

MUJERES, FAMILIA Y TRABAJO

Colec. "Género, Derecho y Justicia" No. 3

Juan Antonio Cruz Parceró
Rodolfo Vázquez
(coordinadores)

PRESENTACIÓN

En el año 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emprendió un programa de actividades para introducir la perspectiva de género en sus ámbitos jurisdiccional y administrativo como una de las estrategias necesarias para cumplir con las obligaciones constitucionales derivadas del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.

Entre los objetivos de dicho programa, se encuentra la reducción de los obstáculos para acceder a la justicia por parte de las mujeres y los grupos menos aventajados, el cuestionamiento de la supuesta neutralidad de las normas, y la visibilización de los impactos diferenciados que la interpretación de las leyes tiene en los hombres y en las mujeres.

En este marco, el Máximo Tribunal del país, a través del Programa de Igualdad de Género en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció una alianza con la editorial Fontamara para la realización de la serie “Género, Derecho y Justicia”.

Esta serie y los propósitos que la animan son ahora posibles gracias al decidido apoyo de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde está adscrito el Programa de Igualdad de Género.

Esta serie, que hoy se pone a disposición del público, pretende sistematizar algunos de los abordajes teóricos más relevantes sobre la construcción social y cultural del género y su estrecha relación con el acceso y la impartición de justicia. Asimismo, desea articular las diversas críticas que los estudios de género han puesto sobre la mesa de la disciplina jurídica.

Partiendo del reconocimiento del pluralismo y la diversidad social en el marco de la igualdad democrática, y tomando seriamente en consideración los cambios sociales y culturales ocurridos en las últimas décadas en México, resulta imprescindible abordar, desde el punto de vista teórico y práctico, los desafíos que la perspectiva de género y la no discriminación presentan a los órganos de impartición de justicia y a la labor jurisdiccional.

Con el lanzamiento de la serie “Género, Derecho y Justicia”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma parte activa en los debates académicos en la materia, contribuye al intercambio constructivo de saberes y experiencias, y propicia, en última instancia, una mejoría en el acceso a la justicia.

La esperanza es que las discusiones plasmadas en esta serie abonen a la construcción de una sociedad más incluyente y diversa, y a la transformación del quehacer jurisdiccional en el sentido de adoptar la defensa efectiva de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación.

MÓNICA MACCISE DUAYHE
RODOLFO VÁZQUEZ

INTRODUCCIÓN

Es un hecho que en las últimas décadas hemos tenido avances legislativos para revertir la situación ignominiosa de las mujeres alrededor del mundo. México ha sido también un país donde se han realizado avances importantes. Sin embargo, esto aún no debe tenernos satisfechos de ningún modo. La sola promulgación de normas no cambia automáticamente la realidad, las normas se necesitan aplicar e interpretar, necesitan eficacia, transformarse en programas y políticas públicas que impacten en los comportamientos de ciudadanos y funcionarios, para ello se requiere el concurso de muchos actores, de muchas voluntades individuales e institucionales. Los avances legislativos deben traducirse a su vez en una revisión de otros marcos legales donde aún estos avances han impactado poco o nada. Se trata de un proceso que comenzó hace décadas pero que es necesario continuar.

En ocasiones esta parte, continuar y profundizar los cambios, es lo más difícil, pues se enfrentan inercias y mecanismos muy arraigados que son más difíciles de transformar. En otras ocasiones también es más difícil ver y entender qué es lo que tenemos que cambiar y el porqué; es más fácil estar de acuerdo en formulaciones más generales, pero al momento de discutir algunas cuestiones más específicas o buscar estrategias de cambio, los acuerdos se vuelven más difíciles. Por ello, este proceso de continuar con el desarrollo de los derechos de las mujeres se vuelve más complejo, los cambios que se requieren son más difíciles de formular o de aterrizar, como solemos decir. Solemos estar de acuerdo en los fines pero no en los medios.

En este libro se abordan dos temas principales con relación a la situación de la mujer: la familia y el trabajo. Se trata de dos ámbitos donde particularmente la mujer ha sido víctima de discriminación, maltrato y violencia. Dos ámbitos donde los

problemas han tenido mucho en común, comenzando porque son espacios donde la mujer ha quedado invisibilizada. También son espacios donde el estatus y los roles que desempeña la mujer han estado sujetos a la influencia de tradiciones religiosas y a la idea de que son ámbitos donde el Estado no debería entrometerse. Son en pocas palabras, como veremos, espacios de lo privado y de lo íntimo.

La importancia de la vinculación entre familia y trabajo no es nueva. Ya en el siglo XIX Federico Engels, en *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (1884), relacionaba estos dos aspectos importantes de la vida social, lo que llamaba el aspecto de la producción y el de la reproducción de la vida social, el trabajo y la familia, como dos aspectos centrales en el desarrollo de toda sociedad desde la Antigüedad. La historia de la familia se convirtió desde entonces en uno de los temas más fascinantes de los historiadores y los juristas, revelando importantes hallazgos sobre el origen y evolución de la familia. La familia, se sabe, es una institución que ha cambiado con el tiempo, las familias han sido de muchas formas y han dado origen también a distintas formas de parentesco. Pero estos cambios en la familia guardan también relaciones específicas con los modos de producción, con la economía y las formas de organizar socialmente el trabajo.

Aunque ya mucho se sabía desde entonces sobre esta relación entre familia y trabajo, un nuevo aporte provino de los enfoques feministas introducidos en las décadas de 1960 y 1970 del siglo XX. Fue así que la familia y el trabajo comenzaron a tematizarse desde un nuevo punto de vista, el de la mujer. Y si bien son ámbitos donde los cambios han sido muy importantes, son también ámbitos donde falta muchísimo por hacer y donde quizá los cambios son más difíciles y complejos. En parte porque históricamente han estado relacionados con estereotipos y roles tradicionales vinculados a concepciones religiosas, lo que implica que los cambios han requerido y requieren una nueva mentalidad, un cambio cultural. Por otra parte, porque dependen de factores económicos a su vez complejos, de forma que un cambio cultural pasaría por transformaciones en los modos de producción y de la organización del trabajo. Muchas veces son estos factores los que vuelven más difícil la transformación.

Pero la transformación comenzó hace tiempo, eso no se puede negar. Desde el siglo XIX la mujer comenzó a incorporarse masivamente al mercado de trabajo, dejó de dedicarse exclusivamente a labores del hogar. Fue así que la familia también tuvo cambios, cambios que siguen hasta la fecha y, por ello, no debe sorprendernos nada que hoy se reconozca jurídicamente que hay muchas formas o tipos de familia. En todo caso, lo novedoso no es el hecho de la pluralidad de tipos de familias, sino que desde el derecho se les reconozca como legítimos. Pues uno de los problemas de lo arraigado de ciertos estereotipos e ideas sobre la mujer, la familia y el trabajo, ha consistido en que ciertos estados de cosas se han visto como “naturales”. Así se podía pensar –y hoy todavía algunos piensan así– que hay un

modelo de familia natural, que debe ser el único reconocido y legitimado legal e institucionalmente hablando. Del mismo modo, se ha creído que la mujer nació o naturalmente está dotada para cierto tipo de labores (y por ende, incapacitada para otras) tradicionalmente asociadas a su sexo.

Los cambios desde la perspectiva de género exigen transformaciones más profundas, pues parten del cuestionamiento de algunas de las ideas más básicas y arraigadas con que tradicionalmente opera una sociedad, una sociedad patriarcal; ideas que milenariamente han moldeado el derecho y algunas de sus nociones y distinciones más básicas. Pues el derecho ha sido un espacio que ha regulado desde la Antigüedad a la familia y el trabajo, validando formas de organización patriarcales donde a la mujer se le ha negado el estatus completo e íntegro de persona. Todavía hoy, en pleno siglo XXI quedan muchos remanentes de este trato desigual y contrario a los derechos humanos.

En los trabajos que presentamos en esta compilación se abordan cuestiones muy interesantes sobre la familia y el trabajo, especialmente sobre la regulación jurídica. Los trabajos en conjunto tienen la virtud de aportar reflexiones filosóficas, históricas, sociales y jurídicas, de ahondar en los aspectos más abstractos y fundamentales de ciertos temas, como históricos y específicos del caso latinoamericano y de lo que ocurre en México.

Es así como, desde lo más abstracto, Miguel Rábago Dorbecker comienza analizando una cuestión básica que se encuentra en la base de los problemas que nos conciernen en este libro, nos referimos a los conceptos de *lo público* y *lo privado*. Desde diferentes posturas teóricas, el autor analiza las implicaciones de esta distinción. Así, para Hannah Arendt desde la Antigüedad en la esfera privada (la familia), la libertad no existía para la mujer y en la esfera pública (la política), le estaba vedado participar; los miembros de la familia estaban condenados a la desigualdad propia de la esfera íntima. Para esta autora, esta distinción, aún con la modernidad, se ha mantenido en el sentido de que la esfera privada contrasta con la pública y en el derecho se mantendrá la idea de un derecho privado y uno público. Lo privado equivale a lo doméstico, ámbito que tradicionalmente está dominado por la religión. Frente a este enfoque contrasta la posición de Seyla Benhabib para quien el feminismo tendría que recuperar algún concepto de privacidad que permita poner en cuestión el concepto de familia heterosexual patriarcal, para hablar más bien de “hogar”, donde queden incluidas nuevas formas de convivencia entre personas. Por su parte, para Jürgen Habermas la familia patriarcal burguesa cambió de manera importante las relaciones dentro de la familia, que antes era concebida como una comunidad de producción, para pasar a depender del salario individual. Este cambio trajo que la enfermedad, la vejez o la educación, por ejemplo, no pudieran ser soportadas por la familia. La familia hoy día, como espacio íntimo, parece entonces una mera ilusión de privacidad.

La diferencia radical entre esfera privada y pública es puesta en duda por distintos filósofos hasta llegar a las aportaciones del feminismo que se pregunta si es posible crear un nuevo derecho de familia, pues la forma como funcionan el derecho y los procesos judiciales ha excluido el punto de vista de la mujer.

