

Frónesis: Vol. 3, No. 1, 1995: 11-29  
ISSN 1315-6268

# La Ética del Derecho o el Derecho de la Mujer

*Elida Aponte*

*Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J.M. Delgado Ocando".  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.  
Universidad del Zulia - Maracaibo-Venezuela.*

## Resumen

Frente a las filosofías morales universalistas, varias teorías feministas desde distintos campos de los estudios sociales han puesto de manifiesto que dichas filosofías, legalistas en su mayoría, centran la moral en la idea de justicia. La pretendida universalidad no es más que un androcentrismo mal encubierto, y en su lugar las teorías fundadas en la ética del cuidado hacen ver que las mujeres tendemos a desarrollar una filosofía moral y una idea de justicia distinta a la elaborada por los hombres. Se propone, incluso, un derecho de la mujer que desconstruya y reelabore al derecho desde una perspectiva no discriminatoria.

Palabras clave: Derecho, Moral, Justicia, Ética del Cuidado, Mujeres.

## The Ethics of Law or the Right of Women

### Abstract

In the presence of the universalistic moral philosophies various feminist theories from different fields of the social studies have stated that said philosophies, the majority of which are legalistic, center ethics in the idea of justice. The pretended universality is nothing but a mishidden androcentrism and instead, the theories based on the ethics of care show that women have a tendency to develop a moral philosophy and an idea of justice different from that elaborated by men. Yet, a right of women which deconstruct and reelaborate law from a non-discriminatory perspective is proposed. (Translated by Hortensia Adrianza de Casas).

Key words: Law, Moral, Justice, Ethics of Care, Women.

### Introducción

Imaginarnos al ser humano aislado, sin ningún tipo de interacción con sus semejantes y suponer al mismo tiempo que su comportamiento tenga alguna consecuencia positiva o negativa más que para sí mismo, es definitivamente, una abstracción que ningún interés tiene para el derecho. Al derecho le interesan las conductas intersubjetivas, el ser humano en su trato con los demás. Esas conductas son el objeto de regulación y trato del derecho que es al mismo tiempo el orden garante de la paz, del bien común y de la seguridad social.

Démonos cuenta que con lo dicho, hemos aportado dos notas esenciales para definir y entender lo que es el fenómeno jurídico: a) que es orden regulador o normativo (pero no sólo eso como veremos más adelante), y b) que versa sobre conductas, actos, comportamientos entre sujetos. Pero aparte del derecho, los seres huma-

nos nos encontramos sometidos a otros órdenes normativos o reguladores como serían: la ética o moral, la religión y los usos o convencionalismos sociales. En tanto una norma jurídica se expresa diciendo que durante el matrimonio, la patria potestad sobre los hijos comunes corresponde, de derecho, al padre y a la madre (Artículo 261 del código civil venezolano); o que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre y que ésta se ejercerá siempre en beneficio de aquellos (Artículos 154 del código civil español), una norma moral exhortará a socorrer al enfermo o menesteroso. En tanto que una norma religiosa postulará el perdón para el enemigo, el uso de convencionalismos recomendará, por ejemplo, una determinada forma de saludo o modo de acercamiento. Son órdenes normativos diferentes, dirigidos al ser humano como sujeto; aspirando todos, frente a. tal sujeto, ser acatados u obedecidos.

En el campo jurídico este conjunto de normas (reglas) son "proposiciones dirigidas de algún modo al comportamiento humano. Su alcance, su naturaleza y su origen poseen una cierta heterogeneidad" (Diez-Picazo, 1993:22). Pero esas reglas, a diferencia de las otras como las que constituyen la ética, la religión o los usos sociales, dimanar del Estado (organización política del grupo social), que al mismo tiempo garantiza su acatamiento a través de los órganos del poder creados para ello; haciendo uso si fuere necesario de la fuerza pública. El derecho como conjunto normativo se le impone al sujeto-destinatario desde afuera y éste (se supone) se somete a él por considerarlo necesario a la paz, el orden y la seguridad social. Es por ello que algunos autores y autoras de la dogmática jurídica indican como características diferenciales del derecho frente a otros órdenes normativos su heteronomía y coercibilidad. Si el sujeto desacata el cumplimiento de la norma (sujeto rebelde), será sancionado por los órganos del poder correspondientes o instituidos para ello. Por el contrario, se afirma, la ética es autónoma. Lo cual se traduce en que las normas morales deben contar con la aprobación del sujeto destinatario, requieren del acatamiento

