como sujetos de Derecho con iguales prerrogativas que los hombres porque son equiparadas a la definición masculina, suprimiendo con ello su identidad femenina.

En este sentido, es claro que no podemos hablar de una verdadera igualdad si esta se construye a partir de una interpretación parcial de la realidad social; que disfraza sus términos de expresión y definición bajo conceptos falsos de generalidad y neutralidad, con los que se pretende suprimir la identidad de aquellas personas que son diferentes de quienes detentan el poder dentro de la organización social, es decir, de los hombres.

Por ello, la única forma de lograr que una sociedad sea justa, será cuando las instituciones sociales reconozcan y acepten a las mujeres como personas con identidad propia, lo cual, únicamente es posible si se reconocen las diferencias sexuales que las definen e identifican como personas diferentes de los hombres.

2.4. Feminismo Jurídico.

Como respuesta a la problemática planteada por el feminismo radical, dentro de esta corriente de pensamiento surge un movimiento que va más allá de lo teórico y que pretende llevar a la práctica los postulados ideológicos del feminismo de la diferencia, este es el feminismo jurídico, el cual se encuentra integrado por aquellas mujeres que están directamente involucradas en el desarrollo y aplicación del Derecho en la vida social.

Principalmente abogadas, juezas y académicas, son las precursoras de este movimiento quienes con sus estudios y trabajos realizados dan inicio a este movimiento teórico práctico, el cual tiene por objeto criticar y luchar por la reforma a los sistemas jurídicos que organizan las sociedades, a fin de que estos sean los instrumentos que permitan la obtención y materialización de la igualdad social.

El feminismo jurídico critica que el Derecho adopta implícitamente el punto de vista masculino proclamando como valores una imparcialidad y una neutralidad generales que ocultan el partidismo patriarcal del Derecho, amparado tras la generalidad normativa que ha servido para generar la opresión de la mujer tras la mascarada teórica y la imparcialidad.

Señala el feminismo jurídico que el Derecho ha fallado a las mujeres, pues están siguen definidas por los hombres y comprendidas dentro de conceptos tan universales como lo es el sujeto de derecho, o sujeto político, lo cual, tomando en consideración los presupuestos epistemológicos y psicológicos de los que se alimentan las concepciones políticas han contribuido a la creación y construcción de las instituciones jurídicas, las cuales se erigen esencialmente masculinas.

De acuerdo con Suárez Llanos,²⁵ la naturaleza de la Teoría del Derecho depende de los elementos de definición previos que los “autores” asumen como verdaderos, por lo que la teoría jurídica o “jurisprudence” se caracteriza a partir del

²⁵ SUAREZ Llanos. Op. cit. Pags. 135-140

planteamiento que acerca del Ser o Deber realiza el individuo y la comunidad política.

En razón de ello es que el Derecho y su construcción teórica resultan fundamentalmente masculinas por dos razones;²⁶ la primera es que no valora la intimidad y la familiaridad de las personas que integran la sociedad, al ser el valor oficial de la autonomía y la imparcialidad; y la segunda, porque la teorización del derecho ha estado vedada a la intervención de las mujeres, lo cual se demuestra con la total expresión en términos disfrazados de generalidad y neutralidad que sólo significan la ignorancia de la identidad femenina.²⁷

Es decir, el Derecho de una forma más o menos perfecta y constante reconoce y se preocupa de los aspectos problemáticos y controvertidos de la vida de los hombres como término general de todos los integrantes de la sociedad, y donde incluye a las mujeres como parte de ese término, pero a la vez las ignora ya que al equipararlas a las condiciones y necesidades masculinas, pierden de vista que son personas con una identidad propia; que reclaman para sí, sus propios derechos en función de esa identidad.

Esto hace que la mujer como tal, se encuentre ausente de la concepción jurídica, por estar definida como un igual equiparado al hombre, lo cual hace que se encuentre excluida de doctrina legal, lo que conlleva a que la misma no la considere como una persona independiente de la definición masculina que impone al hombre como el concepto de sujeto de derecho, perdiendo de vista que es precisamente esto lo que ha implicado para las mujeres no contar con el poder para formular normas que la protejan, la valoren y incentiven su experiencia en función de su identidad femenina.

Ello significa que si bien el Derecho y su doctrina reconocen la existencia de las mujeres como sujeto jurídico, no es en función de su esencia individual, lo cual

²⁶ Ibidem

²⁷ Ibidem.

trae aparejada la desigualdad social en que se encuentran las mujeres, sino más bien, como personas que se asemejan al hombre.

Al respecto es importante señalar que no debemos entender a esa desigualdad social como la carencia de normas que protejan y cuiden a las mujeres en el desarrollo de su vida social, sino más bien, a una desigualdad concebida desde el momento de crear las instituciones que estructuran la sociedad.

En efecto, podría decirse que es en el momento en que establecen los conceptos básicos que regirán el desarrollo de la vida social, cuando se sientan las bases de igualdad que imperará en esa sociedad, y si estas están sustentadas en conceptos generales que implican el desconocimiento o supresión de una parte de la realidad, en este caso, la de las mujeres.

Todo esto porque parte de esos conceptos consisten en definir a los sujetos que integran la sociedad. En tal entendido, si, al hablar de esos sujetos sólo estamos considerando a los hombres como la generalidad, y a las mujeres las incluimos dentro de esa generalidad, entonces las instituciones estarán dirigidas únicamente a un solo concepto, el masculino. En esto consiste la desigualdad social de la que habla la teoría feminista.

Es decir, mientras el Derecho se sustente en valores erróneos como la imparcialidad y neutralidad general, que adoptan únicamente la perspectiva masculina, sin tener en cuenta lo que las mujeres tengan que decir o aportar acerca de la realidad social, no podemos hablar de una verdadera igualdad, pues esta tiene bases injustas, que conllevan en sí la supresión e ignorancia de las mujeres como sujetos de derecho por identidad propia.

Entonces, si el principio de igualdad se materializa a través de los elementos de definición previos que los creadores del derecho asumen como verdaderos, y si esos elementos de definición se caracterizan a partir del planteamiento que acerca

del “ser y deber” realiza el “individuo” y la comunidad política,²⁸ la cual ha sido organizada desde la perspectiva masculina y en términos masculinos, nuestra realidad social únicamente responde a la concepción que de la realidad han tenido y tienen los hombres.

Esto significa que nuestras instituciones jurídicas dependen totalmente de la interpretación masculina, ignorando la forma en que las mujeres conciben o interpretan la realidad, y que es claro; difiere totalmente de cómo lo hacen los hombres, sin que ello pudiera significar el calificar esa interpretación como buena o mala, pero que si implica una perspectiva totalmente diferente de la que las mujeres pueden tener de la misma.

Asimismo, señalan que esa desigualdad se expresa a través de la norma, que además de los aspectos discriminatorios que pueda exhibir, manifiesta su partidismo patriarcal en virtud de su estructura.²⁹

En este sentido, el feminismo jurídico trata de destacar ahora que, la norma concebida por instituciones masculinas, no es general ni imparcial y, además, tampoco sirve para resolver los conflictos más allá de las valoraciones partidistas de quien las aplica .

Esto es porque la pretendida objetividad de la norma y de su aplicador imparcial responde a un particular y restrictivo modelo, el masculino y, más allá de su propia autodefinición, sólo redundaría en el favorecimiento de los cánones patriarcales institucionalizados con exclusión de la emoción, el cuidado, la responsabilidad, el contexto de las relaciones cercanas y significativas y la consideración de las circunstancias particulares, lo cual suele caracterizar la percepción de las mujeres.

Es por ello que para las feministas radicales, la teoría legal feminista, debe potenciar su actuación y debe hacerlo en dos frentes. Uno, el frente crítico de

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

descubrimiento, desenmascaramiento y crítica del patriarcado, qué sostiene el Derecho actual.³⁰

El otro frente, el reconstructivo, que trataría de rearticular los derechos existentes y otros nuevos derechos conforme a las necesidades, intereses y características femeninas.³¹

En este sentido podemos decir que, el feminismo jurídico surge como el medio por el cual se pretende dar respuesta a los cuestionamientos hechos por el feminismo radical se concentra en realizar una crítica y análisis del conjunto de concepciones epistemológicas, políticas y psicológicas que proyecten los presupuestos del derecho, así como las propuestas de una reconstrucción de su concepción como sistema de organización y distribución, a fin de que se cree y organice un derecho que, partiendo del reconocimiento de las diferencias sea capaz de estructurarse sobre una base de auténtica igualdad.

Podemos decir entonces que corresponde al feminismo jurídico, mediante el análisis objetivo de las instituciones jurídicas, señalar de qué forma es posible establecer los mecanismos jurídicos y sociales que garanticen la obtención de la igualdad entre las mujeres y los hombres en una sociedad.

2.4.1. Principios teóricos del Feminismo Jurídico.

Partiendo de la concepción de justicia expuesta en el primer capítulo, no podemos hablar de una auténtica justicia social, pues aun y cuando se reconoce que existe una igualdad entre mujeres y hombres, esto no significa que la misma sea justa o sienta las bases para la consecución de la justicia, ya que suprime la identidad de las mujeres, al momento de establecer los principios en que habrá de sustentarse la estructura social.

³⁰ WEST, Robin. Op.cit. Pag. 223

³¹ Ibidem

En este sentido, podemos decir que el derecho se torna injusto cuando se erige en instituciones jurídicas que pierden de vista que la estructura social parte de la interpretación que hacen las personas de ella y que siempre resulta de la caracterización de género y contextualización histórica que las define e identifica.³²

En este caso, si la única percepción que esas instituciones tienen de la realidad es aquella que hacen los hombres, es claro entonces que la estructura social únicamente se basa en construcciones masculinas que ignoran la realidad de las mujeres.