Miguel Rábago termina su ensayo explorando cómo el derecho norteamericano –que actualmente sirve de modelo al constitucionalismo latinoamericano– ha definido judicialmente lo que es la privacidad a partir de defender el modelo de matrimonio heterosexual como el ámbito de la privacidad lícita, contra la privacidad ilícita del adulterio y la homosexualidad, configurando lo que se ha llamado la ideología matrimonial heterosexual, donde es el Estado el que decide qué arreglos íntimos son válidos. Estas ideas fueron también defendidas por la Suprema Corte en México que en 1994 negó que se pudiera dar la violación entre consortes, y definió la situación como el ejercicio indebido de un derecho por parte del varón, tesis que afortunadamente ha sido modificada en tiempos recientes.

Desde una perspectiva de género, Lucía Raphael nos invita a una relectura de algunos textos clásicos sobre la teoría de la personalidad jurídica y sobre la historia del derecho romano. La autora parte de la idea de que el discurso, la forma en que nombramos las cosas, configura el mundo en que vivimos: “nombrar es dar sentido”. El lenguaje jurídico entonces define el mundo de los estudios y la práctica del derecho. Su trabajo se enfoca en los trabajos de dos autores franceses: el jurista Jean Carbonnier y el historiador y romanista Yan Thomas. La obra de estos autores es analizada como una estrategia indirecta –revindicada como femenina– para provocar una reflexión que visibilice lo escondido y así pensar en nuestra propia realidad jurídica.

La importante obra de Carbonnier sobre *Las personas* permite observar el fenómeno androcentrista o falogocentrista de este jurista y sus comentaristas. La mujer desde el derecho romano es relegada a ser complemento de la persona; el hombre, quien por medio de la *potestas* arrebató a la mujer la capacidad de nombrar a su propio hijo.

De este modo, el derecho se concibe como instituido por los hombres, pero el hombre no sería ese concepto genérico que abarca a toda la humanidad sino que el hombre era sólo el varón libre, pues las instituciones romanas coexistieron con la esclavitud. Razón por la cual históricamente se presentó la distinción entre hombre y persona, precisamente para permitir que un hombre pudiera ser tratado como cosa.

El trabajo nos muestra cómo hoy en Francia, la tradición ha permitido que conceptos como el de *les Droits de l'homme* sigan siendo considerados intocables y permanezcan inalterables a pesar de que en otros lugares se ha evolucionado a un lenguaje más incluyente como el de los “derecho humanos”. Los franceses se sienten orgullosos y se apegan a su terminología, pues, como sugiere la autora, se sienten los *padres* de la idea.

Por su parte, mediante el estudio de Yan Thomas la autora intenta explicar las razones por las cuales el discurso del derecho romano sigue estando presente en el espacio jurídico actual. La mujer en el derecho romano, al igual que los extranjeros y los impúberes, es incapaz de poseer la ciudadanía, el único sujeto de derecho fue el hombre. La mujer no constituye una especie jurídica aparte, el derecho romano se basó en la división sexual donde la mujer fue vista como apéndice del hombre, de ahí que se le concibiera como un ser inferior física y mentalmente. Lo que sorprende es que esta idea de la división sexual como base del derecho siga siendo el fundamento actual del derecho y de la sociedad.

Rosa María Álvarez hace un relato de tipo histórico sobre el derecho civil y familiar centrado ahora en México. Comienza advirtiendo que desde la Revolución francesa y la proclamación de los “derechos del hombre y del ciudadano” se concibieron tales derechos y libertades como exclusivas del varón. Las instituciones jurídicas mantuvieron a la mujer en una condición de inferioridad bajo el pretexto de reconocer sus “debilidades”, otorgándole un estatus jurídico disminuido, más cercano a la regulación que tradicionalmente hizo el derecho romano que trató a la mujer como *imbecillitas sexus*, idea mantenida por la Iglesia católica y el derecho canónico. De este modo, el desarrollo del derecho público y el privado fue desigual, los cambios de la modernidad sirvieron para fortalecer la figura masculina dejando a la mujer confinada al espacio de la familia alejada siempre de una ciudadanía plena.

En el derecho colonial en México no había más que dos espacios para la mujer: la familia o el convento; la autora revisa algunas de las instituciones jurídicas de esa época como el matrimonio, el sistema hereditario, los recogimientos religiosos, y el divorcio eclesástico. De especial importancia es la caracterización del matrimonio como una institución netamente religiosa cuya finalidad consistía en sobre llevar las cargas y placeres de la vida así como la preservación de la especie, con la consecuencia de que sólo dentro del matrimonio eran lícitas las relaciones sexuales, llegándose incluso a considerar un débito carnal entre cónyuges, siempre con fines de procreación, pues cualquier conducta lasciva era considerada pecado.

Ya en la época independiente se comenzó a propugnar por la igualdad jurídica de la mujer, pero fue hasta las leyes de reforma que se sentaron las bases de la separación entre Iglesia y Estado que comenzaron a darse algunos cambios como el de considerar al matrimonio como un contrato civil sujeto a la formalidad de las leyes. Sin embargo, la imagen de las mujeres como un ser débil que merece protección persistió, bastaría mirar la famosa Epístola de Melchor Ocampo y otras reformas a leyes que se revisan en este ensayo.

Particular importancia en la transformación de la regulación de la familia tendrán las leyes que introdujeron el divorcio vincular en 1914 y que pusieron fin a la idea de la indisolubilidad del matrimonio que seguía vigente entonces. Sin embar-

go, la discriminación de la mujer y la sujeción al marido se mantuvo y se reflejaba en otras tantas normas como la obligación de la mujer de solicitar licencia al marido para trabajar fuera del hogar. En la actualidad, sin dejar de reconocer algunos avances importantes, Rosa María Álvarez considera que no se ha avanzado lo suficiente en la protección de los derechos de la mujer.

Alma Beltrán y Puga parte de la existencia actual de una pluralidad de arreglos familiares y observa cómo estas variedades de familias han ido desmontando el modelo tradicional de familia “natural” que ha permeado todo el derecho de familia en América Latina. En su trabajo, se analizan los dilemas y debates contemporáneos sobre la regulación de la filiación, el parentesco y la adopción, particularmente en México.

¿Cómo y con qué fundamentos –se pregunta la autora– deben los Estados regular las relaciones entre los padres, madres e hijos?, ¿quiénes tienen derecho a casarse, adoptar y a fundar una familia?, ¿cómo deben dividirse los bienes durante el matrimonio y después del divorcio?, ¿bajo qué supuestos se debe reconocer la filiación de los hijos? Históricamente, las respuestas a estas preguntas han seguido modelos religioso-patriarcales que daban al hombre un poder casi absoluto sobre los integrantes de la familia y se restringía la libertad de las mujeres. Sin embargo, los movimientos feministas de los años sesenta y setenta del siglo XX, así como la importancia creciente de los derechos humanos, entre otros factores, han generado reformas en el derecho de familia. Estos cambios han partido de un cuestionamiento de la idea tradicional de la familia que en muchos lugares ya no se considera el único modelo existente. Así por ejemplo, en México, la Suprema Corte en 2010 consideró que la Constitución no protege un único modelo de familia, sino diversos arreglos familiares, considerando en consecuencia que la reforma del Código Civil del Distrito Federal que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo es constitucional.

Especial atención pone Alma Beltrán en la influencia y repercusiones jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción asistida respecto a la filiación y el parentesco; temas como las pruebas de paternidad por medio de ADN, la maternidad subrogada, el matrimonio entre parejas homosexuales que desafían la normativa jurídica actual respecto de estos temas, poniéndose en duda el antiquísimo principio de que “la madre siempre es cierta”, base del sistema de parentesco consanguíneo. El uso de técnicas de reproducción asistida, el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la posibilidad de que éstas adopten han sido un factor del modelo de familia nuclear heterosexual y de los modelos de regulación basados en él. La modernización del derecho de familia se vuelve entonces imperiosa.

Con el ensayo de Daniel Antonio García Huerta comenzamos la transición al otro gran tema del libro: la mujer y el trabajo. El trabajo es uno de los mecanismos principales para combatir la desigualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo,

también es verdad que en las actividades laborales que desarrollan las mujeres se perpetúa la desigualdad, los sesgos de género, los estereotipos y reproducción de roles tradicionales que condicionan el tipo de empleos a los que tienen acceso. Este fenómeno de “feminización del empleo” consiste en una determinación social de las actividades que resultan aptas para las mujeres, generándose canales de segregación laboral y profesional que se traducen en brechas de desigualdad económica, política, social y cultural, donde la mujer asume posiciones subordinadas.

Esta división sexual del trabajo ha propiciado que sea el trabajo doméstico una actividad vista como normal o natural para la mujer, una actividad asociada al sometimiento del hogar y al cuidado de los niños y niñas. Este trabajo termina por ser considerado no productivo y, por ende, no remunerado, invisible a los ojos de la sociedad y de las políticas laborales.

Las condiciones del trabajo doméstico, como hace ver el autor, son precarias desde el punto de vista de los derechos laborales y la seguridad social. El que sea un trabajo realizado en la casa, el espacio privado por excelencia, hace que el Estado tenga poca injerencia en el mismo, generándose un reforzamiento de roles y estereotipos de género y la ausencia de mecanismos legales y políticas públicas adecuadas que regulen este tipo de trabajo con apego a los derechos humanos.

El trabajo doméstico remunerado, mientras siga siendo una labor sustentada en la división sexual del trabajo y sujeta a estereotipos dominantes, no garantizará a las mujeres una opción de libertad completa. El autor termina su interesante ensayo analizando los tipos de violencia que se ejerce en contra de las trabajadoras del hogar y ofreciendo cifras muy reveladoras sobre el trabajo doméstico en México.

Salvador Perán Quesada se ocupa del tema de la desigualdad retributiva desde la perspectiva de género. Su trabajo comienza advirtiendo una dificultad analítica que tiene que ver, por una parte, con que las medidas tradicionales para combatir la discriminación por razón de género han estado desconectadas de otros problemas sociales como los rasgos de clase social, raza, etnia, orientación sexual, nacionalidad, que terminan operando de manera independiente respecto a las medidas de distribución de riqueza, lo que las hace, en buena medida, ineficaces. Por otro lado, advierte la dificultad de una visión integradora de la perspectiva de género con relación al contexto económico, político y social en una situación tan compleja como la de Latinoamérica.

Su trabajo persigue el objetivo de analizar los instrumentos jurídico-laborales adoptados a nivel internacional y regional, dirigidos a conseguir la igualdad retributiva efectiva entre las mujeres y los hombres. Su pregunta guía es si actualmente se están dando las condiciones materiales para la superación definitiva de las diferencias salariales que existen en función del sexo.