to interior de ese sujeto, al igual que las normas religiosas. El incumplimiento de la norma ética no acarrea al sujeto una sanción represora del Estado. En todo caso, el sujeto se verá invadido por un sentimiento de inconformidad consigo mismo, un sentimiento de culpa. Las normas religiosas por su parte, pretenden regular la relación sujeto-destinatario con una entidad superior, con su Dios. Son casi siempre normas prometedoras de un más allá o premio a posteriori. El incumplimiento de la norma religiosa también puede acarrear en el sujeto un sentimiento de culpa (experiencia de pecado) que es purgado en el arrepentimiento o acto de contrición. Por su parte, las normas sociales, las cuales se nutren básicamente de la tradición y la costumbre en un grupo social, aspiran igualmente al acatamiento u obediencia, pero su sanción en caso de incumplimiento se basa en el reproche social. No hay un aparato coercitivo que asegure el restablecimiento del orden infringido o trasgredido, tal y como acontece en el ámbito jurídico.

Los textos tradicionales del derecho hacían hincapié hasta mediados del siglo XX en las diferencias entre los distintos órdenes anotados, pero la moderna dogmática jurídica no apostaría a mantener las diferencias entre derecho y ética, por ejemplo. Incluso se llega a afirmar que el derecho tiene una dimensión ética que le sirve de substrato o fundamento último de justificación, como veremos seguidamente.

### 1. La ética como supuesto del derecho tal y como la conocemos.

Frente a las distintas teorías que se han elaborado para explicar la relación entre moral y derecho y que pudiéramos resumir en tres grupos: a) unas que establecen que el derecho es parte de la moral aun cuando no toda la moral, b) otras que sostienen que entre el derecho y la moral existe una separación evidente (Kant, Thomasio), y c) otro grupo que sostiene que moral y derecho vuelven a confundirse; es innegable que existe una dimensión donde las normas morales y jurídicas coinciden, y coinciden porque -afir-

man los/las más de manera optimista- ambas persiguen la realización de unos mismos valores. Incluso, argumentan, hay nociones jurídicas demostrativas de que el derecho tiene expreso interés en que tales valores morales se realicen y satisfagan. La noción de *bona fide* o buena fe que debe privar en los contratantes (Artículo 1160 del Código Civil Venezolano) y que recogen los códigos civiles occidentales; la defensa de valores como la libertad, la justicia y la igualdad que recogen la mayoría de las constituciones democráticas, la noción de buenas costumbres y el buen orden de las familias, la idea de respeto a la moral y al orden público establecido (Artículo 1255 del Código Civil Español) son ilustrativas de lo dicho. Ahora bien, se ha pretendido explicar cómo interioriza el sujeto las normas morales elaboradas por una determinada sociedad y se han producido varias teorías.

### 2. Teorías explicativas de la interiorización de las normas morales, Crítica y posturas feministas.

Desde la psicología se han elaborado varias teorías que pretenden explicar el proceso de interiorización por parte del sujeto o sujetos/as, de las normas morales. Esas mismas teorías han sido recogidas por otras ciencias sociales, como la sociología o el derecho en sus explicaciones del fenómeno ético y su incidencia en las áreas de conocimiento de que tratan.

Cada sociedad elabora su propia moral. Las normas morales funcionan en el individuo a dos niveles, según lo propone Juan Debral. A un nivel de la conciencia y el conocimiento moral por un lado, y la conducta moral por otro. La moral es acatada cuando ambos planos se corresponden, pero no siempre es así.

"Las reglas morales entran a formar parte del comportamiento del niño por medio de directrices educativas: normas de convivencia vigentes en el contexto cultural donde vive el sujeto, y se implantan en éste sin su participación o parecer" (Debral, 1992:438)

Pero como el sujeto tiene que servirse de dichas reglas y ha-

cerlas manifiestas, es menester concientizarlas. Ese proceso es el que ha sido estudiado por varios autores y autoras.