Esto es porque el derecho se torna injusto cuando se erige en instituciones jurídicas que pierden de vista que la estructura social parte de la interpretación que hacen las personas de ella y que siempre resulta de la caracterización de género y contextualización histórica que las define e identifica.³³

En este caso, si la única percepción que esas instituciones tienen de la realidad es aquella que hacen los hombres, es claro entonces que la estructura social únicamente se basa en construcciones masculinas que ignoran la voz de las mujeres.

Es por ello que el principio de igualdad en que se sustenta la organización social es injusto, si consideramos que el Derecho se instituye como el instrumento mediante el cual la sociedad organiza su estructura, misma que se expresa a través del Estado, y que la forma en que éste es creado, es el parámetro que esas instituciones sociales toman en cuenta para establecer reglas “justas” de convivencia social.

Entonces la forma en que estas instituciones organizan la sociedad es la materialización de esa concepción de la realidad social, y por tanto es una sociedad injusta que se basa en la desigualdad, al construirse únicamente desde

³² SUAREZ Llanos, Op. cit

³³ Ibidem

la perspectiva masculina, ignorando la forma en que la visión femenina pueda contribuir a la construcción de las instituciones sociales.

Por ello la trascendencia de que sean reconocidas las diferencias sexuales como base de la igualdad, pues con ello se garantiza establecerse las reglas que inicien de la aceptación de esas diferencias, al momento de distribuir los recursos sociales a todas las personas que integran la sociedad; de tal forma que se alcance la igualdad, a través del reconocimiento de sus condiciones y capacidades particulares (sus diferencias),³⁴ a efecto de poder colocarlos en el mismo nivel de acceso para esa asignación y distribución de derechos básicos que la sociedad le debe otorgar a cualquiera de sus miembros.

En este sentido, el feminismo jurídico señala que la necesidad de reconocer las diferencias sexuales como plataforma de la igualdad deberá entenderse como elemento de justicia para la distribución de los recursos sociales a todas las personas que integran la sociedad, de tal forma, que se alcance una igualdad de capacidades entre ambos sexos, tomando en cuenta sus condiciones y capacidades (sus diferencias), a efecto de poder colocarlos en el mismo nivel de partida para esa distribución de derechos básicos que la sociedad le debe otorgar a cualquiera de sus miembros.³⁵

Lo que representa una igualdad entendida como “política de equiparación” de las mujeres con los hombres, donde no se reconoce a las mujeres por su calidad e identidad personal sino que se les está asimilando a los hombres, lo cual se traduce como un principio injusto que ignora la percepción y esencia de una parte de la población, suprimiendo su identidad personal y desconociendo su participación en la realidad social.

³⁴ NUSSBAUM, Martha. Sex & Social Justice. Ed. Oxford University Press, 1999, Cambridge, Ma, USA. Pags. 68-70.

³⁵ Ibidem

2.4.2. El Principio de la Diferencia como elemento esencial del Principio de Igualdad.

En razón de las consideraciones anteriores, es evidente que para el feminismo jurídico, la problemática de la desigualdad entre las mujeres y los hombres se origina en el hecho de que el principio de igualdad se encuentre sustentado en la idea de homologación de sexos, equiparando a las mujeres con los hombres.

Esto, afirman, de ninguna forma puede ser considerado como igualdad, pues las mujeres sólo son reconocidas como iguales a los hombres por asimilación, pero ello no significa en modo alguno el reconocimiento de su identidad femenina y por lo tanto, ese desconocimiento se traduce como desigualdad formal que se transforma al momento de aplicar las normas que de ella se derivan, en desigualdad material.

Continúa señalándose, que aceptar la definición que hacen las instituciones jurídicas de nuestra identidad, como una identidad de homologación no puede suponer elementos de una identidad propia que las define y caracteriza pues parten de un reconocimiento parcial de la realidad social, donde las diferencias de quienes integran una comunidad son ignoradas al momento de organizar la estructura social.

De ahí la importancia de que sean reconocidas y aceptadas las diferencias sexuales, a efecto de evitar una interpretación parcial de la realidad social, ya que esto nos ha llevado a aceptar la percepción masculina como propia, y a que las instituciones públicas nos definan y regulen nuestra identidad en términos masculinos, pasando por alto que la interpretación que hacemos de la realidad se basa en percepciones muy distintas de las que utilizan los hombres, y que resulta injusto que, cuestiones propias de las mujeres sean reguladas únicamente desde la perspectiva masculina, sin tomar en cuenta a las mismas.

Para ello será necesario replantearse algunos conceptos imperantes en nuestra terminología jurídica y que tienen importantes implicaciones en las relaciones personales que se suscitan en la vida común, lo cual significa partir de un reconocimiento expreso y explícito de definiciones en términos femeninos cuando corresponda, otorgándole así el reconocimiento que estos tienen en la realidad actual.

En este sentido, la igualdad como principio de justicia deberá componerse de elementos que a su vez garanticen la creación de un Derecho justo para ambos sexos, el cual, de acuerdo con lo que nos dicta nuestra “razón práctica”,³⁶ debe cumplir con las exigencias de la justicia, que recordemos consisten en garantizar el bien común de las mujeres como de los hombres, siendo el principio de las diferencias sexuales uno de los elementos esenciales que se deberán tener en consideración para esta reconstrucción de este principio.

Es decir, para estar en presencia de un verdadero principio de igualdad, necesitamos que este se garantice a través de la creación de instituciones y reglas justas para todos los miembros de la sociedad, pero tomando en cuenta que cada uno de ellos es definido por su identidad sexual, por lo que esas nuevas normas deben estar encaminadas a generar situaciones de auténtica igualdad, pero basadas en el reconocimiento de las diferencias sexuales entre hombres y mujeres.

Por ello es importante asegurarnos que se reconozcan las diferencias entre los hombres y mujeres a efecto de que sea posible a partir de ese reconocimiento crear normas y leyes que tomen en cuenta las dos percepciones que se tienen de la realidad social.

Esto significa que la igualdad no sólo se materializará al momento de asignar y distribuir los derechos fundamentales, a todos los integrantes de la sociedad

³⁶ FINNIS John, Op. cit.

entendiéndose como tales, las garantías básicas que todo Estado le otorga a sus miembros, sino que esos derechos estén determinados por una integral percepción de la realidad, lo cual significa que en ellos se encuentra comprendida la perspectiva que tienen las mujeres y los hombres respecto de la conducta que se está regulando, y no únicamente la masculina, como sucede en la actualidad.

Es así que del reconocimiento y aceptación de las diferencias sexuales, por parte de las instituciones sociales depende la materialización de una sociedad justa,³⁷ que, empezando por el reconocimiento de esas diferencias, y permitiendo, que las personas sean definidas en cuanto a sus identidad sexual y no en términos generales, se estarán estableciendo las primeras bases de una auténtica igualdad.

Las ventajas que se originen del reconocimiento y aceptación de estas diferencias, permitirán a las instituciones públicas, colocar a todos los miembros de la sociedad, en el mismo nivel para acceder al esquema de derechos básicos que otorga toda sociedad, donde se acepte que no obstante los hombres y mujeres son diferentes por sus características sexuales, tienen la misma condición de igualdad para exigir la tutela de cualquier prerrogativa básica.

Con base en lo expuesto en estos dos primeros capítulos, podemos concluir que el principio de igualdad, concebido por la teoría liberal es injusto, y su aplicación crea situaciones de desigualdad entre las personas que conforman la sociedad, pues impone parámetros de identidad a todos sus integrantes, sin tener en consideración que las diferencias sexuales no pueden ser desconocidas ni suprimidas, porque las mismas definen e identifican a las mujeres de los hombres, y que continuar con esta idea de generalidad y neutralidad no permite el desarrollo de una sociedad justa, pues ignora una parte de la realidad social, lo cual sólo contribuye a continuar esa desigualdad.

³⁷ RAWLS, Jon, Op. cit.

En virtud de todo lo anterior, la teoría de justicia bajo la cual se analizará el principio de igualdad en el derecho mexicano, fue concebida, atendiendo a los siguientes puntos:

1.- Que las mujeres y los hombres, cómo seres racionales, lleguen a discernir a través del conocimiento práctico de la realidad, cuáles son los bienes que por ser básicos y necesarios para el desarrollo de cada uno deberán protegerse y respetarse.

2.- Que las diferencias sexuales definen y caracterizan a las mujeres y a los hombres de forma distinta, y que su percepción de la realidad está influenciada por esas diferencias.

En razón de ello, la elección de los bienes básicos no pueden ser las mismas para ambos sexos, pues a cada uno lo definen intereses que atienden a su condición sexual, por lo que estas diferencias no pueden ser ignoradas al momento de establecer los principios básicos que organizarán a la sociedad, sino más bien, deberán tenerse en cuenta para no incurrir en situaciones de desigualdad.

3.- Que una vez determinados los bienes básicos de las personas y reconocidas sus diferencias sexuales como condiciones de identidad, mediante un acuerdo general, deberán establecerse las reglas que regirán a la sociedad, las cuales deberán ser concordantes con los principios básicos de justicia, expuestos por Rawls, y que tiene por fin principal:

- I. Garantizar a todas las personas el mismo acceso a todos los derechos que la sociedad otorga.
- II. Aceptar que existen determinadas desigualdades que no pueden ser erradicadas, por lo que las instituciones sociales están obligan a generar

ventajas de esas desigualdades para todos los miembros de la sociedad. De ahí la importancia de reconocerlas y aceptarlas.

- III. Que la igualdad es el principio básico de justicia, que deberá establecer, mediante el reconocimiento de las diferencias sexuales, las reglas que permitan a todos los miembros de la sociedad, acceder a los derechos fundamentales que esta otorga.
- IV. Que uno de los derechos fundamentales que la sociedad debe proteger es el que reconoce a las mujeres como sujetos de derecho por su condición de mujer y atendiendo a su identidad femenina.
- V. Lo cual significa que el principio de igualdad realmente garantizará la justicia cuando se les reconozca a las mujeres su derecho de identidad propia y con ello su inclusión en la construcción del Derecho.