Se presta especial importancia al análisis de los convenios 100 y 111 de la OIT sobre igualdad de remuneración, instrumentos que sientan las bases del tratamien-

to técnico-jurídico de la igualdad retributiva, al incorporar conceptos básicos tendientes a lograr una igualdad sustancial y efectiva entre mujeres y hombres que modifique a su vez roles y estereotipos sexistas.

Uno de los conceptos claves que se desarrollan en esta investigación es el de igualdad salarial como expresión del principio de no discriminación por razón de sexo. La caracterización de este principio parte de abandonar una lectura estrictamente formal del mismo que permita poner el acento en la determinación del valor de las prestaciones laborales y los métodos de medición y comparación del valor de distintos empleos, pues uno de los problemas claves es que los trabajos *feminizados* a menudo reciben una valoración inferior a los empleos *masculinizados*. Asegurar que el trabajo llevado a cabo por hombres y mujeres sea valorado adecuadamente y se ponga fin a la discriminación salarial es esencial para alcanzar la igualdad de género.

Por su parte, Cristina Mangarelli subraya que uno de los problemas que más agravan la irrupción de la mujer al mercado de trabajo, es que este cambio histórico no vino acompañado de cambios adecuados en el interior de la familia: las mujeres que trabajan fuera del hogar siguen teniendo la responsabilidad del cuidado de los hijos y de las tareas domésticas. Esto trae aparejadas desigualdades en las oportunidades de empleo y en las condiciones de trabajo de las mujeres. Conciliar familia y trabajo, nos dice la autora, es una de las dificultades a que se enfrentan las mujeres.

En su ensayo, la autora nos ofrece un estudio de la evolución del derecho laboral en materia de conciliación de trabajo y vida familiar. Las primeras normas protegían a la mujer en virtud de consideraciones biológicas y estereotipos tradicionales que terminaban limitando su acceso al trabajo para proteger a la familia, una etapa que se considera “el pecado original” del derecho del trabajo. En un segundo momento, se consideró que tales protecciones eran discriminatorias y se transitó a normas que pretendían igualar las condiciones del trabajo de la mujer con el varón. Pero esta igualación fue tan sólo una ilusión, los estereotipos de género hicieron que la desigualdad prevaleciera y generaron más cargas y responsabilidades a las mujeres trabajadoras. Hoy día, salvo en muy pocos hogares, las responsabilidades familiares no han sido distribuidas de manera equitativa, la mujer continúa haciéndose cargo de las labores domésticas de forma exclusiva.

La autora continúa con un análisis de la incidencia de las normas del derecho de trabajo y de la seguridad social en la persistencia de la desigualdad, especialmente en Uruguay. Termina su trabajo con el desarrollo de nuevas ideas que informan el derecho laboral actualmente, como la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos, el cuidado como un derecho; estas ideas han generado cambios normativos –como licencias de paternidad, subsidios por cuidados, entre otros– que buscan un cambio cultural de fondo y que la autora analiza.

La situación específica de las mujeres trabajadoras remuneradas en México es el tema que aborda Mary R. Goldsmith Connelly. Existen algunas facetas del trabajo doméstico resistentes a los cambios como son la invisibilización y la discriminación de las trabajadoras, la desvalorización de su actividad y la idea de que el trabajo doméstico es lo propio de la mujer, su obligación. También es persistente la ambigüedad y contradicción respecto a la naturaleza de la relación que se establece, pues no hay certeza que sea una de tipo familiar, una de servidumbre o una relación contractual-laboral. La autora nos dice a este respecto que por lo general se termina por entender como una relación pseudo-familiar y servil.

A las trabajadoras del hogar se les ha ignorado en gran medida dentro de la agenda política, puesto que las propuestas de cambio legislativo no suelen prosperar por falta de apoyo y atención de los legisladores. La última reforma laboral (2012) reafirma la discriminación de estas trabajadoras. Estamos ante lo que algunos autores han llamado una desigualdad persistente, una desigualdad que se naturaliza.

En este panorama, algunos esfuerzos en materia de políticas públicas se han impulsado por algunas de las pocas organizaciones civiles que representan y defienden los derechos de las trabajadoras del hogar. En el trabajo se da cuenta de cuáles han sido estas políticas, las instituciones civiles y de gobierno que los han apoyado, y lo que estos programas han aportado, así como también las limitaciones y obstáculos que han tenido.

Se analizan las condiciones laborales de este tipo de trabajo, se denuncian las condiciones de precariedad laboral, las violaciones a los derechos humanos que implican, pero también se rescatan algunos logros normativos y de políticas públicas que se han presentado en los últimos años en nuestro país.

Se resalta el hecho que en la 99a Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT se hubiera incluido expresamente el tema de las normas sobre el trabajo doméstico; México y otros 121 países adoptaron el Convenio 189, “Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, que fija un piso mínimo sobre aspectos relacionados con las horas de trabajo, descanso, remuneración, contratación, seguridad social, salud, privacidad y otros derechos. Con este convenio, se subvierte la lógica patriarcal y colonial de este tipo de relaciones de trabajo. Esto es, sin duda, un avance de la mayor importancia, pero su impacto e implementación dependerán de que las organizaciones de trabajadoras logren tener la fuerza y los aliados para apoyar esta causa.

Cerramos el libro con un trabajo de Carmen Herrera y Bernard Duhaime, quienes nos presentan el problema de las mujeres indígenas en México, pues son ellas quienes son víctimas de una doble discriminación por ser mujeres y por ser indígenas, como se ha reconocido en múltiples instancias internacionales. Cuando se combinan diversas formas de discriminación los efectos de la discriminación

se multiplican y los derechos de las mujeres se ven seriamente vulnerados. Es necesario, entonces, adoptar una perspectiva *interseccional* que ayude a un análisis multifactorial de la discriminación de la mujer indígena.

Este trabajo se enfoca en analizar los problemas de implementación de una perspectiva de género en el programa de desarrollo humano Oportunidades que, de acuerdo con algunos estudios recientes, ha terminado por incentivar la reproducción y continuidad de formas de discriminación de la mujer indígena. El programa impone una serie de condicionantes a las mujeres beneficiadas que terminan siendo cargas muy costosas por no tomar en consideración su situación de género y cultura.

Con estos trabajos esperamos que quien lee, particularmente quienes estén en vinculación con la administración de justicia, logre una reflexión que vaya más allá de los aspectos teóricos. Los cambios que se requieren para lograr que las leyes sean eficaces y se respeten los derechos humanos de todas las personas, demandan que comencemos a adoptar una perspectiva de género. Pero esto no puede ser un compromiso exclusivamente de tipo profesional, sino que exige coherencia y, por ende, un compromiso que se refleje no sólo en el ámbito público, sino uno fuerte también en el espacio privado.

Dejemos entonces que cada lector y lectora haga su propia reflexión y asuma los compromisos correspondientes.

JUAN A. CRUZ PARCERO
RODOLFO VÁZQUEZ

LOS CONCEPTOS DE ESFERA PÚBLICA Y PRIVADA EN EL DERECHO DE FAMILIA

Miguel Rábago Dorbecker

¿Una esfera pública masculinizada frente a una esfera privada feminizada?

Una de las operaciones políticas más importantes del patriarcado es atribuir una división de género al dominio del espacio público frente al privado. La feminización, y con ello, la naturalización del espacio privado como el reservado a la familia y la exclusividad del espacio político a los varones, es una de las formas de jerarquización más poderosas de la división social de género. Recientemente, la idea de la esfera pública ha sido un constante referente de la teoría crítica; sin embargo, las voces disidentes desde el feminismo han cuestionado su uso y abuso por parte de las ciencias sociales y las humanidades. ¿Es esta división binaria un reflejo de la propia dualidad del discurso de la división sexual? La respuesta apunta no sólo a un abandono del concepto de esfera pública, el cual permite un análisis bastante riguroso sobre el devenir histórico en la formación de las democracias liberales en el capitalismo occidental y, por ello, es una herramienta no sólo para avalar dichos cambios sino también para su crítica.

Desde varios frentes disciplinarios, el concepto de esfera pública/esfera privada ha sido reinterpretado, cuestionado y denunciado como provincial. Como señala Warner: "Todo intento organizado de transformar el género o la sexualidad entraña el problema de lo público y lo privado en su propia práctica".¹ Estos cuestionamientos y reinterpretaciones se presentan más en el campo de la teoría feminista y la

¹ Michael Warner, *Público, públicos y contrapúblicos*, México, FCE, 2012.

teoría *queer*, mientras que su provincialización proviene más del ámbito de los estudios poscoloniales y decoloniales.

Además de abordar las críticas, se analizará el desarrollo del concepto de esfera pública y esfera privada, desde su tradicional desarrollo en la tardía escuela de Fráncfort en Jürgen Habermas, no sin antes referir a una pensadora cuya definición de esfera pública antecede a la de Habermas, pero que causa a su vez un sin número de problemas para la teoría feminista: Hannah Arendt. También se analizarán los argumentos relativos a la familia como espacio de intimidad y los referentes a la intervención estatal en la misma.

Teorías sobre la división entre esferas pública y privada

Hannah Arendt

Una primera aproximación de Arendt a la definición de esfera pública en el contexto del género es la siguiente afirmación: “Así pues, dentro de la esfera doméstica, la libertad no existía, ya que la cabeza de familia sólo se le consideraba libre en cuanto que tenía la facultad de abandonar el hogar y entrar en la esfera política donde todos eran iguales”.² Varios de los planteamientos de Arendt se ven reflejados en la frase. Primero, la división de las sociedades antiguas de lo privado/doméstico y lo público/político y la exclusividad del varón como único sujeto que podría transitar entre ambas esferas en su calidad de *pater familias*. Así, la subjetividad necesaria para moverse tanto en la esfera privada, la cual se dominaba de manera autoritaria, como en la esfera pública, en la cual se movía entre sus pares libres, es la de varón libre. La esfera pública –y por tanto, la política– era reservada para los varones y vedada para mujeres y esclavos, que estaban confinados a la esfera de lo privado, de lo doméstico o, peor aún, a ser propiedad del varón libre.

Para Arendt, en gran medida la superación de la división binaria de las esferas es el surgimiento de la sociedad moderna, lo cual define como el ascenso del “conjunto doméstico” o *oikia* y la creación de una esfera social dentro del Estado-nación que no es propiamente ni pública ni privada.³ De hecho, Arendt concibe la forma de administración del Estado-nación en la Modernidad como “administración doméstica colectiva”, la cual equipara la noción de sociedad y su forma de organización política con la nación.⁴ Esta noción de sociedad es muy diferente a la que encuen-

² Hannah Arendt, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2005, pp. 44-45.