Jean Piaget en el año 1932 realizó la investigación: "El juicio moral en el niño", la cual ha sido de gran influencia en los planteamientos sobre la génesis de la moral y cuyo aporte fundamental es que se centra en el estudio del razonamiento moral, o sea, de los criterios con que los sujetos juzgan las conductas morales y cómo razonan acerca de ellas. Dice Piaget que en el proceso de evolución del niño a adulto hay una variación en el sentido de que para los niños pequeños el valor de las normas radica en las personas que las dictan. El cumplimiento normativo dimana de lo que determine la autoridad (adultos) y en ese sentido puede decirse que la moral es heterónoma, pero poco a poco dicha moral se va haciendo autónoma cuando el niño está en capacidad de juzgar las normas morales en función de su bondad o maldad.

"Resumiendo, diremos que Piaget encuentra que hasta los siete u ocho años el niño subordina la justicia a la autoridad adulta; entre los ocho y los once va adquiriendo un igualitarismo progresivo, y generalmente a partir de los once o doce años las ideas igualitarias se van convirtiendo en apoyos a la noción de equidad o de justicia racional". (Ibídem, 1992:446)

Lawrence Kohlberg realizó investigaciones más detalladas sobre el razonamiento moral, utilizando para ellas una serie de dilemas a tenor de los cuales el sujeto tiene que elegir entre dos conductas la que considere adecuada o no (correcta o incorrecta) y analizó fundamentalmente no las respuestas positivas o negativas sino las razones con las cuales el individuo justifica su respuesta.

Desarrolla Kohlberg tres niveles. El nivel preconvencional según el cual la moralidad está gobernada por reglas externas: lo que puede suponer un castigo es malo. El nivel convencional: la base de la moralidad es la conformidad con las normas sociales y mantener el orden social es algo importante; y un nivel postconvencional: donde la moralidad se determina mediante principios y

valores universales que permiten examinar críticamente la moral de la sociedad de la cual se trate. Cada uno de esos niveles cuenta a su vez con dos estadios. A nosotros nos interesan en la presente reflexión y de manera prioritaria los estadios cuarto y quinto, ubicados en los niveles convencional y postconvencional, respectivamente, ya que en tales estadios el sujeto relaciona la moral con el derecho. Así en el nivel cuarto, la moralidad sobrepasa los lazos personales y se relaciona con las leyes que no deben desobedecerse para mantener el orden social (Ibídem, 1992:448). Y en el nivel quinto la orientación es básicamente legalista.

"La acción correcta tiende a definirse en términos de derechos generales, sobre los que esta de acuerdo la sociedad en su conjunto. Hay un énfasis en el punto de vista legal, pero las leyes no son eternas, sino instrumentos flexibles para profundizar en los valores morales, que pueden y deben cambiarse para mejorarlas. El contrato social supone la participación voluntaria en un sistema social aceptado, porque es mejor para uno mismo y los demás que su carencia". (Ibídem, 1992:448).

Dos debilidades queremos anotar desde ya a ambas teorías. Primera, que en las investigaciones respectivas no se ensayaron respuestas con niñas; y segunda, que el siempre socorrido e invocado contrato social (Rousseau) es una elaboración ahistórica en la cual las mujeres no intervenimos, de lo que se deriva una configuración androcéntrica innegable. Ambas teorías (Piaget y Kohlberg) centran la moral en la idea de justicia (idea que también responde al interés masculino) y tienden a la universalización de los principios que la constituyen. Esa tendencia universalizadora (que en el mundo anglosajón ha adoptado una forma hegemónica) heredada de Kant, pervive en la mayoría de los estudios éticos.

Como respuesta a las filosofías morales universalistas o pretendidamente universales, el largo debate que se venía desarrollando entre feminismo y teoría moral dio a luz con Carol Gilligan, (1982) un libro bajo el título de **In A Different Voice**, el cual se-

gún Seyla Benhabib, marcó la mayoría de edad de los estudios de la mujer en el terreno de la "ciencia moral", en el sentido Kuhniano de la expresión.

En *In A Different Voice*, Carol Gilligan retomó la experiencia expuesta por varias historiadoras en relación a la visión diferente (contraria a la normalidad aceptada) que toman los problemas, en el momento en que asumimos que las mujeres formamos parte de la humanidad. Cuando las mujeres somos al mismo tiempo objeto de investigación y sujetos de investigación o cuando desarrollamos esa investigación, es decir, sujetos cognoscentes, se alteran los paradigmas establecidos.