Tomando en cuenta todas las consideraciones expuestas, podemos definir a la igualdad como:

“El derecho fundamental que garantiza a las mujeres y a los hombres, atendiendo a sus diferencias sexuales el mismo acceso a los derechos básicos que la sociedad otorga a cualquiera de sus miembros.”

Es decir, para que una sociedad sea justa, debe contar con un principio de igualdad que realmente garantice a todas las mujeres y los hombres el poder acceder a todos los derechos básicos, pero sin ignorar las diferencias sexuales que los identifican.

Con base en esta teoría de justicia y el concepto de igualdad expuestos en estos capítulos, analizaré el principio de igualdad en el Derecho mexicano, y cómo éste

es injusto para las mujeres, al legitimar su permanencia y eficacia en un concepto de igualdad que desconoce la identidad femenina.

CAPITULO III

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

3.1. El Principio de igualdad en el derecho mexicano.

En su teoría de justicia, Rawls señala que las instituciones públicas son sistemas de reglas que regulan ciertas formas de acción o de conducta como permisibles; que proveen de penas y defensas cuando se incurren en violaciones a la estructura básica de la sociedad, y que mediante ellas, se deben asignar a todos los integrantes de la sociedad, los derechos y deberes que les corresponden.

De igual forma define a la Constitución y a los Principales Acuerdos Económicos y Sociales, como las instituciones básicas encargadas de garantizar la protección de las libertades y derechos fundamentales para quienes integran la sociedad.

Así, en este orden de ideas, corresponde a la Constitución consagrar en su contenido los principio básicos que regirán la vida social del Estado, por tal razón la misma comprende entre estos al principio de igualdad, considerándolo como “uno de los valores superiores del orden jurídico, y que sirve de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.”¹

Es decir, bajo este principio se van a establecer todas las reglas que regularán la vida común de nuestra sociedad. De ahí que el mismo se constituya como uno de los pilares fundamentales de nuestras instituciones jurídicas, y tenga por objeto garantizar la justicia para todas las personas que conforman la sociedad.

¹PRIMERA SALA. Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.

En tal razón, el mismo se encuentra contenido en el primer artículo de la Constitución Política Mexicana, por lo que el análisis medular del presente capítulo se centra en el artículo primero de este ordenamiento, mismo que a continuación se transcribe.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ARTICULO 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozara de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzaran, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

²

De la lectura que se haga al precepto en cita, se advierte a simple vista que el principio de igualdad que rige a nuestra sociedad se sustenta en un concepto abstracto del individuo, que comprende a todos los hombres y mujeres que conforman la sociedad.

Sin embargo, este concepto no garantiza la igualdad como se pretende, ya que parte de una concepción neutral que sin querer genera situaciones de desigualdad en detrimento de las mujeres, pues el mismo es interpretado por nuestras instituciones jurídicas como sinónimo del concepto de “hombre” ignorando a las

² Artículo Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

mujeres como elemento integral de la sociedad, tal y como se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial:

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica. PRIMERA SALA. Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos.

En efecto, la tesis que se transcribe permite demostrar que, aun y cuando se pudiera argumentar que el concepto de individuo contenido en el artículo primero que se cita, se refiere a la persona humana sin distinción de sexo, que puede ser sujeto de derechos y obligaciones³; éste no es interpretado así por nuestras instituciones jurídicas, toda vez que antes de definir los límites del principio de igualdad, homologan los términos de “individuo” y “hombre” como uno mismo,

³BURGOA Orihuela Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y amparo. 4a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1996. Pag. 337.

pretendiendo con ello manejar un término genérico y neutral en el cual se pueda incluir a personas diferentes, pasando por alto que ello genera la desigualdad de sexos en la aplicación del derecho, desde sus bases constitucionales.

Esto porque, al momento de otorgar el acceso a las garantías básicas para todos los integrantes de la sociedad, sólo lo garantiza para aquellas personas que se ubiquen en el supuesto de igualdad que dicho precepto señala.

Es decir, parte del desconocimiento de las mujeres como personas individuales con características propias y diferentes de las que definen a los hombres, y únicamente les otorga el reconocimiento como sujetos de derechos por la equiparación que las instituciones jurídicas hacen de ella con el hombre, al considerarlas como un igual a éste, ignorando que su condición sexual es la principal diferencia que las caracteriza y define, por lo que no se puede hablar de una verdadera igualdad, cuando ésta se sustenta en el desconocimiento de las mujeres no sólo en la construcción del derecho sino también en la terminología jurídica, para incluirla en el concepto de “hombre”.

3.2. El concepto de homologación como elemento de desigualdad en el Derecho mexicano.

De acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, podemos decir, que el principio de igualdad contenido en el texto constitucional se sustenta en un concepto de individuo que representa un género⁴, el masculino, lo que lejos de garantizar la igualdad para todos los integrantes de la sociedad, conduce a generar situaciones de desigualdad que, aun y cuando no se aprecian a simple vista significan desventajas para las mujeres, ya que al incluirlas en las definiciones masculinas suprimen su identidad femenina, por considerarlas como

⁴ DICCIONARIO JURÍDICO. Tomo III, 3a. Edición. Edición Contabilidad Moderna, Buenos Aires, Argentina, Pag. 215.

una homologación del “hombre”, lo cual permite continuar ponderando la idea de supremacía masculina en la creación del Derecho.

Esta homologación de los sexos conlleva la desigualdad entre las mujeres y los hombres en el derecho, ya que sólo reconoce un sujeto de derecho, el cual está expresado en términos masculinos, lo cual se demuestra no sólo en el contenido de la legislación, sino también en la doctrina e interpretación jurisprudencial, donde son vocablos comunes “ciudadano”, “individuo” “gobernado”, “sujeto activo”, “todo hombre”, para referirse a quien debe entenderse como sujeto de derecho, definiendo a las mujeres y a los hombres como un solo género, sin tomar en consideración que si bien, comparten características e intereses comunes, no así son idénticos, por lo que al comprender a las mujeres en de los términos de definición masculinos, se les está suprimiendo dentro de esas definiciones y con ello legitimando la supresión de la identidad femenina.

Esto es porque, el concepto de homologación parte de la idea de la supresión de aquellas condiciones que no coinciden con los parámetros de similitud establecidos por las instituciones públicas; es decir, al no reconocer a las mujeres como personas individuales con características particulares, las equipara a la definición del “hombre”, entendido este como el género social.

Sin embargo, esta homologación de sexos no garantiza la igualdad de los mismos, toda vez que se sustenta en la supresión de las mujeres como mujeres, y únicamente les otorga el reconocimiento de sujetos de derechos por ser equipadas a los hombres.

Es decir, te reconozco como sujeto con derechos y obligaciones porque eres igual al hombre, y no por tu condición propia de mujer, con lo cual se han impuesto parámetros de identidad donde deben adecuarse quienes son diferentes,

ignorando que la igualdad social encuentra su sustento en el reconocimiento de las diferencias sexuales de quienes integran la sociedad⁵.

En razón de lo anterior, no podemos hablar de una verdadera igualdad entre las mujeres y los hombres, si sólo se reconoce a estas como sujetos de derecho en su calidad de hombres, y se les ignora su calidad de sujeto de derecho en función de su identidad sexual.

Podríamos entender entonces que aun y cuando la intención del legislador ha sido garantizar para todas las personas que integran la sociedad mexicana, las mismas condiciones de igualdad, este objetivo no se materializa realmente, ya que las mujeres en nuestro derecho son consideradas como iguales a los hombres, y se les niega el reconocimiento de su individualidad.

Es decir, la homologación de sexos que hace el derecho mexicano, de las mujeres como hombres no garantiza realmente la igualdad, sino por el contrario legítima con base en el desconocimiento y supresión de la identidad femenina, todas las situaciones de desigualdad que se generen por esa equiparación, pues nuestras instituciones jurídicas toman como base para estructurar la organización social, lo señalado en el orden supremo, perdiendo de vista que las mujeres y los hombres, atendiendo a su esencia sexual, perciben de forma distinta la realidad en que se desenvuelven, y que ésta percepción se encuentra supeditada a la identidad de cada una de estas personas.

Por ello, no debe perderse de vista que si la Constitución es el orden máximo del cual se van a derivar las leyes que regularán de forma más específica a las personas, y esta no garantiza las mismas condiciones de seguridad para todos sus integrantes, sino únicamente para los hombres y quienes pudieran asimilarse a sus parámetros de igualdad, entonces las instituciones que forman al derecho, deben definir e interpretar en este mismo sentido la realidad social, reconociendo a las

⁵ MACKINNON, Catharine. Feminism, Marxism, Method and The State: Toward feminist jurisprudence. AP. cit.

mujeres como sujetos de derecho, por su esencia sexual propia y no homologándolas en el concepto del “hombre”.

En razón de esto es evidente que tanto la Constitución como las instituciones jurídicas que de las mismas se derivan están ignorando una parte esencial de esa realidad, y por lo tanto legitimando la desigualdad en perjuicio de las mujeres.

Al respecto es importante recordar que la forma en que el derecho concibe e interpreta la realidad social, es la forma en que las instituciones públicas lo hacen, por lo que la forma en que nuestro derecho define a las mujeres, es la misma forma en que lo harán las instituciones jurídicas, por lo que, si éste ignora y excluye a las mujeres de su construcción, esto se reflejará en la regulación e interpretación que sus instituciones, harán de la realidad social.