³ *Ibid.*, p. 41.

⁴ *Ibid.*, p. 42.

tra en la *Polis* en la que la esfera pública es el lugar de la libertad, frente a la esfera privada en la que priva la necesidad y por ello se podría ejercer la fuerza y la violencia justificadas para superar ese estado de necesidad.⁵ Derivada de esta distinción entre *Polis* y familia, en la esfera pública predominaba la igualdad frente a la desigualdad privada, de la que sólo podía librarse el *pater familias* al salir de la misma al terreno de la libertad de los iguales.⁶ Los demás miembros de la familia estaban condenados al terreno de la desigualdad propia de la esfera íntima y, como la propia Arendt nos recuerda, es sólo hasta el individualismo propio de la Modernidad, y el enriquecimiento de la vida privada, que hemos dejado de relacionar la palabra privado con privación.⁷

Sin embargo, para Arendt, el moderno concepto de lo privado se opone tanto a la concepción de lo público en términos eminentemente políticos, como paradójicamente a la noción de lo social.⁸ Dicha oposición se ejemplifica con la labor definitiva del mantenimiento de la esfera privada frente a la pública, que es la protección de la intimidad. Esta acción de protección de la esfera privada frente a la política también apunta a su separación de la sociedad, y de ahí la paradoja de la Modernidad, en la que la esfera privada tanto comparte con la sociedad como se separa mediante el recurso de la intimidad. La intimidad contrasta con una definición de la esfera pública, la de la publicidad que después generaría tanta atención por parte de Habermas. En contraste con lo íntimo, lo público o lo propio de la publicidad es aquello que se puede escuchar y ver por todo el mundo y por ende, para Arendt, aquello que constituye la realidad.⁹ El mundo de las emociones y sentimientos se desarrolla en lo íntimo y, por ello, no cuenta en lo político bajo esta definición.

Esta condena de los sentimientos a lo íntimo, y por ende a la esfera privada, sería con posterioridad cuestionada por autoras como Lauren Berlant o Martha Nussbaum. El desdén de los antiguos a lo privado, doméstico y sobre todo a lo íntimo, en contraste al valor de lo público o político, se debe a la equiparación de lo privado con la privación, con el no aparecer o ser inexistente ante la mirada de los demás.¹⁰ Esta privación, o el elemento de privacidad, entrada la Modernidad, sería un aspecto esencial para entender la asignación o condena, en algunos casos, de ciertas relaciones jurídicas a la esfera privada y, por tanto, al derecho privado. En lo más recóndito de la privacidad yace lo doméstico, lo que no está expuesto a la mirada de los demás, ya que era ahí donde se daban los fenómenos que no se de-

⁵ *Ibid.*, p. 43.

⁶ *Ibid.*, pp. 44-45.

⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibid.*, p. 59.

¹⁰ *Ibid.*, p. 67.

bían ver, por ser inentendibles al ojo humano, el nacimiento y la muerte.¹¹ La ausencia de miradas en el espacio doméstico también implica la ausencia de reconocimiento y, de ahí, las dificultades de participación política para las mujeres, en especial cuando dichas actividades dan sentido a la esfera pública. Al permanecer la esfera privada en aséptica a la política, también el trabajo que ocurría en dicha esfera quedó oculto y en gran medida subsumido dentro de la venta del trabajo de los varones en la esfera pública. La frase “trabajo invisible” emite resonancias que se dirigen hacia la genealogía de las labores realizadas dentro de la esfera privada.

El ascenso de la esfera privada en la Modernidad, por medio del concepto de sociedad, impacta también en la concepción del derecho, por ejemplo, durante las primeras intersecciones entre esfera privada y pública en la Edad Media. Para Arendt, el asalto de la esfera privada a la pública en la Antigüedad, tiene que ver también con el ascenso de lo secular a lo religioso en la Edad Media.¹² Durante esta época, lo secular se limitaba estrictamente a lo privado y la operación moderna por excelencia sería ensanchar lo secular al ámbito público, dominado en el Medioevo por la religión. De ahí que uno de los momentos de consagración del modelo liberal secular, primero en Europa y luego en América, fue el establecimiento de registros civiles frente a las formas de regulación de la familia confesional. Este es un ejemplo de cómo la laicidad revertía las concordancias medievales de esfera privada secular por la religiosidad como una práctica propia de la esfera privada y una esfera pública secular frente al anterior encuadre de la religión en la esfera pública.

Pero es en la Modernidad donde, para Arendt, la división entre ambas esferas se va desvaneciendo. ¿Dónde yace entonces la intimidad como forma eminentemente moderna si ambas esferas se han integrado en tal proceso histórico? El moderno descubrimiento de la Modernidad es, entonces, la forma en la que la subjetividad individual es recuperada en un momento en el que la esfera privada (y por consecuencia también la pública) ha sido desdibujada por el ascenso de lo social.¹³ Las personas destinadas a vivir su vida en esa esfera ajena a los ojos de los demás son identificadas en dos grupos, que Arendt equipara de manera muy problemática: los esclavos y las mujeres. Ambos grupos comparten el hecho de ser propiedad de alguien más y de dedicarse a labores “corporales”.¹⁴

En palabras de Arendt:

El hecho de que la Edad Moderna emancipara a las mujeres y a las clases trabajadoras casi en el mismo momento histórico, ha de contarse entre las características

¹¹ *Ibid.*, p. 71.

¹² *Ibid.*, p. 46.

¹³ *Ibid.*, p. 75.

¹⁴ *Ibid.*, p. 78.

de una época que ya no cree que las funciones corporales y los intereses materiales tengan que ocultarse. Lo más sintomático de la naturaleza de estos fenómenos estriba en que los pocos residuos de lo estrictamente privado se relacionen, incluso en nuestra civilización, con las necesidades en el sentido original de ser necesarias por el hecho de tener un cuerpo.¹⁵

La división de esferas de Arendt bajo la crítica de Benhabib

Tal argumento detonó toda una crítica desde el feminismo, ya que Arendt parecía naturalizar el espacio privado para las funciones reproductivas y desterrar el cuerpo a la esfera privada.¹⁶ Según la crítica de Seyla Benhabib, Arendt ontologiza la división sexual del trabajo y los presupuestos en los que se ha confinado a la mujer al hogar y a la esfera de la reproducción.¹⁷ Es decir, Arendt parece no cuestionar la asignación hecha desde la Antigüedad entre esfera privada y pública y caracteriza a la Modernidad como una confusión entre ambas esferas, sin una asignación clara a las mismas. Como señala Benhabib, esta lectura de Arendt contradice el lema bajo el cual se gestaron los primeros feminismos “de lo personal es político” y lleva a cuestionar si el lugar de lo personal está en lo político realmente o si dicha politización de lo personal no trae aparejada la desaparición de lo privado o íntimo, tan valorado desde algunas posturas liberales, además de otras teorías políticas. Para Benhabib, el feminismo necesita de una concepción de la esfera pública en la que se permita una visión liberadora de las relaciones humanas, que incluya, además, alguna noción de la privacidad.¹⁸

También Benhabib ubica los tres campos en los que la modernidad ha modificado la división de la esfera pública y privada, a saber: la emancipación de los trabajadores en donde las relaciones de propiedad se convirtieron en un tema de la esfera pública-privada, la emancipación femenina, en donde la familia se convirtió en un asunto político y la adquisición de derechos por parte de personas no-cristianas y no-blancas que ha puesto los temas de representación colectiva o del otro en la esfera pública.¹⁹

La recuperación de Arendt, por parte de Benhabib, pasa por la distinción entre privacidad e intimidad en la Modernidad, debido a la falta de expresión de la individualidad en la esfera pública, sobre todo por la alienación imperante en las formas

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Seyla Benhabib, “Feminist Theory and Hannah Arendt’s Concept of Public Sphere”, en *History of the Human Sciences*, vol. 6, núm. 2, 1993, pp. 97-114, p. 98.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 100.

¹⁹ *Ibid.*, p. 104.

de intercambio de mercancías en el capitalismo.²⁰ Es aquí, que para Benhabib, no se refiere a un lugar privado directamente ligado al concepto de propiedad privada, sino a un refugio que recuerda más a un lugar de protección, de hogar y que habilita al individuo a aparecer en la esfera pública.²¹

Este concepto de privacidad es para Benhabib uno que debe ser cultivado por el feminismo, para efectos de desestabilizar el concepto de familia heterosexual patriarcal por el de hogar. Así la separación del concepto de hogar del de familia implica nuevas formas de convivencia, incluida la de las parejas del mismo sexo, que inclusive en algunos lugares de América Latina (el D. F., Jalisco, Coahuila en México, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Uruguay por la vía legislativa y Oaxaca, en México, vía amparo, Colombia vía tutela y en Brasil vía interpretación judicial) ha logrado también disputar no sólo el concepto de hogar, sino también el de familia. De todos modos, los acuerdos afectivos y de relacionamiento familiar, además de la filiación, han permitido otras formas de realizar actividades en el ámbito de la intimidad, no sólo mediante el abandono de la intimidad sexual heterosexual como forma monolítica de referencia, sino también por medio de distintas formas en la crianza y educación de niños y niñas.

Para Benhabib, el propósito moral y cultural primordial del hogar es el desarrollo y florecimiento de la individualidad autónoma.²² Ante un debilitamiento del individuo en la esfera pública, mediante su conversión en consumidor en el capitalismo tardío, Benhabib supone un nuevo redimensionamiento de la esfera privada y toma una relectura para formular una crítica feminista del posicionamiento de dichas esferas en este entorno histórico.²³

Sin embargo, Benhabib recoge las críticas de Fraser y de Iris Young respecto a la forma en la que las labores de cuidado, la educación y la crianza de los niños y niñas, las libertades reproductivas y la violencia doméstica (entre otras actividades históricamente posicionadas en la esfera privada) se publicitan al cambiar de esfera.²⁴ La inclusión de dichas actividades en la esfera pública ha creado una burocracia-patriarcal-disciplinaria-capitalista, según Fraser, pero para Benhabib hay que distinguir entre dos aspectos de la inclusión pública de dichas actividades.²⁵ El primer aspecto es el carácter burocrático o normativo que se presenta propio de la burocracia-patriarcal-disciplinaria-capitalista, mientras que otro aspecto es el carácter público, como aquello que se encuentra en contacto con modelos asociativos de interacción política. Finalmente, Benhabib extiende su crítica a la judicialización

²⁰ *Ibid.*, p. 107.