"Las mujeres descubren diferencias allí donde antes habían dominado las similitudes perciben disonancias y contradicción donde reinaba la uniformidad, se dan cuenta del doble sentido de las palabras allí donde se habían dado supuestos los sentidos de los términos, y dejan clara la persistencia de la injusticia, la desigualdad y la regresión en el seno de procesos que antes se consideraban justos, igualitarios y progresistas". (Benhabib, 1992:38)

A la ética universalizadora con fundamento en la justicia de Kohlberg y todos los neokantianos, Carol Gilligan opuso la ética con fundamento en el cuidado. El modelo jurídico utilizado por Kohlberg para plantear sus dilemas, dejaba fuera de las relaciones humanas el asunto o tema de la identidad. Las mujeres -según Gilligan-, ante el modelo de desarrollo del juicio moral presentado por Kohlberg, mostraban un sentido de confusión evidente en dilemas morales como el aborto, derechos formales, etc. El modelo Kohlbergiano que reclamaba para sí la universalidad, no lograba superar las dificultades que exhibía al tener que dar cuenta de los juicios y del sentido del propio yo que tienen las mujeres. Y ello debe ser así porque como anota Teresa del Valle en su artículo "El momento actual en la antropología de la mujer: modelos y paradigmas. El sexo se hereda, se cambia y el género se construye",

tradicionalmente y siguiendo el sistema binario propugnado por Levi-Strauss, la identidad de la mujer se elabora en base a la identidad del hombre. Esto nos lleva a mantener el estereotipo de las categorías hombre-mujer como categorías cerradas, aun cuando se entendiera que la primera abarca a toda la variedad de hombres y la segunda a toda la de mujeres, cosa que con frecuencia no se expresa así:

"En la mayor parte de los enfoques se presenta una visión dominante de lo que es la categoría hombre en contraposición a la de la mujer que nos lleva a simplificar en muchos casos, y a mantener una idea de la unicidad de las mujeres, más que de la variabilidad que tal categoría encierra". (Del Valle, 1989:35).

Y como hemos dicho, las filosofías morales desde Aristóteles hasta nuestro tiempo, pasando por Kant y los postkantianos, han supuesto la identidad de las mujeres sobre la base de la identidad de los hombres. En el modelo de Kohlberg, las mujeres sólo aspiraríamos a agotar el nivel convencional, y en éste, sólo el estadio cuarto o de orientación hacia el mantenimiento del orden social. Lo novedoso del trabajo de Carol Gilligan es que nos va a aportar un razonamiento ético basado en el cuidado (orientación ética hacia el cuidado) y no en la justicia. Los ámbitos de parentesco, amor, amistad y sexo, tenidos regularmente como cuestiones de la esfera personal (en detrimento de los derechos de la mujer), así como el matrimonio y el divorcio pasan a revelarse como cuestiones morales. A las mujeres nos preocupan esos temas más que aquellos que nacen del tema de la justicia. La fenomenología de nuestra experiencia moral demuestra que los tales temas concernientes al cuidado, pertenecen al núcleo de la moral; y no están exentos de poder ser tratados desde un punto de vista universalista.

Seyla Benhabib interviene en la controversia Kohlberg-Gilligan desde la teoría feminista y se formula la siguiente pregunta: ¿puede aportar algo el feminismo a la filosofía moral?, es decir, aquellos hombres y mujeres que consideran que el sistema de gé-

nero-sexo de nuestras sociedades es opresivo, y que consideran que la emancipación de la mujer es algo esencial para la liberación humana ¿pueden criticar, analizar y encuentran necesario sustituir las categorías tradicionales de la filosofía moral para colaborar en la emancipación de las mujeres y en la liberación humana? ¿Qué aporta el feminismo a la filosofía moral? (Benhabib, *Op. cit.*: 49). En ese sentido, Seyla Benhabib, tratando de dar una solución que armonice la ética de la justicia (Kohlberg) y la ética del cuidado (Gilligan), propone el siguiente ejemplo:

"Imaginemos que en una familia de tres hermanos uno de ellos tiene graves compromisos financieros y es incapaz de atender a sus compromisos. El punto de vista del cuidado que tanto Gilligan, Lawrence Blum, como yo misma reconocemos, nos diría que hay aquí *prima facie* una exigencia moral, a saber, la que interroga si los otros dos miembros de la familia que tenemos más suerte tenemos la obligación moral de ayudar a ese hermano. Esa obligación moral nace de la naturaleza especial de las relaciones que tenemos con esa persona concreta. Tal obligación pudiera entenderse como una obligación de justicia, pero no es necesario que así sea. Si nosotros, los hermanos mayores, hubiéramos llegado en la vida hasta donde lo hicimos apropiándonos de la herencia familiar y dejando al pequeño desheredado, la situación moral que hemos descrito sería también una situación de justicia y referiría a lo que se le debe moralmente al hermano menor. Pero si nuestra posición en la vida no obedece sino a un arduo trabajo y a nuestra buena estrella, las obligaciones que tenemos con respecto a nuestro hermano no emanaría de consideraciones de justicia" (*Ibidem*, 1992:45-46).