De este análisis se desprende que las instituciones jurídicas que se deriven del ordenamiento supremo comprenden la realidad social con bases de desigualdad, ya parten de un ordenamiento que subsume en una sola identidad a todas las personas que conforman la sociedad, a efecto de poder garantizar el acceso al derecho para todos, pretendiendo con ello evitar cualquier acto de discriminación que pudiera derivarse de las características que caracterizan a cada persona, y dentro de las cuales se encuentra el reconocimiento de las diferencias sexuales entre hombres y mujeres.

Sin embargo, la objetividad con la cual pretenden interpretar la realidad social, no puede establecer verdaderas condiciones de igualdad para las mujeres y los hombres, si éstas parten de una sola percepción de la realidad, que es la que hacen los hombres, pues al hacerlo se regula una realidad que resulta parcial, donde se ignora la interpretación que las mujeres hacen desde su perspectiva femenina.

En este sentido, podemos decir que actualmente las instituciones jurídicas resultan injustas para las mujeres toda vez que han creado leyes bajo principios de desigualdad en detrimento de las mujeres.

Esto, porque al momento de interpretar la realidad que se pretendía regular, se partió de una perspectiva parcial de la misma, la de los hombres, dejando fuera de esta construcción normativa el discurso de las mujeres respecto de la realidad que se regulaba, pues al considerarlas como un igual del hombre, no se tomaba en cuenta la interpretación de esa realidad.

Es importante señalar al respecto, la igualdad no consiste únicamente en garantizar a todos, el poder acceder al derecho, sino que el sistema jurídico que materializa al derecho asegure para todas las personas que integran la sociedad, una justa distribución de los derechos y deberes, para lo cual debe tomar en cuenta la forma en que las situaciones reguladas afectan a cada sexo, tomando para ello en cuenta la perspectiva particular, de ambos, tanto la femenina como la masculina.

En este sentido, es imperante recordar que cada uno de los sexos atiende a intereses distintos y responden de forma diferente, de acuerdo con lo que su conocimiento de la realidad les dicta como bueno o malo, o como lo llama Finnis⁶, atendiendo a lo que la recta razón establece como correcto, y que se encuentra vinculado a las características que definen a las mujeres y a los hombres.

De acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, no podremos hablar de una verdadera igualdad, si esta se construye sobre bases de desigualdad que encuentran su fundamento en el desconocimiento de las mujeres, y que disfraza sus términos de expresión y definición bajo una generalidad y neutralidad que resultan subjetivas, pues de ellas sólo se logra suprimir la identidad femenina por constituir estándares de diferencia con aquellos que comparten los criterios de igualdad y que son quienes construyen la organización social.

⁶ FINNIS, John, Op. Cit.

Es decir, la definición de igualdad que impone nuestro derecho a las mujeres, es como personas idénticas a los hombres, lo cual trae aparejada la desigualdad entre ambos sexos, pues, para las instituciones jurídicas, los hombres constituyen la idea universal de sujetos de derecho, y con ello excluyen a las mujeres del discurso jurídico, ya que las ignora por completo.

Podemos decir que la igualdad en el derecho mexicano es conceptualizada como sinónimo de homologación, el cual subsume la identidad femenina del contexto normativo del derecho, al considerarlas como sujetos del mismo por su calidad de “hombre” entendiéndose éste como el término universal que define a hombres y mujeres, lo cual sólo significa que las mujeres han sido ignoradas por el derecho como personas individuales con una identidad propia.

En este sentido, Mackinnon señala que las leyes ven y tratan a la mujer como los hombres ven y tratan a la mujer,⁷ lo cual se materializa en nuestra realidad, pues no obstante que se han generado importantes avances y cambios en nuestro sistema normativo en beneficio de las mujeres, esto no significa que realmente las leyes comprendan una interpretación competente de la realidad, sino que ante la evolución social y la presencia de las voces feministas, ha sido necesario ir modificando las leyes que causan un perjuicio directo a las mujeres.

Sin embargo, nuestro sistema normativo continúa sustentado en bases de desigualdad que únicamente podrán erradicarse cuando las instituciones reestructuren aquellas leyes que causan ese detrimento, y que aun no han sido reformadas, tomando en cuenta una interpretación completa que se haga de la realidad que regularán, la cual debe estar comprendida por las dos perspectivas de quienes integran la sociedad, los hombres y las mujeres.

⁷ MACKINNON, Catharine, Op. Cit.

Es importante señalar que el derecho mexicano se torna injusto, porque se fundamenta en un principio de igualdad que equipara la identidad femenina con la masculina, incluyéndola sólo así en la construcción del derecho.

Lo cual significa que las instituciones jurídicas que nos rigen, fueron pensadas y construidas sólo desde la perspectiva masculina, colocando a las mujeres en una situación de supresión y exclusión del discurso jurídico como mujer, otorgándoles un reconocimiento como sujeto de derechos por su equiparación al hombre, y no por su propia identidad.

Es decir, las leyes mexicanas están basadas en un principio de igualdad que garantiza a todos los individuos que conforman la sociedad los mismos derechos, imponiendo para otorgar esta prerrogativa, no tomar en cuenta cualquier condición que pudiera generar situaciones de desigualdad⁸. Sin embargo, es precisamente este principio el que genera el desconocimiento de las mujeres por su condición sexual como sujetos individuales de derecho.

De ahí, que si bien, las mujeres van a interpretar al derecho desde su particular perspectiva, lo hacen respecto de un derecho que fue construido bajo la perspectiva masculina, por lo que su interpretación va girar en torno a un derecho cuya base es parcial y por lo tanto desigual.

En razón de esto, no deberá resultar exagerado o pretencioso, señalar que el principio de igualdad base del derecho mexicano es injusto por ignorar a las mujeres, y no reconocer su identidad propia, lo cual redundará en una desigualdad manifiesta, primero porque ignora a las mujeres como personas individuales, y segundo porque pretende equipararlas a la calidad del “hombre” para poder otorgarles su calidad de sujetos de derecho.

⁸ Artículo Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esto se confirma en el texto de otro precepto constitucional, el artículo cuarto, cuyo contenido en su párrafo tercero, no aporta ningún elemento que permita observar que las mujeres y los hombres son iguales ante la ley por su propia identidad, consistiendo únicamente en una simple manifestación de la política de equiparación que en que se sustenta el principio de igualdad contenido en el artículo primero de la Carta Magna.

Es decir, si bien es cierto que el artículo cuarto señala que "...El varón y la mujer son iguales ante la ley...", esto sólo garantiza el acceso a la ley para ambos sexos, pero realmente no puede asegurar que la ley a la que se está accediendo sea justa, si esta fue construida sobre bases de desigualdad.

Por ello, no obstante, se reconozca como iguales a la mujer y al hombre para poder acceder al derecho, si este es desigual, las leyes a las que podrían acceder son desiguales, y entonces de ninguna forma puede significar la igualdad pretendida.

Es decir, los hombres y las mujeres son iguales para la ley, no por su calidad de "hombre", sino porque son personas individuales con una identidad propia que los define y distingue del otro.

En este sentido no podemos hablar realmente de una relación simétrica entre los dos sexos.

Especialmente si la paridad jurídica en nuestra sociedad se basa en la supresión y desconocimiento de uno de ellos, el sexo femenino, donde, al incluir a las mujeres, equivocadamente dentro de la connotación de "todos los hombres" sienta las bases de la desigualdad jurídica.

Esto sólo significa que no las reconoce como personas con identidad propia sino que pretende sean definidas de acuerdo con los parámetros de caracterización masculina, por constituir esto la generalidad que supuestamente deriva en una

“igualdad”, en la que no se toman en cuenta las condiciones naturales de los integrantes de la sociedad.

Podemos decir que el derecho mexicano se torna injusto cuando se erige en instituciones jurídicas que pierden de vista que la estructura social parte de la interpretación que hacen las personas de ella y que siempre resulta de la caracterización de género y contextualización histórica que las define e identifica.⁹

En este caso, si la única percepción que esas instituciones tienen de la realidad es aquella que hacen los hombres, es claro entonces que la estructura social únicamente se basa en construcciones masculinas que ignoran la voz de las mujeres.

Se debe señalar entonces que el principio de igualdad contenido en nuestra Carta Magna no garantiza a las mujeres, sino por el contrario origina la desigualdad entre hombres y mujeres mediante el desconocimiento de las segundas como personas con identidad propia, derivando con ello en una realidad ficticia que ignora y por ende suprime a las mujeres del texto constitucional, legitimando con ello que las leyes reglamentarias de la Constitución incurran en una desigualdad al momento de crear y aplicar el derecho.

Es decir, a través del derecho se ha pretendido establecer las reglas de igualdad que aseguren la justicia, partiendo del principio de homologación de las mujeres con los hombres, sin que las instituciones jurídicas tengan en cuenta que no son iguales porque existen características propias que definen y difieren a las mujeres de los hombres, y que a efecto de pretender una auténtica igualdad entre hombres y mujeres, estas quedan subsumidas en la definición general del hombre, lo cual significa la supresión de la identidad femenina, en aras de una mal entendida neutralidad de los dos sexos en uno solo, que supuestamente garantiza la igualdad.

⁹ SUAREZ Llanos, AP. cit.

Es por ello que no se puede hablar de una verdadera igualdad, si esta se fundamenta en la supresión y el desconocimiento de la identidad femenina, lo cual no sólo se materializa a través de las instituciones jurídicas, sino en toda la estructura social, sin percatarse de que con ello se está dando un sustento material a la desigualdad.

De ahí que sea necesario replantearse nuevamente qué instituciones y ordenamientos jurídicos cumplen realmente con el principio de igualdad que sustenta las teorías de justicia expuestas en los primeros capítulos, donde el concepto básico nos remite a una igualdad soportada en el reconocimiento de las personas atendiendo a su identidad sexual. Esto con el fin de construir bajo una perspectiva completa de la realidad, leyes que realmente garanticen la igualdad entre hombres y mujeres.