²¹ *Idem.*

²² *Ibid.*, p. 108.

²³ *Ibid.*, p. 109.

²⁴ *Ibid.*, p. 110.

²⁵ *Idem.*

de la vida privada, sobre todo el ámbito familiar, al convertirse en un espectáculo los diferentes espacios de la vida privada.²⁶

Jürgen Habermas y su énfasis en el surgimiento de la sociedad burguesa

Si bien Arendt en *La condición humana* propone una importante aportación de los ámbitos de la esfera pública y la privada en la Modernidad, es la obra de Habermas *Historia y crítica de opinión pública*, la que marcaría una referencia para el desarrollo de la esfera pública hasta el capitalismo tardío. La principal diferencia es el concepto histórico de Modernidad, que en Arendt parece solamente contrapuesto al concepto de la Antigüedad y los antiguos; mientras que en Habermas, el concepto de Modernidad es menos una ontología y más historizado. Al igual que Arendt, el desarrollo de la esfera pública frente a la esfera privada de Habermas ha suscitado diversas reinterpretaciones desde la teoría feminista. La aportación de Habermas es especialmente relevante respecto a la intervención de los poderes públicos en la esfera privada, en especial como producto de la transferencia hacia el poder político de conflictos que no se podrían resolver exclusivamente en la esfera privada, la cual en el capitalismo tardío se vio acompañada de una lenta socialización del poder.²⁷ Esta socialización del poder era una categoría fundamental para la definición de la sociedad burguesa y representa lo privado dentro de lo público. Al igual que Arendt, Habermas ubica el ascenso de lo social como la reconfiguración de lo privado y lo público, pero realiza un análisis más crítico según el cual la propia esfera pública liberal se traicionó a sí misma al traicionar el potencial emancipador de la esfera pública.²⁸ La dialéctica entre la socialización del Estado y la estatización de la sociedad acabó borrando la división burguesa de la esfera pública en Estado y sociedad.²⁹ Aquí, Habermas sigue desarrollando la forma en que emerge lo social a la que ya apuntaba Arendt, pero continuando con la propia crisis de la división entre lo social y del Estado en el esfera pública. Esta impregnación de ambos sectores de la esfera pública estaría ubicada en Habermas por medio del desarrollo de las formas de producción capitalista, en especial del Estado social y el creciente intervencionismo estatal y paradójica y simultáneamente, una mayor privatización de funciones estatales. En el plano jurídico, este proceso se observa en la aparición de la disciplina del derecho social, reducida ampliamente en nues-

²⁶ *Ibid.*, p. 110.

²⁷ Jürgen Habermas, *Structural transformation of The Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge, MIT, 1989, p. 142.

²⁸ M. Warner, *Público, públicos y contrapúblicos*, p. 54.

²⁹ *Idem.*

tros días, como forma de regulación del Estado de bienestar, en el que la división tajante entre derecho privado y público no parece otorgar todos los medios de regulación.³⁰

Respecto a la intimidad dentro de la esfera privada, Habermas sostiene que se colocó del centro a los márgenes de la esfera privada, la cual a su vez sufrió un proceso de deprivatización.³¹ Un cambio fundamental que apunta Habermas es el abandono de la familia patriarcal burguesa de sus funciones como comunidad de producción.³² Este abandono de la familia como comunidad de producción cambió de manera importante las relaciones dentro de la familia, ya que viró hacia una dependencia de los ingresos salariales individuales, más que del proceso de producción. Así, el soporte material de las labores de cuidado en casos de enfermedades y cesantía laboral por vejez ya no podían ser soportadas por la producción familiar.³³ Al perderse esta capacidad, dichos servicios se proveían mediante el Estado de bienestar y de tal manera, la esfera privada en su parte íntima fue perdiendo control de decisión sobre cuestiones que controlaba históricamente frente al Estado. En palabras de Habermas: “De manera general (la familia) perdió el poder de determinar la conducta en cuestiones consideradas como las áreas más íntimas de la familia burguesa”.³⁴ Este desplazamiento desde las funciones de autoridad paternal indica la nueva relación entre la sociedad y los individuos constitutivos de la familia, sin pasar por dicha autoridad, por ejemplo, en la educación.³⁵ La familia como espacio íntimo parece más bien una ilusión de privacidad.³⁶

Finalmente, si bien la teoría de Habermas ponderó primordialmente las formas de producción, sobre cualquier otra forma de división de las esferas en categorías raciales y de género, ésta fue una omisión común tanto para la época en la que se escribió el texto (1962) como para el contexto de un marxismo todavía ajeno a la influencia de la nueva izquierda. No obstante, la concepción de Habermas de la esfera pública no es una de exaltación y ninguneo a la esfera privada, de hecho, según Warner, para Habermas: “La esfera pública burguesa consiste en personas y personas privadas cuya identidad se forma en la privacidad de la familia doméstica conyugal y que ingresan al debate racional-crítico en torno a cuestiones comunes a todos al poner entre paréntesis su corporeidad y estatus”.³⁷

³⁰ *Ibid.*, p. 148.

³¹ *Ibid.*, p. 152.

³² *Ibid.*, p. 154.

³³ *Ibid.*, p. 155.

³⁴ *Ibid.*, p. 156.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibid.*, p. 157.

³⁷ M. Warner, *Público, públicos y contrapúblicos*, p. 64.

Relectura de Habermas por Michael Warner

Al igual que con Arendt, se han propuesto relecturas a Habermas que complementen el aparente desdén que existe en su obra respecto a la esfera privada. Un ejemplo de estas relecturas es la obra de Michael Warner que se sitúa más en la teoría *queer*. En contraste con Benhabib, la cual mantiene el valor de la intimidad, al igual que varios teóricos liberales de la justicia, Warner tempranamente en su ensayo comienza por ejemplificar cómo el pudor y la naturalización de la distribución social de las esferas, puede ser un elemento para la jerarquización y consecuente subordinación de la esfera privada a la pública.³⁸ Señala Warner: “Estar en público es un privilegio que requiere filtrar o reprimir algo que es visto como privado”.³⁹ En gran medida, lo que se filtra en el discurso público es justo la categoría de lo atribuible a lo femenino, es decir, los espacios asignados en las sociedades occidentales a lo masculino se relacionan al concepto de esfera pública y los relacionados a la esfera privada se feminizan. Por eso el cuestionamiento público en la asignación de conductas sexuales no heteronormativas o de los roles de lo femenino en la esfera pública eran considerados como actos exhibicionistas o hasta impúdicos. En este sentido, el argumento de Benhabib, si bien necesario para mantener un cierto espacio de intimidad, no parece considerar que dicho discurso se inserta en la perpetuación de la jerarquización de la esfera pública sobre la privada.

Por ello señala Warner: “Los movimientos de las mujeres y los homosexuales representan grupos que, por definición, se vinculaban con una comprensión convencional de la vida privada: papeles de género, sexualidad, el hogar y la familia”.⁴⁰ De ahí que sus reivindicaciones parecieran escandalosas, al lanzar cuestiones condenadas a la esfera privada al espacio público. Resulta, por lo menos, llamativo que las nuevas reivindicaciones de relevancia religiosa en la esfera política, no detonaran tales reacciones de escándalo, sobre todo porque bajo el liberalismo político, las manifestaciones religiosas eran condenadas al mismo marco de privacidad que la sexualidad. Ejemplos de movimientos políticos, como el *Tea Party* o el panismo mexicano, que cuestionan la condena de la práctica religiosa a la esfera privada, parecen ser, paradójicamente, los sectores más escandalizados con las reivindicaciones de los movimientos de las comunidades de lesbianas, gays, travestis, transexuales, transgéneros, bisexuales e intersex (LGTTTBI) y de feministas.

Además, como apunta Warner, la diferencia entre el lenguaje en la esfera privada y la esfera pública marca el lenguaje que consideramos íntimo y el lenguaje so-

³⁸ *Ibid.*, pp. 18-19.

³⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 30.

cial y político del discurso.⁴¹ Por esto, la narrativa y la novela se erigió como el lugar, eminentemente privado en su origen pero con aspiraciones públicas, en donde las mujeres comenzaron a desarrollar un programa de desafío a la división de dichas esferas, por ejemplo: Virginia Wolf y Simone de Beauvoir; en nuestra América, Corina Matta de Turner, Sor Juan Inés de la Cruz, Flora Tristán, Clarice Lispector, Rosario Castellanos y Silvina Ocampo.

La literatura se convertía en una forma de desestabilización de la división de las esferas, que posteriormente sería reducida, y la tecnología capitalista reinstauraría la jerarquía de las esferas mediante la concentración de medios masivos de comunicación. Esta vía de penetración de lo privado, y más bien de lo íntimo, en la discusión de la esfera pública sería un hito en la politización feminista. En esta tradición se inscribe el desarrollo de los estudios de género y queer, de manera más temprana, en los departamentos de letras, antes que en sus contrapartes en las ciencias políticas y de manera mucho más tardía y limitada en las de derecho. También esta tradición y la asignación histórica del lenguaje privado a los sentimientos han llevado a una necesidad de compaginar el discurso privado con el público, como aconteció con el método narrativo.

En la estrategia política feminista, la narración de la experiencia así como el desarrollo de la sororidad y la metodología de grupos de concientización se erigen como dos aportaciones fundacionales de la irrupción de lo privado en lo público y guardan una cercanía con los métodos narrativos de la novela. Por ejemplo, la narración de hechos de violencia como forma de ejercer solidaridad y grupos de mujeres que toman la esfera pública por asalto, parece reproducir las técnicas del lenguaje íntimo dentro del discurso político. Los ejemplos son variados, como la conversión del discurso de denuncia de asalto sexual en un discurso político que no se ve atemperado por la vergüenza. Así lo ejemplifica la lucha por la justicia de género emprendida por las mujeres me'phaa, Valentina Rosendo e Inés Fernández, así como las mujeres en el caso Atenco. También las narrativas sobre la violencia sexual dentro de la Comisión de Verdad y Reconciliación del Perú, la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala o los esfuerzos de reparación de mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia. Un especial esfuerzo es la *Memoria de las mujeres mayas sobrevivientes de violación sexual durante el conflicto armado* publicado por el Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial (ECAP) y la Unión Nacional de Mujeres Guatemaltecas (Unamg).⁴² Ésta es una traducción, en un entorno posterior al conflicto armado, del método de la concientización. De hecho, las narrativas feministas también han transformado la esfera públi-

⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

⁴² *Tejidos que lleva el alma. Memoria de las mujeres mayas sobrevivientes de violación sexual durante el conflicto armado*, Guatemala, F&G, 2011.

ca, como señala María Pía Lara, al entretener la moral con la estética bajo un particular punto de vista que reordena los valores sociales y las necesidades.⁴³ De paso, la incursión del discurso feminista ha logrado perforar la rígida división de género entre las esferas privada y pública.