Kantianamente, esta obligación aludida en el ejemplo anterior podría comprenderse como de "benevolencia" o de altruismo. Pero a ello responde la misma Benhabib argumentando que los temas referentes al cuidado, las obligaciones y relaciones que de dichos temas se derivan son genuinamente morales. ¿Cómo resuelve la situación Seyla Benhabib en el ejemplo aportado? pues, que los

hermanos con fortuna y el hermano menor debería estar dispuestos a participar en un **procedimiento discursivo**, ello es, en una discusión que verse sobre las necesidades del hermano menor y las responsabilidades y expectativas de los primeros. El respeto por el valor y las necesidades del hermano pequeño, como un otro generalizado y como un otro concreto, exigiría tal discusión. En otras palabras, lo que está defendiendo Benhabib y el punto donde hace coincidir tanto la ética de la justicia como la ética del cuidado es en la ética del discurso.

"La ética del discurso es una teoría moral ontológica y universalista en la cual las concepciones de lo justo constriñen lo bueno". (*Ibidem*, 1992:47).

Las consideraciones que atienden al cuidado deben conformarse desde una perspectiva imparcial según Benhabib, y agrega:

"Si bien es cierto que a la luz de mi posición me siento metateóricamente comprometida con la idea de que la validez de las normas morales generales viene dada por el solo procedimiento discursivo sin aditamento alguno de principios de utilidad o de bienestar humano, también lo es que como filosofía inserta en el programa discursivo y como feminista me son tan cercanas las necesidades y el bienestar de la otra concreta como la dignidad y el valor de la otra generalizada". (*Ibidem*, 1992:49).

Seyla Benhabib alega también que la definición de dominio moral, así como el ideal de autonomía moral, no sólo en la teoría de Kohlberg sino en las teorías universalistas del contrato de Hobbes a Rawls, nos llevan a una privatización de la experiencia de las mujeres y a la exclusión de que esto sea considerado desde un punto de vista moral.

Las teorías morales universalistas de la tradición occidental desde Hobbes a Rawls son sustitucionalistas en el sentido de que el universalismo que defienden es definido subrepticamente al identificar las experiencias de un grupo específico de sujetos como el caso paradigmático de los humanos como tales. Estos sujetos in-

variabilmente son adultos blancos y varones, propietarios o al menos profesionales (Benhabib, 1990:127).

Creo que es importante aclarar qué entiende Seyla Benhabib como "otro/a generalizado/a" y el "otro/a concreto/a". El otro generalizado nos exige considerar a todos y cada uno de los individuos como seres racionales, con los mismos derechos y deberes que desearíamos concedernos a nosotros mismos. Al asumir este punto de vista hacemos abstracción de la individualidad y la identidad concreta del otro/a. Nuestra relación con el otro es regida por las normas de igualdad formal y reciprocidad, y las normas de nuestras interacciones fundamentalmente son públicas e institucionales. Al tratarte de acuerdo con esas normas, confirmo en tu persona los derechos de la humanidad y tengo la legítima pretensión de esperar que harás lo mismo conmigo. Y las categorías morales que se corresponden con tales interacciones son el **derecho, la obligación y los derechos consuetudinarios**, y los sentimientos morales que les corresponden son: respeto, deber, mérito y dignidad. El otro/a concreto/a, nos exige considerar a todos y cada uno de los seres racionales como un individuo con una historia, una identidad y una constitución afectivo-emocional concretas. Las normas de nuestra interacción suelen ser privadas, no institucionales. Son normas de amistad, amor y cuidado. Las categorías morales que acompañan a tales interacciones son responsabilidad, vinculación y colaboración. Los sentimientos morales que les corresponden son amor, cuidado y solidaridad.- El otro/a se centra entonces en considerar al individuo en su particularidad (*Ibidem*, 1990:136).