3.3. El principio de no discriminación como elemento del principio de igualdad en el derecho mexicano.

Igualmente llama la atención, la forma en que es interpretado el principio de igualdad por nuestras instituciones jurídicas, que no obstante reconocer el verdadero valor de este concepto, le otorgan uno distinto, el de “no discriminación”, mismo que se encuentra contenido en el párrafo tercero del artículo primero de nuestra Carta Magna, el cual bien podría entenderse como un principio de justicia aparte, si no fuera por la interpretación que hace la Suprema Corte de dicho principio, el cual es adjudicado como valor superior de la igualdad en nuestro sistema jurídico.¹⁰

¹⁰PRIMERA SALA. Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.

Es decir, nuestro máximo órgano jurisdiccional señala que “el valor superior de la igualdad consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de desigualdad de hecho, generen un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, que propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares.”

En este sentido, la interpretación que se hace de la igualdad en nuestro derecho mexicano resulta errónea, ya que pierde de vista que la igualdad comprende en sí una idea determinada y concreta, en tanto que el concepto de discriminación se ve sujeto a la calificación que las personas le otorguen al momento de juzgar las conductas de trato distinto entre personas que pudieran compartir ciertas características.

Esto significa que, en tanto que el concepto de igualdad consiste en colocar a todas las personas en un mismo nivel de acceso a los derechos fundamentales, la discriminación si bien es un término de connotación neutral que implica un trato diferente a las personas que no comparten las mismas condiciones o características¹¹, esto bien puede generarse en sentido positivo o negativo, y su calificación depende del resultado que se obtenga de ese trato.

Así como puede generar beneficios a favor de aquellas personas que no sean iguales a la mayoría, y que se define como discriminación positiva, lo que el feminismo radical llamaría el reconocimiento de las diferencias; su calificación negativa significa que esta conducta necesariamente implica un perjuicio a la dignidad de las personas.

En este orden de ideas, es claro que la forma en que las instituciones jurídicas equiparan a la igualdad con el concepto de discriminación resulta equivocada e injusta, y de ninguna manera se puede considerar como una garantía que asegure la protección de ese derecho fundamental que comprende la igualdad, el colocar a

¹¹ TOVE, Stang Dahl. Discrimination and Equality, Women's Law. Pags. 37-53.

todos en el mismo nivel de acceso a los derechos básicos, ya que el objeto del “principio de no discriminación” está encaminado a prohibir cualquier conducta que basada en un trato distinto que atente contra la dignidad humana.

Es evidente que los principios de igualdad y la discriminación contenida en el artículo primero de la Constitución, son dos valores completamente distintos, donde el principio de la igualdad no puede ser entendido como la prohibición de un trato discriminatorio, toda vez que este no garantiza reglas que aseguren colocar en el mismo nivel de acceso a todas las personas.

Así, si tomamos en cuenta la definición que hace la Corte del principio de no discriminación es la prohibición de conductas que, basadas en un trato diferente entre personas “iguales” cause alguna afectación a la esfera jurídica de los gobernados. En este sentido, es evidente que de este principio no se desprende ningún elemento que nos permita considerarlo equiparable a la igualdad.

Por ello resulta erróneo que sean considerados como sinónimos el concepto de igualdad y la prohibición de tratos discriminatorios, pues comprenden dos ideas totalmente distintas, que si bien, pudieran complementarse no así equipararse.

3.4. La necesidad de reconocer las diferencias sexuales como base del principio de igualdad en el derecho mexicano.

En razón de todo lo anterior, es evidente que el principio de igualdad base del derecho mexicano resulta ineficaz y no garantiza esa igualdad que debería, pues su construcción se encuentra legitimada en instituciones sociales que se sustentan en una percepción parcial de la realidad, donde la identidad femenina es ignorada así como la forma en que, desde su perspectiva se interpreta la realidad social.

Por ello es importante asegurarnos que las diferencias entre los hombres y mujeres sólo deben favorecer a la sociedad completa, lo cual se materializa al momento de asignar y distribuir todos los derechos fundamentales para todos los miembros de la comunidad, ya que el reconocimiento de las diferencias sexuales significará incorporar a las mujeres dentro del principio de la igualdad, reconociendo a la vez el derecho fundamental de respeto y aceptación de su identidad sexual como elemento de definición de su definición como sujetos de derecho por su condición de mujer.

Si las instituciones jurídicas de nuestro derecho parten de ese reconocimiento y aceptación de las diferencias sexuales como elemento de definición de las mujeres y los hombres, esto permitirá interpretar la realidad de forma completa, y establecerá las bases para la generación de ventajas en atención a ese reconocimiento lo que en términos de la teoría de justicia de Rawls,¹² significará la materialización del segundo, ventajas y beneficios para todos los miembros de la sociedad, empezando por reconocer a las mujeres los derechos que por su calidad de mujeres les corresponde y no por ser equiparables a los hombres.

A modo de conclusión en este capítulo, podemos señalar que el principio de igualdad en el cual se sustenta el derecho mexicano es injusto y no garantiza una verdadera igualdad, siendo necesario que para ello se reconozcan las diferencias sexuales entre las mujeres y los hombres, a efecto de que a través de ellas se establezcan reglas justas que permitan asegurar condiciones de igualdad entre las personas diferentes.

¹² RAWLS John, Op. Cit.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES.

4.1. La desigualdad entre hombres y mujeres en la construcción del derecho penal.

Del análisis realizado al principio de igualdad en el capítulo anterior, pudimos observar que el mismo resulta ineficaz, en virtud de que le ha sido atribuido un valor distinto del que verdaderamente posee, al ser interpretado por las instituciones jurídicas como un principio de no discriminación por el que se pretende asegurar el mismo trato de la ley para todas las personas que conformamos esta sociedad.

Sin embargo, esta forma de otorgar la igualdad no garantiza dicho fin, ya que precisamente el mandato de tratar a todos como iguales, es la base de la desigualdad en nuestro sistema jurídico.

Esto resulta así, porque contrario al concepto de igualdad en que se basa la teoría de justicia; qué parte del reconocimiento de las diferencias sexuales como elemento esencial de la igualdad, el principio en que se sustenta nuestro derecho, ignora esas diferencias al momento de crear las normas que regularán la vida social, a efecto de evitar caer en alguna conducta discriminatoria originada por las razones que contempla el artículo 1º de nuestra Carta Magna.

Dentro de esas razones, se encuentran las que corresponden a las diferencias sexuales, por lo que el reconocimiento de estas ha sido vetado del derecho, sin tomar en cuenta que esto, más que establecer un principio de igualdad, sienta los fundamentos de la supresión e ignorancia de las mujeres como personas con

identidad propia, su identidad femenina, lo que a su vez genera que su interpretación de la realidad sea excluida de la construcción de derecho.

Esta exclusión de la que hablamos, se puede apreciar más claramente en el contenido del texto jurídico que contiene nuestras leyes, donde recordemos, ha sido estructurado bajo un sistema de organización patriarcal que interpreta y define la realidad desde la perspectiva masculina, por ser el concepto general, dentro del cuál quedan comprendidas las mujeres.¹

Esto es porque, aun y cuando las mujeres han sido reconocidas como iguales por su inclusión en la definición del “hombre”, no significa que estén en el mismo nivel de igualdad ellos, por el contrario, en razón de ese “reconocimiento”, su identidad femenina, que las distingue de los hombres, es absorbida en la definición de ellos, lo que significa que deben ajustarse a la forma en que estos ven e interpretan la realidad, desde su perspectiva masculina.

En tal razón, sí cada uno de los sexos interpreta esa realidad, atendiendo a valores morales muy particulares, que están determinados por su condición sexual,² y las normas se construyen teniendo en cuenta la interpretación que las personas hacen de esa realidad, es evidente que esa interpretación resulta parcial, aun y cuando se considere general, y por lo tanto desigual, pues ignora la forma en que las mujeres percibimos la realidad.

En este sentido, es importante no olvidar que las normas son reglas que tienen por objeto regular una conducta, y que la forma en que se regulará es el resultado de un conocimiento de la realidad, y por lo tanto, la construcción de esa norma se encuentra sujeta a la manera en que las personas determinan, atendiendo a sus experiencias reales, de que forma debe estructurarse para que sea eficaz, y aplicable a todos los integrantes de la sociedad.

¹ MACKINNON, Catherine, Feminism, Marxism, Method and The State: Toward feminist jurisprudence, Op.cit.

² GILLIGAN, Carol, Op. cit.

En virtud de lo anterior, si las normas se encuentran construidas desde una sola interpretación de la realidad, aun y cuando se garantice su aplicación para todas las personas, ésta no puede garantizar un resultado justo para todas esas personas, ya que fue construida sobre bases desiguales que ignoran las experiencias de aquellas que no se encuadran dentro de los términos generales y universales.

Es decir, aun y cuando la norma se caracteriza por ser abstracta e impersonal, ello no significa que sea imparcial, pues tal y como ya se señaló, se construye desde una sola perspectiva, por lo que no podemos hablar de una norma que sea justa para todas las personas que integran la sociedad, si la realidad que pretende regular no es la misma que se concibe por cada una de ellas.

Es decir, se parte de una generalidad impuesta a personas distintas, donde queda suprimida la identidad de una de ellas en la universalidad de la otra.

La importancia de destacar esta desigualdad en la construcción del derecho, es porque la base de la norma es esa interpretación que hacen las personas de la realidad, entonces, si esta se construye únicamente sobre una perspectiva, y la otra, la que corresponde a las mujeres es simplemente omitida, la aplicación que se haga de esa norma resulta injusta para quienes fueron excluidos de esa construcción, y a quienes les es impuesta una realidad que no es la suya.