Como señala Mackinnon, el privilegio epistémico que el movimiento feminista otorgó a la concientización, enfatizó la narrativa colectiva basada en las experiencias de distintas mujeres para descubrir y analizar la dominación masculina.⁴⁴ La narración de experiencias era vista como algo parcial, propia de lo íntimo y, por ende, poco valorado como discurso público. Una aportación importante de la política feminista es la teoría del punto de vista, no sólo como lugar para la producción de conocimiento, sino también como forma de acercar la experiencia personal con la política y participación social, es decir, de mantener mayor congruencia entre el sujeto en la esfera pública y la esfera privada.⁴⁵ En este sentido, añade Warner: “La brecha percibida entre el yo o el papel público y el privado ha dado origen a un anhelo romántico de unidad, por lo menos entre quienes tienen el privilegio de ser públicos”.⁴⁶ Ahí es donde ubica una política de identidad asertiva en la que casos como los de la identidad étnica, la hermandad femenina o sororidad y la del orgullo gay, logran una mayor correspondencia entre los sujetos privados y los públicos.⁴⁷ Aquí es donde Warner ubica una nueva esfera y una nueva forma en la que se puede volver públicamente relevante la vida privada.⁴⁸ Este es el lugar de los contrapúblicos que agrupan a los transgénero, los feminismos y la teoría homosexual.

Un ejemplo de cómo este espacio denominado por Warner como contrapúblico ha irrumpido en la esfera de lo jurídico en América Latina, son los casos relativos a la libertad sexual, el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, la lucha por una vida libre de violencia para las mujeres, el cambio en los registros civiles derivado de concordancia sexo-genérica y el ensanchamiento de los derechos sexuales de las personas LGTTBI y mujeres y los avances en el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres.

Tomando en cuenta las críticas epistémicas de Harding y Mackinnon, que objetan la diferencia radical entre la esfera privada y pública y, por ende, la distinción

⁴³ María Pía Lara, *Moral Textures. Feminist Narratives in the Public Sphere*, Berkeley, University of California Press, 1998, p. 1.

⁴⁴ Catherine A. Mackinnon, “Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 3, 1982, pp. 515-544, p. 520.

⁴⁵ Quizá una de las representantes más importantes de la teoría del “punto de vista” es Sandra Harding en su obra *Ciencia y feminismo*, Madrid, Morata, 1996. También coordinó una obra fundamental para entender la teoría del punto de vista, *The Feminist Standpoint Theory Reader: Intellectual and Political Controversies*, Londres, Routledge, 2003.

⁴⁶ M. Warner, *Público, públicos y contrapúblicos*, p. 23.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 70.

entre el conocimiento objetivo y el subjetivo, se puede aventurar una postura similar frente a un campo de conocimiento cargado de poder y del sentido científico y patriarcal como es el derecho de familia. La pregunta sería: ¿Se puede crear un nuevo derecho de familia por medio de la metodología feminista de la narración y la concientización?

Por lo menos, en la formación del derecho como saber científico, la narrativa y la experiencia han sido condenadas a la valorización de la prueba en juicios criminales, familiares, patrimoniales y laborales a un marco objetivo de referencia, como son aquellas emanadas del aparato de legitimación estatal: las periciales y las forenses. Especialmente, en casos de violencia sexual, el testimonio de las mujeres ha sido infravalorado frente a otros métodos científicos de formación de la verdad. Por ejemplo, en casos de aborto espontáneo, la supuesta veracidad de una prueba de muy dudosa precisión científica ha sido la “docimasia pulmonar”, para recalificar el delito de aborto en homicidio en grado de parentesco.

No sólo en el ámbito probatorio se ha ignorado las diferentes experiencias y narraciones desde el cuerpo de las mujeres, como forma de creación normativa y de creación de conocimiento jurídico, el lenguaje subjetivo ha sido calificado como un no-derecho. Un ejemplo es la ausencia de las historias detrás de los casos que son analizados en la formación de abogados y abogadas, en las que parecería que la verdad jurídica se entiende manchada si es narrada por los propios sujetos y no por su representación legal. En el lenguaje académico del derecho y en la dogmática jurídica son pocas las ocasiones en que una postura jurídica se construye a partir de la experiencia, y más bien se valora como objetiva y científica la narración de los hechos contenidos en expediente, mediados por el lenguaje avalado como jurídico. Normalmente, esta operación invalida la narrativa de las partes en el proceso, tildándola de subjetiva y prestigia al lenguaje de poder/saber del juez/jueza, representante jurídico, analista especializado o profesor/profesora de derecho. Es decir, el letrado o letrada es quien tiene la última palabra y no las partes quienes encarnaron la experiencia, sobre todo si son mujeres cuyo discurso está menos avalado jurídicamente y que históricamente ha sido callado. El proceso judicial como parte de la esfera pública no parece encontrar lugar para el discurso privado, es más, su veracidad y objetividad reposa en un distanciamiento respecto a la experiencia subjetiva.

A las objeciones de método y asignación de discursos a diferentes esferas por parte de la teoría feminista hay que añadir una crítica más a la diferenciación entre espacios privados y públicos, en términos geográficos. Las zonas en las que se manifiesta lo privado han sido siempre la recámara y la casa, frente a las plazas y parlamentos en donde se ejercita el discurso público. Los espacios de negociación entre ambas esferas han sido los patios, mercados y el campo en cuanto a lugar de producción agrícola. En esta tradición es que el foro romano, las tabernas y clubes

de Habermas contribuyeron a la formación de la esfera pública, pero frente a estos espacios, los lavaderos, los patios, el *Hammam* y el prostíbulo se convirtieron en lugares que definían la esfera de privacidad en un entorno público.

Si bien el feminismo ubicó al hogar como un lugar de represión, de ejercicio de poder patriarcal, también el desarrollo del capitalismo occidental tornó al hogar como un lugar despolitizado cuya función es ser lugar de producción para salvar las necesidades. Estos dos elementos refirman el hogar como un lugar de poco prestigio para la producción de narrativas en la esfera pública. De ahí que gran parte de la regulación de lo que acontece en el hogar o lo que denominamos derechos de familia, proviene de la necesidad de normar dicha esfera en función de un debate discutido en la esfera pública, en la que lo propio del hogar se encuentra prácticamente excluido.

Lo acontecido en el hogar tiene relevancia, en tanto la esfera pública se ocupe de ello. La violencia no denunciada parece quedar fuera de cualquier interés de la esfera pública, lo que recuerda la frase de Arendt de la desigualdad privada frente a la igualdad en el espacio público, es decir, ese desarrollo histórico en donde en la esfera privada se toleraba no sólo la dominación del *pater familias*, sino el ejercicio privado de esa violencia frente a las mujeres, niños y niñas. ¿Es la intervención del Estado en este ámbito privado la forma en que se iguala la libertad existente en la esfera pública dentro de la esfera privada? La respuesta no es fácil y en ella reposa la conveniencia estratégica de la politización de lo privado.

En gran medida, el derecho de familia como forma de influencia de la esfera política en la esfera privada familiar, repetía la intervención religiosa y las formas sociales moralizantes. Los primeros códigos civiles de familia reproducían conceptos y valores religiosos en el ámbito secular, sobre todo en América Latina y los países predominantemente católicos. De tal manera, la intervención estatal en la familia parecía necesaria para perpetuar la dominación patriarcal y los arreglos desiguales, más que como forma de igualación. Los relatos de mujeres, niñas y niños excluidos de la esfera pública, también eran excluidos de la formación de las normas y también en las determinaciones judiciales. Inclusive, la esfera del matrimonio ha sido interpretada por los tribunales liberales como la Suprema Corte de Estados Unidos como una “zona de privacidad” especialmente protegida de la intromisión del Estado en casos como *Griswold versus Connecticut* y *Bowers versus Hardwick*, matrimonio heterosexual es una “zona de privacidad” con una protección especial contra la intromisión del Estado. Esta interpretación parece opacar el reclamo feminista de una mayor presencia del Estado en casos como violencia doméstica, violación entre consortes y aspectos patrimoniales y de guarda y custodia de menores en casos de divorcio. También la idea de privacidad, parecería entorpecer la regulación del Estado en casos de acoso sexual en el trabajo o discriminación en razón de género en empresas y espacios privados. En palabras de Mackinnon: “Para las

mujeres el grado de intimidad ha sido la medida de opresión⁴⁹. Warner objeta esa postura ya que la privacidad, en cierta medida, ha sido un factor para garantizar la autonomía corporal, en especial en el debate relativo al aborto en la Sentencia *Roe versus Wade*, y también ha servido para otorgar un refugio de protección de la violencia, pensemos, por ejemplo, en los refugios y casas de acogida para mujeres víctimas de violencia de género.⁵⁰

Para Warner, el feminismo introdujo una crítica política de la vida personal y la crítica identitaria de la vida política.⁵¹ Es esta primera cuestión la que es fundamental para el derecho de familia, ya que si bien el feminismo favorecía una intervención del Estado para transformar las relaciones de género en la sociedad, en general, y en el empleo y la familia, en particular, el mismo también se basaba en el concepto de privacidad, en lo sexual, y en el cuerpo para defender legítimas reivindicaciones como la libertad sexual, acceso a anticonceptivos y otros derechos reproductivos, incluyendo la autonomía como fundamento para solicitar un aborto.⁵²

También la división entre la esfera pública y la privada marca de manera importante la división sexual del trabajo, en la que el trabajo doméstico y de cuidado es predominantemente femenino, privado y no remunerado, mientras que el trabajo fuera del hogar es visto como productivo, predominantemente masculino y a la vez remunerado y público. Una curiosa paradoja es que al ganar espacios en el mercado laboral, las mujeres se encontraban con las mismas formas de abusos que reinaban en el ámbito doméstico, como el acoso sexual, cubierto en un primer momento de un pacto de privacidad patriarcal, en el que dichos actos eran silenciados para “evitar el escándalo”. Es decir, en este sentido, la esfera privada de la empresa u oficina, como lugar “privado”, más bien operaba en la misma medida que el acuerdo patriarcal familiar, en el que la desigualdad reinaba.