### 3. Experiencia de la moral en el grupo social y comportamiento del derecho vigente ante la misma.

¿Cómo vive o experimenta el grupo social la moral que se ha dado y que como hemos dicho, ha sido elaborada sobre una entidad masculina supuesta como universal por una parte, y por la

otra, dejando de lado al otro/a concreto/a? ¿Cómo se comporta el derecho antes esa moral? He afirmado que **no hay una moral universal**. Los grupos sociales elaboran su moral desde sus mitos, tradiciones, costumbres, creencias religiosas, prejuicios, temores e "intereses", y el proceso de interiorización que hemos descrito utilizando las teorías de Piaget y Kohlberg, asegura que los miembros del conglomerado se someterán a sus normas; y también dejé dicho que el derecho es normas, pero no sólo normas. Es además un conjunto de experiencias que regularmente son experiencias existenciales de decisión o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses. Por ello, la expresión usualmente utilizada "este es derecho" significa en rigor, que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la que se considera la más correcta o la más aceptable (Diez-Picazo, *Op. cit*:8). Ambas teorías se complementan y el derecho abarca así los dos ámbitos: a) el normativista, y b) el de la solución de conflictos de intereses, convirtiéndose además en un fenómeno que se nutre incluso de las opiniones de los doctrinarios y jurisconsultos/as sobre los temas que le constituyen como ciencia. A la palabra del legislador en la ley, a la palabra de la jueza/juez en las sentencias, se une también la palabra de los dogmáticos/as del derecho, así como la de los filósofos/as. Pero en todas esas palabras o discursos subyace la adopción de criterios o valoraciones que responden a la moral dominante (moral construida desde la identidad masculina), en ese grupo social.

El derecho es parte de la cultura, y es innegable que si tal cultura privilegia en razón de la elaboración de jerarquías hombres-mujeres a los primeros (y entre éstos a los blancos, burgueses y heterosexuales) con fundamento en el género (construcción social de roles sexuales), ese derecho, en consecuencia, servirá a los intereses, a la moral, del grupo humano en cuestión, o grupo dirigente. ¿Cómo contribuyen la ley, la administración de justicia, las opiniones de los jurisconsultos/as a mantener la posición del grupo dirigente?

El derecho es una parte importante de la hegemonía cultural que los hombres poseen en nuestro tipo de sociedad, nos dice Tove Stang, y una hegemonía cultural significa que el modo especial del grupo dirigente de ver la realidad social, sea aceptada como normal y como una parte del orden natural de las cosas, aun por aquellos que están subordinados de hecho a ella. En esta forma, la ley (normas jurídicas) contribuye a mantener la posición del grupo dirigente (Stang, 1988:23-245). Como institución, el derecho contribuye en gran medida a al mantenimiento de la tradicional hegemonía masculina en la sociedad. Al mismo tiempo, el derecho es un terreno fértil para el cultivo de reglas que pueden proporcionar las bases para un amplio cambio, incluidas las relaciones entre los sexos. Pero la realidad demuestra que las leyes por sí solas no garantizan un derecho "justo" para las mujeres, si no va aparejado a ellas el criterio no discriminado de los jueces y una concepción del Estado no masculina (Ibídem, 1988:24). O dicho de otra manera y como tantas veces hemos sostenido: la igualdad de derecho (igualdad formal) no garantiza la igualdad de facto o de hecho. Si nos vamos a la actividad jurisdiccional, a la actividad decisoria a tenor de la cual los jueces ponen fin a la(s) controversia(s) suscitada(s), con la sentencia(s), nos damos cuenta que la sentencia es ante todo un acto de juez, y por consiguiente, un acto del Estado. Supone, como dice el profesor Valentín Cortes "una declaración de voluntad del Estado, en la que se afirma existente o inexistente el efecto jurídico pedido en la demanda" (García y Sanz, 1993:61). Pero la sentencia no es sólo una declaración de voluntad sino que previamente ha constituido un acto de pensamiento, un razonamiento silogístico. En esa operación lógica de subsumir los hechos en el derecho, el juez al aplicar las normas jurídicas aplica también juicios de valor (fundamentación axiológica) y un cierto sentido finalista y utilitario pueden entremezclarse confusamente, e incluso en muchos casos, peligrosamente, para las mujeres.