Un perfecto ejemplo de esta desigualdad en la construcción del derecho es la forma en que fueron tipificadas como ilícitas todas aquellas conductas que atentan contra la libertad sexual de las personas, y de donde se observa claramente la interpretación parcial que impera en nuestras instituciones jurídicas.

4.2. La tipificación de los delitos sexuales y el principio de igualdad.

Es importante señalar que la crítica no va encaminada a determinar si los delitos sexuales están afectados de desigualdad, o porqué son desiguales para las mujeres, sino a demostrar que la base de su definición como conductas prohibidas por el derecho, no atiende a una realidad auténtica, sino a la que es definida e interpretada por los hombres, dejando fuera de su construcción, la forma en que esas conductas son percibidas por las mujeres desde su perspectiva femenina.

Tomemos como ejemplo de esta desigualdad las conductas que atentan contra los derechos sexuales de las personas, y que se encuentran tipificados como delitos sexuales en los códigos penales.

Para el caso particular, el ordenamiento del que nos serviremos para tal análisis es el Código Penal Federal, esto atendiendo, a que nuestro sistema de gobierno es de una federación, donde el código federal ha servido de guía para la elaboración de los códigos estatales.

El Título Decimoquinto del Código Penal Federal contiene el catálogo de conductas que deben ser consideradas como delitos sexuales, por atentar contra la libertad psicosexual de las personas, mismo que se transcribe a continuación, y de donde podemos observar que la descripción de estas conductas atienden a una realidad percibida desde la perspectiva masculina, donde la definición y construcción de esos tipos penales se encuentra determinada por términos y conceptos masculinos.

De acuerdo con nuestro derecho penal se consideran delitos sexuales las siguientes conductas:

CÓDIGO PENAL FEDERAL.

TITULO DECIMOQUINTO

Delitos Contra La Libertad y El Normal Desarrollo Psicosexual

Capitulo I Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación

ARTICULO 259 BIS.- Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo. Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño. Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.

ARTÍCULO 260.- Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

ARTICULO 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de prisión. Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

ARTÍCULO 262.- Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.

ARTICULO 263.- En el caso del artículo anterior, no se procederá contra el sujeto activo, sino por queja del ofendido o de sus representantes.

ARTÍCULO 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice copula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 265 bis.- Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

ARTÍCULO 266.- Se equipará a la violación y se sancionará con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y

III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

ARTÍCULO 266-BIS.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la

pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV.- El delito cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

CAPITULO III INCESTO

ARTÍCULO 272.- Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

Esta desigualdad de la que hemos venido hablando en párrafos anteriores se puede apreciar, no sólo por la terminología de carácter masculino que impera en el texto jurídico, sino también por la forma en que son definidas y comprendidas esas conductas, pues tal y como se aprecia de estos preceptos, son consideradas como ofensas a la libertad sexual, donde el único bien tutelado es esa libertad, perdiendo de vista que estos delitos atacan la inviolabilidad del cuerpo y la identidad individual de las personas, bienes que resultan básicos para el desarrollo pleno de las personas pero que pasan desapercibidos para quienes tipificaron tales conductas.

Es decir, la desigualdad entre hombres y mujeres no se materializa únicamente en la aplicación del derecho penal, sino desde la elección de los bienes básicos que se tutelan con esta ley y en la construcción de este ordenamiento.

Lo cual se observa desde la forma de determinar las penas a que se harán acreedores quienes infrinjan la misma, y que está definida desde la perspectiva masculina, omitiendo que la mayoría de las víctimas son mujeres, y por ese sólo hecho, quizá debería plantearse una nueva definición de esos delitos sexuales, donde se tome en cuenta las dos perspectivas de la realidad social para una tipificación que efectivamente garantice la igualdad entre quienes están sometidos a ese derecho.

En efecto no se puede argumentar que la igualdad en la norma no se garantiza únicamente a través de la generalidad e imparcialidad al momento de ser aplicada, sino desde su construcción y definición, pues es aquí, donde se elige cuáles y de qué forma deben ser tutelados los bienes básicos, que en el caso concreto, no sólo es la libertad sexual de las personas, como ya se dijo, sino que comprende además la protección del cuerpo de las personas y la vulnerabilidad de la identidad sexual de las mismas, bienes que hasta el momento no han sido considerados por nuestras instituciones jurídicas, objeto de tutela.

No podemos hablar de una igualdad en el derecho penal respecto de aquellas conductas que implican una afectación directa a la vida de las personas, si éstas se encuentran definidas desde una sola perspectiva, omitiendo la de quienes son mayormente afectadas, y respecto de las cuales, esa afectación es asimilada de forma totalmente distinta que por aquellos que han construido esa tipificación desde su particular interpretación.

En este sentido, no debe pasar desapercibido que el dominio de los hombres sobre las mujeres ha sido ejercido siempre a través de la subyugación sexual, a través del consabido binomio “sexo/poder”.³

³ CARRINGTON Kerry and Paul Watson, Policing Sexual Violence: Feminism, Criminal Justice and Governmentality, International journal of the Sociology of Law, Vol. 24, 1996 Academic Press Journals, London, England. Pag. 254

Por ello, la afectación que representan las agresiones sexuales a las personas, siendo principalmente las mujeres quienes se ven ,más afectadas por estas conductas, no sólo atentan contra la inviolabilidad del cuerpo, en el aspecto físico y emocional, sino también contra su identidad particular, por estar esta vinculada a su condición de mujer, aspectos que no han sido considerados por nuestro derecho en la definición de esos delitos sexuales, toda vez que estos han sido considerados aspectos de la vida privada de las personas.

Es decir, el principio de igualdad en la construcción de los delitos sexuales genera situaciones de desigualdad entre las personas que son agredidas sexualmente, pues estos se encuentran contruidos desde una sola perspectiva, la masculina, dejando fuera de esa construcción la voz de las mujeres, lo que significa que su interpretación respecto de esas conductas delictivas, es omitida y con ello se les excluye de la realidad que se regula, imponiéndoles, al momento de ubicarse en la comisión de alguna de estas conductas, una realidad ficticia.

Para Mackinnon, la perspectiva que tiene el derecho y todo el sistema legal penal se debe a la ausencia de la perspectiva femenina en los casos de violencia sexual, donde las mujeres reciben un mal trato por las instituciones y el sistema, debido a su incapacidad de comprender lo sucedido a la víctima.

Pues mientras que para las mujeres, la violencia sexual no significa sólo una injuria en contra de su libertad sexual, sino que derivado de esa agresión, les cambia la vida. En tanto que para el Estado masculinizado, se trata sólo de castigar a quien cometió la injuria y no va más allá de las consecuencias que se desencadenan en contra de la víctima, sea hombre o mujer.⁴

Esta desigualdad significa por lo tanto que la construcción de los delitos sexuales está basada en la interpretación que hacen los hombres de las agresiones sexuales, de acuerdo con lo que perciben desde su identidad masculina, pero que

⁴ Mackinnon, Catharine, Op. cit.

no toma en cuenta la forma en que las mujeres interpretan y resienten esas conductas desde su visión particular, que no olvidemos se encuentra vinculada a su condición de mujer, como igual sucede con los hombres.

Es decir, se legisla respecto de ciertas conductas que afectan de forma totalmente distinta a los hombres y las mujeres, donde no se reconoce a estas últimas, y por lo tanto no se les da la importancia real a lo que significa agredir sexualmente a una mujer.

En este sentido, resulta injusto que la tipificación de los delitos sexuales se encuentre soportada sobre parámetros de una identidad general para los hombres y sobre las mujeres, pretendiendo que la interpretación de estos delitos y la imposición de las penas se sustenta en un principio de igualdad que no la garantiza, máxime si se excluye de su definición a la realidad que se percibe por la esencia femenina.

Puede decirse que la tipificación de los delitos sexuales está sustentada sobre bases de desigualdad formal que al momento de su aplicación, la materializan a través de una interpretación injusta en perjuicio de quienes fueron omitidas en la construcción de los mismos.

Esto se aprecia claramente, no sólo en la conformación de los delitos sexuales contemplados en el Código Penal Federal, como ya se refirió en párrafos anteriores, sino también de la interpretación que las instituciones jurídicas, hacen al respecto, y como ejemplo de ello tenemos los siguientes criterios jurisprudenciales, emitidos por nuestro máximo tribunal de justicia:

VIOLACION, EXISTENCIA DEL DELITO DE. El bien jurídico tutelado por el tipo delictuoso de violación no es la castidad o la honestidad, sino que lo constituye la libertad sexual; por lo que el desfloramiento no resulta un presupuesto indispensable para la configuración del ilícito, siendo suficiente para ello el ayuntamiento carnal sin el consentimiento del sujeto pasivo o

con éste, en los casos en que el mismo se encuentre viciado. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 3/92. Eustorgio Fernández Espinoza. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos.

VIOLACIÓN, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. Los elementos que constituyen el delito de violación son: a) La cópula, que es cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, y sin importar el sexo; b) Empleo de la fuerza física que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como los golpes, heridas, ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien de violencia moral, que no es otra cosa que el empleo de amagos o amenazas de males graves que por la intimidación que produce, impiden resistir el ayuntamiento; y c) Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos.

ABUSO SEXUAL, PRESUPUESTO JURÍDICO PARA QUE SE CONFIGURE LA CALIFICATIVA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 266 BIS DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL. El injusto penal de abuso sexual previsto en el citado precepto es mayor y, por ende, también mayor el reproche que se hace al sujeto activo, cuando la comisión del delito la lleva a cabo aprovechando una circunstancia de ocasión, en virtud de tener al ofendido bajo su custodia, guarda, por cuestiones educativas o en razón de la confianza que le fue depositada. Del referido texto legal deriva que para la ejecución de esta hipótesis de calificativa, se requiere de un presupuesto jurídico: que el ofendido hubiera sido entregado al sujeto activo, por cuestiones de custodia, guarda, educación o en virtud de la confianza en él depositada; sólo la existencia de este vínculo entre activo-víctima, hace posible la actualización de la calificativa aludida. Por tanto, no se actualiza la hipótesis de aprovechar la confianza depositada, con la sola relación de parentesco que exista entre aquéllos, pues aunque ciertamente esa relación es fundamental para demostrar la confianza depositada en el sujeto activo, es necesario que tenga o hubiera recibido a la víctima por cualquier circunstancia (presupuesto jurídico). SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER

CIRCUITO. Amparo directo 2366/2000. 16 de octubre de 2000. Unanimidad de votos.