En todos estos casos la forma de separación entre la esfera privada y la pública reposa, en gran medida, en su reconocimiento normativo, y por ello el derecho se erige como una forma de definición, si bien no la única, de lo que corresponde a cada una de las esferas. Pensemos, por ejemplo, en la ausencia de reconocimiento del trabajo doméstico como forma de trabajo protegida por la seguridad social, con la consecuente ausencia de pensión por cesantía, vejez, enfermedad o accidente, o la violación dentro del matrimonio considerada fuera del ámbito de persecución penal en la práctica judicial o legal latinoamericana.

⁴⁹ C. A. Makinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard, 1987, p. 100.

⁵⁰ M. Warner, *Público, públicos y contrapúblicos*, p. 32.

⁵¹ *Ibid.*, p. 33.

⁵² *Ibid.*, pp. 34-35.

Modificación de las relaciones de poder en el espacio privado en América Latina

Si bien las reivindicaciones feministas occidentales han concentrado sus esfuerzos en transformar la esfera pública en un lugar más igualitario y de mayor participación para las mujeres y de mayor diversidad sexual, quizá el descuido y desdén de la esfera privada no ha permitido ubicar un feminismo menos centrado en las necesidades de las mujeres que sienten la necesidad de cambios en la esfera privada. La inclusión de las mujeres en igualdad de circunstancias a un mercado laboral, en sí mismo injusto, marcado por las diferencias de clase y una pauperización y explotación, no muestra este reclamo como anticapitalista. Tampoco representa la prioridad fundamental para muchas mujeres subalternas que no viven en los grandes centros urbanos interconectados por la etapa avanzada del capitalismo global. Tampoco la participación política en esquemas representativos nacionales, olvidando por completo formas de politización comunitaria, parece ser la prioridad para muchas mujeres a las que el acceso al agua, salud, y sobre todo a salud sexual y reproductiva, espacios seguros de la violencia de género y la alimentación parecen ser contingencias más inmediatas. El hogar como un lugar de violencia, pero también de producción del valor de uso, frente al valor de cambio, también merece una reconfiguración.

Mediante una crítica feminista al derecho de familia, la intervención del Estado puede operar, como un traslado “del patio a la plaza”, diferentes reivindicaciones.⁵³ Es así que las relaciones de parentesco marcan la forma en que el espacio interior se configura, en especial aquellas establecidas por la validación estatal del relacionamiento sexual-afectivo, es decir, el matrimonio. Volviendo a Arendt y su naturalización del espacio privado como pura desigualdad, deberíamos preguntarnos si todo el trabajo vertido para igualar la esfera pública no debería tener una contrapartida en la esfera privada. Es decir, siguiendo a Pilar Ballarín y a Cándida Martínez, habría que analizar en qué esferas de actividades se excluyen a las mujeres y en cuáles a los varones.⁵⁴ Pues, como apuntaban Warner y Benhabib, existen formas en las que la esfera privada puede ser vista como un lugar de formación de la politización. El patio en las sociedades mediterráneas –y en medida menor, pero presente en las sociedades latinoamericanas coloniales y criollizadas– representa un espacio interno de socialización, que se crea desde el hogar, el lugar en donde el derecho familiar se proyecta. El propio derecho de familia parece partir de una

⁵³ La frase “del patio a la plaza” propone una inversión de los lugares de decisión política. Cfr. Pilar Ballarín Domingo y Cándida Martínez López (eds.), *Del patio a la plaza. Las mujeres en la sociedades mediterráneas*, Granada, Universidad de Granada, 1995, pp. 7-8.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 10.

contradicción: la necesidad del poder político de proyectarse en un lugar privado, el del hogar. El patio, para Zined Guerroudj: “Puede entenderse como territorio de sociabilidad esencialmente femenina, como espacio de reclusión de las mujeres, como un ‘dentro’ con relación al lugar que se considera un ‘fuera’, o un lugar de emancipación y de liberación”.⁵⁵ La oposición que encuentra Guerroudj en el patio frente a la plaza en las sociedades mediterráneas es la misma que se presenta en las teorías de Arendt y Habermas y, al igual que estos últimos, refuerza la noción dinámica, y por tanto histórica y dialéctica de las mismas. Además de geografías específicas y espacios arquitectónicos, el patio y la plaza son para Guerroudj una metáfora de los lugares sociales.⁵⁶ Así, hay ciertas actividades que se relacionan con tales metáforas: el patio como lugar doméstico y de relacionamiento familiar (lugar preponderante del derecho privado de familia); la plaza como lugar de protesta y donde se instalan las urnas electorales (por ende, de ejercicio de derechos políticos y electorales propios del derecho político-constitucional). Combinando las teorías de Guerroudj con la Habermas: ¿sería el patio, el balcón, las escaleras de los edificios y los porches de las casas en las sociedades mediterráneas y latinoamericanas para las mujeres, equivalente de los salones, tabernas y cafés? Es decir, son los lugares de socialización y de politización de las mujeres, de contacto entre las esferas y por tanto de reordenamiento de las mismas. Entonces, el derecho de familia permeado por los avances del feminismo en el terreno constitucional, y por ende político, es el lugar del derecho donde dichas metáforas confluyen haciendo público, en términos de igualdad, la regulación de lo privado y privatizando el terreno de lo público, al apuntar a la necesidad política de proteger los mismos derechos en el terreno privado que en el público.

Privacidad, intervención estatal y familia

Lauren Berlant y Kendall Thomas sobre la definición judicial de la privacidad

Si el derecho se conforma como el instrumento capaz de enunciar la separación y la repartición de espacios entre la esfera pública y la esfera privada, el lugar propio en el que se ha concentrado la definición jurisdiccional de ambas esferas es el de la privacidad. Sobre todo, la Corte Suprema norteamericana ha valorado dicha esfera como fundamental para el desarrollo de la ciudadanía norteamericana y se ha creado un concepto sólido de privacidad que no deja de mostrar contradicciones

⁵⁵ Zineb Guerroudj, “Desplazamientos del patio a la plaza”, en P. Ballarín Domingo y C. Martínez López (eds.), *Del patio a la plaza...*, p. 280.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 282.

derivadas de la asignación selectiva de ciertas actividades relacionadas a la sexualidad y la familia a dicho ámbito. ¿Es la privacidad siempre un lugar de resguardo o también una especie de zona sin ley en la que el Estado no participa y la voluntad individual se impone? Berlant define el desarrollo jurisprudencial norteamericano de la privacidad como:

Basada en una noción de espacio seguro, de un espacio híbrido del hogar y de la ley en el que la gente puede actuar legal y amorosamente entre sí, libre de las determinaciones de la historia o de las coerciones del dolor, la teorización institucional de la privacidad sexual está tomada de un léxico de sentimiento romántico, de un anhelo por el espacio en el que no hay problemas, un lugar cuya constitución legal sería tan poderosa que allí el deseo podría encontrarse con la disciplina moral, volviendo realidad la regla soñada.⁵⁷

De manera general, Berlant ubica en la privacidad un refugio real para el desarrollo libre de la autonomía personal. Igualmente, Warner señala que el feminismo tuvo una importante influencia en ver “las cuestiones domésticas y privadas, normalmente fuera de la mirada pública, como si fueran un área legítima de preocupación común”.⁵⁸ Esto significaba intervención estatal en cosas como violación marital, el maltrato del cónyuge, los derechos al divorcio, la prostitución y el aborto. De manera más radical, Catherine MacKinnon condenó a la privacidad como lugar de opresión al señalar que la medida de la intimidad ha sido la medida de la opresión.⁵⁹

En este sentido, la privacidad ha sido una zona creada por vía jurisprudencial y un rincón esencial para entender la sociedad norteamericana. Quizá este concepto de privacidad es una de las aportaciones más características del constitucionalismo norteamericano. ¿Es exclusiva de dicho contexto social, político o histórico o muestra características que se incluyen en otros sistemas normativos? Dada la prevalencia, casi imperial, del constitucionalismo norteamericano como estándar y aspiración en el ideario contemporáneo del constitucionalismo latinoamericano, resulta plausible pensar en una importante influencia en cierta élite judicial, académica y en el foro latinoamericano.

La aparición de la privacidad en el derecho constitucional norteamericano comienza con la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso

⁵⁷ Lauren Berlant, *El corazón de la nación. Ensayos sobre política y sentimentalismo*, México, FCE, 2011, p. 33.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁹ C. A. MacKinnon, “Privacy vs. Equality: Beyond Roe vs. Wade”, en *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, pp. 93-102.

Griswald versus Connecticut.⁶⁰ El cual se refiere al uso de anticonceptivos por parte de parejas casadas y fue el primer caso en el que la privacidad se consideró un derecho no enunciado explícitamente en la Constitución norteamericana, pero existente en su interpretación. Cabe señalar que los derechos sexuales y reproductivos han estado en el centro del desarrollo judicial del concepto de privacidad. Berlant apunta al modelo de distinción entre dos privacidades que señala *Griswald*, por un lado, la privacidad protegida del matrimonio heterosexual, y por otro, la privacidad ilícita del adulterio y la homosexualidad.⁶¹ Así, el matrimonio heterosexual se encuentra como el *locus* de la privacidad, no sin intervención estatal, ya que es esta intervención la que valida la existencia misma del matrimonio. Respecto a intimidades, las relaciones entre esposa y esposo se consideran como propias de dicha esfera en tanto matrimonio validado, no así las relaciones extramaritales y homosexuales a las que no se puede apelar como privacidad, sino que serían una privacidad ilegítima. A esta separación entre las sexualidades permitidas y entendidas como legítimas y aquellas que, aún practicadas en la intimidad, no merecen dicha protección, Berlant las denomina como la disciplina estatal de zonificación. Así, el matrimonio heterosexual merece la mirada complaciente del Estado, en el que no solamente se protege, sino que tiene “autoridad de tradición”, mientras que la mirada disciplinaria del Estado apunta a las prácticas sexuales no legales, aunque ellas se den en la misma esfera de privacidad, lo que marca en palabras de Berlant un verdadero *apartheid* de la ley de la privacidad. La forma en que la mayoría de la Suprema Corte estadounidense definió la privacidad muestra las contradicciones del concepto de privacidad en el matrimonio, ya que a la vez señala como sagrada dicha relación, debido a su necesaria función de reproducción social, mientras que muestra el pudor que debe de guardar el Estado al intervenir. Así, la frase: ¿permitiríamos que la policía investigara los sagrados recintos de las recámaras maritales en busca de señales deladoras del uso de anticonceptivos?⁶² Aquí la Corte resume, lo que podríamos denominar la ideología de la alcoba matrimonial heterosexual. Es decir, ese recinto es sagrado en tanto se practiquen funciones sexuales, que si bien no tienen como propósito la reproducción, se presentan en arreglos validados por el poder disciplinario del Estado.