"La sentencia del tribunal superior español del 20 de octubre de 1970 puede iluminar dicho planteamiento. Se debatía la

configuración legal del escándalo público y la inclusión en él de los actos de exhibicionismo. La sentencia, tras admitir que el concepto de buenas costumbres (concepto ético), que en el tipo legal se utilizaba está sujeto a mudanzas según la concepción social imperante en materia de moral sexual, señala que hay una norma de cultura que subyace bajo la norma jurídica y que, ante el alarmante crecimiento de exhibicionismo, procede atajarlo con el ancestral y sano prejuicio de la pena pública en razón a que los hechos en cuestión hieren uno de los más caros sentimientos comunitarios".

"Efectivamente aquí se encuentra una norma jurídica que definía el delito de escándalo público y lo castigaba con una pena tras un proceso. Pero dentro de todo ello, y mezclándose con ello, se encuentra un conjunto de juicios de valor: la concepción social imperante en materia de moral sexual, las buenas costumbres, las normas de cultura, los caros sentimientos comunitarios. Detrás de todo ello está el finalismo: el intento de obtener un resultado social, que aquí es atajar un hecho cuyo crecimiento se considera alarmante". (Diez-Picazo, Op. cit:22).

¿Quién podría negar que el fundamento o criterio de valoración que sirvió de base a la aprobación del artículo 425 del Código Penal español y que tipifica el delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad, respondía a la deficiente protección de **los miembros más débiles del grupo familiar**; como claramente expresa la exposición de motivos de la ley orgánica del 21 de junio de 1989? ¿Cómo quedan las mujeres respecto de esa suposición de debilidad ínsira en la ley?, ¿sobre cuál ideología se fundamenta el juicio de valor que sirve de referente axiológico a la norma? Preguntas a las cuales es necesario responder con la finalidad de averiguar cómo se comporta el derecho respecto de la hegemonía cultural masculina, en una determinada sociedad o grupo, y en un determinado tiempo o momento histórico.

La doctrina jurídica también contribuye a la discriminación y



aplicación de la ley sobre la base moral dominante. Así, dicha doctrina y el proceso de decisión y ejecución por parte del juez en cuestiones de ley, son en otras palabras, similares, hablando desde un punto de vista metodológico. Pero el jurisconsulto tiene una función más amplia. Mientras que el juez toma una decisión en caso individual (la decisión no afecta ni daña a terceros), el jurisconsulto debe orientar tanto al juez como a los que aplican la ley o funcionarios administrativos que toman decisiones en casos individuales, que escriben informes, redactan reglamentos y líneas directrices, responden consultas, y también a legisladores, políticos, y demás interesados o que tienen que ver con la cosa jurídica.

#### 4. La nueva propuesta o el derecho de la mujer.

Las filosofías morales universalistas fundadas en la justicia no garantizan a las mujeres el trato como personas. Las mismas suponen una identidad para las mujeres construida sobre la identidad de los varones, lo cual las deslegitima. La herencia dejada por Hume, Hobbes, Locke, Rousseau, y Hegel, añadía un signo de interrogación a la condición de la mujer como persona, tanto en términos de filosofía moral como en términos del derecho, y pervive en los códigos y leyes de nuestro tiempo, así como en los criterios de interpretación y aplicación de tales leyes. Cuando un(a) juez (a) supone en la mujer (víctima) la incitación a su agresor (violador) para la comisión del delito (violación), por ser propio de la mujer (y propio no se traduce como "natural") su coquetería y liviandad, claro es que está respondiendo a una valoración moral dominante en el grupo social. Y algo muy grave es, que tanto para la mujer que padece" la decisión judicial, como para otros sujetos/as, esa sentencia que en última instancia emana del Estado por mano del juez es manifiestamente injusta. Igual consideración cabe respecto de temas como el aborto, las normas laborales y el tratamiento discriminatorio del trabajo doméstico desempeñado por las mujeres (tenido como no productivo), los derechos reproductivos tan de actualidad y el área de regulación en la cual el de-

cho, la moral y la religión se interrelacionan y acoplan para desproporcionar a las mujeres del control y decisión sobre su cuerpo), etc. ¿Sobre cuál moral debe fundamentarse el derecho al cual se aspira (derecho emancipador no discriminatorio), que contribuya por igual a la felicidad de todos? Considero que la proposición de Seyla Benhabib que pretende armonizar la ética de la justicia y la ética del cuidado, sobre la base del procedimiento discursivo (no utilitario), se acerca más al razonamiento moral de las mujeres. Pero al mismo tiempo es necesario propugnar el Derecho de la Mujer con la finalidad de contribuir a una real igualdad y liberación. Esa es también la idea de Tove Stang cuando afirma:

"En la medida en que vivimos en una sociedad donde hombres y mujeres tienen una trayectoria diferente en la vida, diferentes condiciones de vida, con distintas necesidades y oportunidades, las normas legales afectarán de forma diferente a hombres y mujeres. Y el silencio acentúa la desigualdad y la injusticia, independientemente de las intenciones de los legisladores. Es esa compleja interacción entre ley y vida que los investigadores en derecho de la mujer buscan encauzar". (Stang, Op. cit:22).

A aquellos que piensan que la propuesta de un derecho de la mujer sea una propuesta o postura unilateral por considerar la perspectiva y las necesidades de un grupo específico, con Tove Stang respondemos que un análisis minucioso nos permite constatar cómo la ley está fundamentada unilateralmente. Aún hoy día es el derecho masculino el que se aplica en la mayoría de las áreas, de modo que para la mayoría de las opiniones son las necesidades y conflictos de los hombres los que están codificados en el derecho. Las normas jurídicas también contienen el planteamiento de cómo son o deberían ser las mujeres, construcción de la femineidad desde el varón y para éste. ¿Puede acaso existir una fundamentación más inmoral y contraria al derecho?

La idea de examinar la ley existente desde una perspectiva feminista, así como la jurisprudencia, la doctrina, etc., es una ta-

rea importante del Derecho de la Mujer, la cual se complementaría con el aporte del examen de nuevas áreas y cuestiones que deben ser sacadas a la luz del vacío judicial, y someterlas al escrutinio de la ley. Esto concierne especialmente a las cuestiones laborales y de asistencia dentro de la esfera de nuestras vidas privadas, cuestiones acerca de la sexualidad y la vida emocional. Logrando que tales cuestiones se conviertan en materias legales, podrían derivarse diversas consecuencias más allá de una inmediata mejora en la posición de la mujer. Entre otras cosas, afectaría a la relación entre Familia y Estado y contribuiría a hacer que la distinción entre esfera privada y pública fuera diferente a lo que es actualmente (*Ibídem*, 1988:24).

Pero además, desde el feminismo es necesario elaborar una crítica de la administración de justicia y los instrumentos por los cuales se manifiesta o aplica; así como una crítica de la jurisprudencia, que permita poner de manifiesto en cada caso, los intereses y la moral a la cual sirven, con la finalidad de transformarla y ponerla realmente al servicio de la liberación humana. En esa tarea, el discurso a través del cual se manifiesta el derecho (con sus simbolismos y representaciones) debe ser desconstruido y reelaborado desde una perspectiva no discriminatoria sobre esa nueva ética del discurso, no excluyente de las mujeres ni de los intereses de ésta.

### Lista de Referencias

- Benhabib, Seyla; "Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral". *Revista Isegoria*. No. 6. Noviembre 1992. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, España.
- Benhabib, Seyla; "El otro generalizado y el otro concreto". *Teoría Feminista y Teoría Crítica*. Ediciones Alfons el Magnanim. Institucio Valenciana D Estudis Y Investigacio. 1990. Valencia, España.
- Diez-Picazo, Luis; *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1993.

- Debral, Juan; *El desarrollo humano*. Ediciones Siglo XXI. Madrid, España.
- Del Valle, Teresa; "El momento actual en la antropología de la mujer: modelos y paradigmas. El sexo se hereda, se cambia y el género se construye". *Actas de las VII Jornadas de Investigación Interdisciplinaria*. Volumen II. Editorial Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, España, 1989.
- García, Juan y Sanz, Fernando; "Génesis y formación de la sentencia. Su forma y estructura interna". *Revista del Poder Judicial*. No. 32. Diciembre, 1993. Edita Consejo General del Poder Judicial. España.
- Stang, Tove; *El derecho de la mujer*. Editorial Vindicación Feminista Publicaciones. Madrid, España, 1988.

### Leyes:

- Código Civil Español*. Editorial Civitas. Madrid, España, 1989.
- Constitución Española*. Editorial Boletín Oficial del Estado. Madrid, España, 1982.
- Código Civil de Venezuela*. Vadell Hermanos editores. Valencia, Venezuela, 1984.