ESTUPRO. NO SE SURTE EL REQUISITO DE HONESTIDAD SI LA MUJER AGRAVIADA ANTERIORMENTE HABÍA VIVIDO CON EL SUJETO ACTIVO. El término de honestidad en la mujer pasivo de dicho injusto, entraña un comportamiento socialmente aceptable, de modo que si en una ocasión, anterior a la de los hechos denunciados, ya se había ido con el acusado, con quien había vivido en su casa, ello constituye una acción que sin duda la moralidad media rechaza, por lo que aun cuando después, ya de nuevo viviendo en el seno del hogar paterno, el mismo inculpado la hubiese engañado con la promesa de matrimonio para lograr la cópula, resulta que no se surte el delito, dado que faltó el elemento normativo de la honestidad si se tiene en cuenta que otrora se había separado de su hogar para vivir con una persona sin estar casada, lo que no corresponde a una conducta adecuada de una mujer consciente de su pudor y dignidad personal. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 421/98. Alfredo Huerta Cortés. 4 de febrero de 1999. Unanimidad de votos.

ESTUPRO, DELITO DE. ENGAÑO. Los elementos del tipo penal del delito de estupro, previsto y sancionado por el artículo 276 del Código Penal del Estado de México son: a) que el activo tenga cópula con una mujer; b) que ésta sea mayor de catorce y menor de dieciocho años; c) casta y honesta; d) que se obtenga su consentimiento por medio de la seducción o engaño. Ahora bien, en el ilícito de estupro se entiende por engaño la tendenciosa actividad por el agente activo del antijurídico, para alterar la verdad o producir en el agente pasivo un estado de error, confusión o equivocación por el que accede a la pretensión erótica; por lo tanto, cuando la ofendida aduce que el activo no le propuso matrimonio, y sólo señaló responder por lo que sucediera en caso de problemas, de ninguna manera puede considerarse que éste alteró la verdad o produjo un error, confusión o equivocación en la pasivo para que consintiera tener cópula con él, en cuya virtud; no constituye un engaño para ejecutar el acto. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 48/95. Jaime Castillo Vázquez. 16 de marzo de 1995. Unanimidad de votos.

De las tesis en cita se puede apreciar claramente que la desigualdad contenida en la definición de los delitos sexuales se materializa al momento de tener que interpretar y aplicar estas definiciones, porque las instituciones encargadas de administrar la justicia en la materia penal, parten de criterios que no se soportan en una auténtica base de igualdad, sobre todo, porque como ya se dijo en párrafos anteriores, la definición de los delitos sexuales parte de una sola interpretación, la de los hombres, lo cual se aprecia no sólo del texto jurídico del Código Penal Federal, sino también de las interpretaciones jurisprudenciales que realizan los tribunales.

Es decir, si los delitos sexuales fueron contruidos únicamente con base en la interpretación que hacen los hombres de la realidad, dejando fuera de esa construcción lo que las mujeres, desde su particular punto de vista tengan que decir al respecto, entonces esta normatividad resulta injusta para un sector de la sociedad, pues parte de un supuesto de supresión generado por el desconocimiento de su realidad, lo cual implica que, al momento de aplicar el derecho se haga sobre bases de desigualdad, que tornarán a las instituciones jurídicas en injustas.

4.3. El principio de la diferencia como elemento esencial del principio de igualdad en la construcción de los delitos sexuales.

De los párrafos anteriores podemos concluir que la tipificación de los delitos sexuales no garantiza que su interpretación y aplicación en la realidad sea justa para las mujeres, ya que únicamente está dirigida a castigar dichas conductas pero deja fuera la restitución del bien jurídico tutelado, por ser en la mayoría de los casos, de imposible reparación.

Sin embargo, la desigualdad entre los sexos no se da al momento de impartir la justicia penal, sino desde el momento en que son definidos y delimitados los tipos

penales, pues aquí es donde surgen los supuestos de desigualdad que afectan a las mujeres, al ser ignoradas y por lo tanto excluidas de la regulación de aquellas conductas que las afectan de forma distinta de la que ha sido considerada por el derecho penal, pues no olvidemos que no sólo se atenta contra su libertad sexual, sino además contra su cuerpo y su identidad, los cuales han sido por mucho tiempo objeto de la subyugación sexual por parte de los hombres en contra de ellas, pero que son bienes no protegidos por el derecho.

Lo anterior porque las instituciones jurídicas prefieren incluir a las mujeres en las definiciones masculinas, pretendiendo crear una sola identidad y perspectiva, la cuál servirá de criterio para la construcción de un derecho penal que pretende ser igual para todos.

Sin embargo, esto no garantiza realmente la igualdad, ya que lejos de establecer reglas que coloquen a todas los hombres y mujeres en el mismo nivel de acceso a los derechos fundamentales, reconociendo sus diferencias; por el contrario, suprime esas características y les impone a las mujeres una identidad que no poseen, al considerarlas como iguales por equiparación a los hombres.

Entonces, si bien es cierto que a las mujeres se les reconoce la calidad de sujetos de derechos, es porque son parecidas a los hombres y no por su identidad propia.

Como consecuencia de ello, las reglas de igualdad sobre las que se construye el derecho penal, resultan desiguales para las mujeres, pues son reglas que se crean para los hombres, y corresponde a ellas adecuarse a la realidad que rigen, donde su esencia femenina simplemente es ignorada en aras de una homologación que supuestamente asegura la igualdad para todas las personas.

Primeramente porque las instituciones jurídicas toman como criterio de interpretación en la impartición de justicia penal, el principio de igualdad contenido en nuestra Constitución, el cual, recordemos, tiene por fin eliminar cualquier

desigualdad manifiesta, y que en la realidad se traduce como la supresión de esas diferencias sexuales que identifican a cada persona y que influyen en su desarrollo personal y social, situación que pasa desapercibida para el derecho.

Por ello, sí las reglas básicas de justicia no son equitativas para mujeres y hombres, tampoco puede garantizarse que las instituciones sociales lo sean, pues estas atienden a la realidad que esas reglas regulan.

En segundo lugar, esta supresión de la identidad femenina conlleva a tener que aceptar como propios, no solo los conceptos con los que somos definidas por las instituciones sociales, sino también la forma en que estas perciben la realidad, lo que ya se dijo, hacen desde la perspectiva masculina.

Esto significa que situaciones de hecho que afectan de forma diferente a las mujeres y a los hombres, son reguladas por un derecho que ha sido construido en términos masculinos, excluyéndolas de ese proceso constructivo bajo argumentos de neutralidad e imparcialidad, que ya se dijo anteriormente, sólo legitiman la desigualdad con que se ha organizado la sociedad en perjuicio de las mujeres, imponiéndoles parámetros de igualdad que no les corresponden, a efecto de reconocerlas como iguales que los hombres y no como personas diferentes.

Resulta imperioso entonces que el derecho como institución básica de la sociedad empiece por replantear el principio de igualdad sobre el que se sustenta toda la organización social, a efecto de garantizar la justicia para todos sus integrantes, ya que mientras continúe concibiéndola como la supresión de las diferencias, no será posible establecer reglas que garanticen a todas las personas una sociedad justa.

Para ello, es necesario que esas instituciones básicas, acepten primero que las diferencias sexuales determinan a cada una de las personas que conforman la sociedad, lo que las hace diferentes y no desiguales, y que esas diferencias de

ninguna forma pueden ser causa suficiente para omitir su realidad e incluirlas en definiciones distintas de las que realmente les corresponden.

Además, que ignorar esas diferencias no significa que estas desaparecen de la realidad social, por el contrario, influyen en la forma que cada una de esas personas percibe e interpreta su entorno, por lo que deben ser reconocidas como elemento esencial de la identidad y condición personal.

Es decir, la igualdad entre mujeres y hombres, se garantizará a partir del reconocimiento que hagan esas instituciones de su calidad de personas diferentes, atendiendo a sus características sexuales como elemento esencial, y con base en ese reconocimiento establecer las reglas que aseguren a todos los integrantes de la sociedad, acceder en igualdad de condiciones a la protección de los derechos fundamentales que la misma les otorga.

Sí es posible garantizar, desde las instituciones básicas, la igualdad entre hombres y mujeres, a partir de la aceptación de las diferencias sexuales, se estará en posibilidad de crear, reglas que generen ventajas para quienes son diferentes, a efecto de colocarlas en el mismo nivel de acceso de quienes son considerados como iguales, entonces, todas estarán en iguales condiciones de acceder a la protección de derecho.

La importancia de reconocer estas diferencias, está en que a través de ellas se establecerán reglas que permitirán llevar y colocar a todas las personas en el mismo punto de partida para acceder a esos derechos, y no que tengan que hacerlo desde niveles diferentes, lo cual ocurre con las mujeres, pues para poder acceder a la protección del derecho, primero tienen que equipararse a los hombres y con ello suprimir su identidad, a efecto de colocarse en el mismo nivel que los hombres, lo que genera la supresión de su identidad y que continúen siendo ignoradas, no de la aplicación de la ley, sino de la construcción del derecho que rige sus vidas.

Cuando esto suceda, estaremos en presencia de instituciones sociales justas, pues garantizarán la justicia social a través de reglas de igualdad que, reconocen a las personas diferentes como iguales ante la ley, y no por equiparación, como ocurre en nuestro sistema normativo.

CONCLUSIONES.

Primera.- La igualdad es el principio fundamental por el cual se rigen todas las sociedades, pues a través de él se concreta el bien común, considerado como el fin que persigue toda sociedad, por lo que corresponde a éste, establecer las reglas de organización social, mediante las cuales, las instituciones sociales distribuirán la justicia entre los miembros de esa sociedad.

Segunda.- Las personas son diferenciadas por sus características sexuales en mujeres y hombres, las cuales influyen, no sólo en la definición de su identidad personal, sino también en la percepción que cada uno de los sexos tienen en la realidad social, por lo que las instituciones sociales no deben continuar ignorando estas diferencias.

Tercera.- En razón del punto anterior, la homologación de los sexos en uno sólo, el masculino, genera situaciones de desigualdad, pues suprime el reconocimiento de las mujeres como personas con identidad propia y las comprende dentro de la definición masculina, atribuyéndoles una identidad ajena y desconociendo su realidad.

Cuarta.- La igualdad entre las mujeres y los hombres únicamente podrá ser garantizada cuando las instituciones sociales reconozcan y acepten que las diferencias sexuales los determinan como personas con identidad propia y se les reconozca a las mujeres en función de su identidad, como sujetos de derecho y no por asimilación de los hombres.

Quinta.- Si bien es cierto, actualmente las mujeres gozan de los mismos derechos y el mismo trato que la ley confiere a los hombres, esto no significa que nos encontremos en una situación de verdadera igualdad entre los sexos,

pues esa igualdad nos ha sido reconocida en función de la homologación y supresión de la identidad femenina en la masculina, considerando a las mujeres como hombres para poder acceder a la ley, y no como personas individuales con las mismas prerrogativas por derecho propio.

Es por esta razón, que la igualdad únicamente puede garantizarse si se reconocen las diferencias entre los sexos, y a partir de ese reconocimiento se establecen reglas de igualdad.

Sexta.- Del análisis al principio de igualdad que sustenta al derecho mexicano, se pudo determinar que el mismo no garantiza una verdadera igualdad entre hombres y mujeres, ya que es concebido en razón de dos valores distintos del que realmente posee.

Estos son la homologación de los sexos y el principio de no discriminación, lo que resulta en perjuicio de las mujeres, pues con ello son excluidas del texto jurídico y por ende, ignoradas al momento de construir el derecho.

Séptima.- En este mismo sentido podemos decir que las leyes derivadas de nuestra Constitución, son injustas para las mujeres pues al encontrarse respaldadas en ese principio desigual, construyen sus normas bajo supuestos de supresión y desconocimiento de una parte de la realidad social, la que es percibida por las mujeres, considerando únicamente la que ha imperado en las instituciones sociales por mucho tiempo, la de los hombres, siendo ésta la que se plasma en el texto jurídico.

Octava.- Los delitos sexuales constituyen un claro ejemplo de la desigualdad en que se han basado las instituciones jurídicas al momento de construir el derecho, pues lo hace desde la perspectiva masculina, ignorando la percepción que las mujeres tenemos de esas conductas, lo que se demuestra con los

conceptos característicamente masculinos con los que fueron definidos y tipificados esas conductas.

Novena- En la tipificación de los delitos sexuales no es suficiente la tutela de la libertad sexual de las personas, como bien básico a proteger, sino también los bienes comprendidos en la inviolabilidad del cuerpo y la identidad personal, pues en la mayoría de los casos de agresión sexual, estos son principalmente los vulnerados, situación que es desconocida desde la perspectiva masculina.

Décima.- Es importante señalar que no obstante, la representación de las mujeres en la impartición de justicia es cada vez mayor, esto no garantiza la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, pues la forma en que se interpreta y se aplica el derecho sigue siendo respecto de aquellas normas construidas bajo la perspectiva masculina, por lo que aún y cuando sean abogadas quienes defienden y juezas quienes resuelven, lo hacen aplicando los criterios normativos señalados desde la visión masculina.

Décimo primera.- El derecho es la institución básica a través de la cual se transforman las sociedades, por lo que es imperativo el reconocimiento de las diferencias sexuales como base de la igualdad entre los sexos, pues en tanto, las mujeres continúen siendo definidas por las instituciones como sujetos equiparados a los hombres, seguirán siendo ignoradas y excluidas como mujeres con identidad propia.

Décimo segunda.- Solo podremos hablar de una auténtica igualdad entre los sexos, cuando se reconozca a las mujeres como sujetos de derecho atendiendo a su identidad femenina, y no por homologación a la masculina, como actualmente ocurre en el derecho mexicano.

Décimo tercera.- Es importante señalar que si bien, el reconocimiento de las diferencias sexuales entre mujeres y hombres generará ventajas para las primeras, estas ventajas se materializarán en una construcción del derecho más equitativa y justa, esto no será sólo para las mujeres, sino que de igual forma esas ventajas crearán beneficios para toda la sociedad, pues los supuestos normativos que nos rigen estarán contruidos sobre una interpretación completa de la realidad.

Es decir, un derecho justo será aquel que se encuentre construido bajo las dos perspectivas, la femenina y masculina, lo cual significará una comprensión plena y verdadera de la realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

1. BEAUVOIR DE, Simone. El Segundo Sexo. 1a. Edición, Ed. Patria, México, 1989.
2. BURGOA Orihuela Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y Amparo. 4a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
3. DICCIONARIO JURÍDICO. Tomo III, 3a. Edición. Edición Contabilidad Moderna, Buenos Aires, Argentina
4. FINNIS, John, Natural Law and Natural Rights. Ed. Clarendon Press, Oxford University, Great Britain, 1980.
5. ORREGO Cristóbal, Ley Natural y Derechos Naturales, de John Finnis, Estudio Preliminar., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, Edición 2000.
6. RAWLS, John. A theory of Justice. 5th. Edition, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Ma, USA, 1972.
7. RECASENS SICHES, Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, 10^a Edición, Ed. Porrúa, México., 1997
8. ROSSSEAU, Jacobo, El Contrato Social, Ed. Porrúa, 15^a Edición, Ed. Porrúa, México, 1998.
9. SUAREZ, LLANOS, Ma. Leonor, Teoría Feminista, Política y Derecho.
10. WALZER, Michael. Las esferas de Justicia, una defensa del pluralismo y la igualdad. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

HEMEROGRAFÍA

1. AMOROS, Celia. Hacia una crítica de la Razón Patriarcal. Ed. PUEG-UNAM, México, 1994.
2. CARRINGTON, Kerry and Paul Watson. Policing Sexual Violence: Feminism, Criminal Justice and Governmentality Ed. International Journal Sociology of Law. Vol. 24, London, England, November, 1996.
3. GILLIGAN, Carol, In a Different Voice, Psychological Theory and Women's Development. Ed. Harvard University Press, Cambridge, Mass, USA, 1982.
4. DHAL, Tove Stang, Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence. Translated by Ronald L. Craig. Ed. Atkings & Hogget, University Press, Norwegian, 1987

5. DHAL, Tove Stang, Discrimination and equality, Womenn´s Law. Ed. Atkings & Hogget, University Press, Norwegian, 1987
6. HARRIS, P. Angela, Race and Essentialism in the Feminism Legal Theory, Ed. Harvard Law Review, Vol. 112, Num. 5, Cambridge, Ma, USA, March 1999.
7. HIGGINS, Tracy E. Democracy and Feminism” Harvard Law Review, Vol. 110, Num. 8, Cambridge, Ma, USA, June, 1997.
8. MACKINNON, Catherine. Feminism, Marxism, Method, and The State: Toward Feminist jurisprudence, Ed. Wets Preview Press, Harvard, Cambridge, Ma, USA, 1991.
9. MACKINNON, Catherine. On feminist Legal Theory and the Works of Catherine Mackinnon”, Feminist Legal Theory. Readings Edited by Katherine T. Bartlett and Rosanne Kennedy. Ed. Westview Press, Boulder, Co., USA, 1991.
10. MASSINI CORREAS, Carlos. Justicia y Derecho en la Ley Natural y Derechos Naturales de John Finnis. Revista Sapientia, Pontificia Universidad Católica de Santa María de los Buenos Aires, Volumen LV, Fascículo 207, Buenos Aires, Argentina.
11. NAFFINE Ngaire, Public and Private Feminism Legal Debates. Ed. Oxford University Press, 1995, Oxford, Aukland, Ny.
12. NUSSBAUM, Martha. Sex & Social Justice. Ed. Oxford University Press, 1999, Cambridge, Ma, USA.
13. THORNTON, Margareth. Public and Private Feminist Legal Debates. Ed Oxford Press, Melbourne, Australia, XVIII, 1995.
14. WEST, Robin, Jurisprudence and Gender. Feminist Legal Theory. Readings Edited by Katherine T. Bartlett and Rosanne Kennedy. Westview Press, Boulder, Co., USA, 1991.
15. YOUNG, Iris M. Justice and The Politics of Difference. Ed. Princeton University Press, Princeton, USA, 1990.

LEYES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 3a. Edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2001.
2. Código Penal Federal. Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931. Última Reforma publicada el 26 de mayo de 2004.

JURISPRUDENCIA

1. PRIMERA SALA. Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.
2. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 48/95. Jaime Castillo Vázquez. 16 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.
3. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.
4. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 3/92. Eustorgio Fernández Espinoza. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.
5. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 421/98. Alfredo Huerta Cortés. 4 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.
6. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 2366/2000. 16 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Suprema de Justicia de la Nación.

OTRAS FUENTES

1. “Introducción a la filosofía.” Ediciones SM, Madrid España. Págs. 200-202. http://esepulveda.tripod.cl/desarrollo_moral.htm