Pero la alcoba matrimonial es también el lugar en donde se cometen delitos y un lugar en donde se ejerce la violencia doméstica. En otra decisión fundamental de la Suprema Corte de Estados Unidos relativa a derechos reproductivos, el argumento de la privacidad parece ser a la vez el fundamento del precedente de *Roe*

⁶⁰ 381 U.S. 479 [1965].

⁶¹ L. Berlant, *El corazón de la nación...*, pp. 34-35.

⁶² *Ibid.*, p. 37.

*versus Wade*⁶³ y también un precepto sobre el cual tomar distancia, sobre todo respecto a la privacidad basada en la ideología de la alcoba matrimonial heterosexual construida en *Griswald*. Este viraje se da en *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania versus Casey*, sobre todo en lo relativo a la obligación contenida en la disposición de la ley de Pennsylvania declarada inconstitucional, en la que se obliga a la esposa a notificar a su esposo su intención de abortar.⁶⁴ Aquí aparece, en toda su expresión, el terror de la amenaza de la violencia doméstica que opera, justamente, en el margen de la impunidad de la privacidad. Ante esta realidad, en palabras de Berlant y de la Corte: “En síntesis, las condiciones ‘espantosas y torturadas’ de la domesticidad marital en los hogares donde hay mujeres golpeadas requiere que la Corte no proteja la privacidad sino que impida a ésta convertirse en la unidad de ciudadanía modal por lo que a la ley de la privacidad se refiere”.⁶⁵ Subyace, pues, el lugar de la privacidad, como hogar, como un locus de la violencia en el que como señala Mackinnon: “Es el lugar donde los hombres pueden hacer lo que quieran porque las mujeres viven ahí”.⁶⁶

Ante esta postura, cabe contrastar la propuesta de Warren, sobre la cual cierta esfera de privacidad es necesaria para la formación de la subjetividad necesaria para acceder a la esfera pública y su idea de la privacidad como refugio. Mackinnon parece negarle cualquier carácter de refugio a la privacidad y lo ve como un lugar de impunidad e imposición del poder patriarcal, a lo que Berlant añade que el lugar de la privacidad es eminentemente heterosexual. Es decir, si bien la concepción de Arendt ha sido tan criticada, con buenas razones, desde la teoría feminista, parece que su esfera privada, como lugar donde se manifiesta la desigualdad, parece reactivarse en el pensamiento de Mackinnon.

El modo en el que formas no matrimoniales de relacionamiento sexual comienzan a ganar reconocimiento como privacidad ensancha la aceptación del Estado del valor equiparable de dichos arreglos al matrimonio heteronormativo. Es en esta operación en la que a la vez se desestabiliza la narrativa de la exclusividad del matrimonio a funciones reproductivas, pero a la vez se reifica el matrimonio como forma social de intercambio validada por el poder disciplinario. Si bien, como estrategia de litigio, existían buenas razones para utilizar el derecho a la privacidad para efectos de evitar la calificación del Estado sobre la validez del tipo de relaciones sexuales que se dan en la intimidad, esta misma operación anularía la intervención de normas no discriminatorias en los comercios privados. El riesgo latente es la ex-

⁶³ 410 U.S. 113 [1973].

⁶⁴ 112 S. Ct. 2791 [1992].

⁶⁵ L. Berlant, *El corazón de la nación...*, p. 45.

⁶⁶ C. A. MacKinnon, “Reflections on the Law in the Everyday Life of Women”, en Austin Sarah y Tomas R. Kearns (coord.), *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1995, p. 117.

tensión de la ideología de la alcoba matrimonial heterosexual a todos los espacios de propiedad privada. Así, la finca, el burdel y el hogar parecen hermanarse en espacios herméticos al cambio social en las relaciones de género. Thomas, en su revisión del caso *Bowers versus Hardwick*, señala que este caso, en el que se arresta a una persona por mantener relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo, parece ser el más privado de todos los casos de privacidad, ya que Michael Hardwick fue arrestado en su alcoba, por hechos ocurridos en su cama.⁶⁷ Sin embargo, Thomas sostiene que las tecnologías de biopoder que operan en la sanción no sólo criminal de la homosexualidad en el caso *Hardwick*, pertenecen a una constelación de prácticas que escapan el ámbito de la privacidad.⁶⁸ Más importante, parece la crítica a la privacidad como “epistemología del closet”, en la que Thomas, siguiendo cercanamente a Eve Kosofsky Sedwick, sugiere que la privacidad es más una prisión que un refugio.⁶⁹ En este sentido, la condena de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo al velo de la privacidad, contrariamente de las relaciones heterosexuales, resulta muy parecido a la condena de lo femenino a lo que no merece ser considerado públicamente. Más aún, esta condena de lo hogareño a la obscuridad era lo que, bajo un argumento de no intervención estatal, mantenía al margen de la intervención estatal mediante el derecho, la violencia ejercida en el espacio matrimonial validado por el Estado.

Quizá el mejor ejemplo de la extrapolación de la epistemología del closet y de la ideología de la alcoba heterosexual en nuestra América es el caso de la violación entre consortes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México varió el criterio referente a la violación entre consortes, la cual consideró no como un delito, sino como el “ejercicio indebido de un derecho” en una jurisprudencia, por fortuna ya modificada.⁷⁰ Este criterio marcaba, en 1994, el final de una etapa de la Su-

⁶⁷ 478 U.S. 186 (1986). Kendall Thomas, “Beyond the Privacy Principle”, *Columbia Law Review*, vol. 96, núm. 6, 1992, pp. 1431-1516, p. 1437.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 1440-1441.

⁶⁹ Eve Kosofsky Sedwick, *Epistemología del armario*, Barcelona, Ediciones de la Tempestad, 1998; K. Thomas, “Beyond the Privacy Principle”, en *op. cit.*, pp. 1455-1456.

⁷⁰ Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los ministros: Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green en contra de los emitidos por los ministros: Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal. Tesis de jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores ministros: presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 77, mayo de 1994, página 18, Primera Sala, tesis 1a./J. 10/94; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIII, mayo de 1994, página 63. Apéndice 1917-2000, t. II, Materia Penal, Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 294, Primera Sala, tesis 405.

prema Corte Mexicana y a la vez reafirmaba la ausencia de protección a derechos fundamentales que marcaría su historia hasta ese momento. En un voto dividido, y vergonzosamente sostenido por las dos únicos ministros (el uso del término en masculino marcaba la ausencia completa de una preocupación de género), Clementina Gil de Lester y Victoria Adato Green, la Primera Sala confirmaba que el cuerpo femenino se encontraba a disposición sexual del varón en la medida en que mediara un acuerdo matrimonial. La tesis resultante de dicha decisión incluía la siguiente frase: “El cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja” y limitaba el cese de la obligación de cohabitar, cuando a un listado no enunciativo de casos que parece mostrar el umbral de pudor con la que la Primera Sala regulaba la actividad sexual lícita. Si bien el cónyuge (varón) tenía el derecho al acceso carnal, parecía abusar de dicho derecho sólo cuando: estaba en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o el acto se consumara en presencia de otras personas, si la mujer tuviera algún padecimiento como parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. La epistemología del clóset parecería aparecer bajo el manto en el cual las relaciones sexuales entre cónyuges no sólo se garantizarían, suponemos con fines reproductivos, sino que las mismas sólo serían censurables no cuando no fueran autónomas y consentidas, sino en un exceso de lenguaje de biopoder, promocionaran la transmisión de enfermedades, fueran realizadas por personas consideradas físicamente no aptas para mantenerlas o abusando de sustancias. Mientras tanto, la ideología de la alcoba matrimonial heterosexual aparecería en el muy interesante caso en el que la relación sexual entre cónyuges fuera expuesta a la mirada de un público.

Cabe señalar que este caso muestra también la mirada sobre la disciplina sexual familiar que tenía tanto el legislador como la Primera Sala hasta 2005, en la que la relación sexual conyugal no sólo se mantenía fuera de la mirada pública, sino también fuera de otros acuerdos sexuales en los que intervinieran otras personas además de los cónyuges. Sin explícitamente decirlo, la censura legislativa y judicial al sexo conyugal frente a ojos extramatrimoniales, a su vez, condenaba el adulterio, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y también el sexo no reproductivo. Es decir, al proteger el espacio de privacidad de la alcoba matrimonial, no sólo se privilegiaban dichas relaciones como lícitas, aun sin el consentimiento de la mujer casada, sino que se censuraban el resto de relaciones sexuales dentro y fuera del clóset-alcoba.

Tomó casi 9 años para que la Suprema Corte mexicana revirtiera dicho criterio y, con ello, permitiera la intervención estatal más radical, la criminal, a la alcoba matrimonial heterosexual. Dentro de *Varios 9/2005*, la Primera Sala, con otra configuración y como ponente la ministra Olga Sánchez Cordero, modificó dicho criterio en una de las primeras decisiones en las que se apela a la libertad sexual como

un derecho de autodeterminación.⁷¹ Así, se desplazaba una noción de esfera privada como barrera de contención de toda acción estatal, se introducía el cuerpo como campo de autodeterminación, a la vez no situado en un espacio concreto como la alcoba matrimonial o las relaciones no matrimoniales. De hecho, la tesis equipara el consentimiento requerido para ejercer relaciones sexuales consentidas dentro y fuera del matrimonio y, por ende, reconoce ambos ámbitos del ejercicio de la sexualidad como legítimos. Para reafirmar esta postura, el propio *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere a que el principio de autonomía sexual no se encuentra condicionado al estado civil de las personas.⁷²

Familia e intervención estatal

En el ámbito del derecho, la división entre derecho privado y derecho público, que replica de cierta manera las propias concepciones de la esfera pública y privada, se ha visto desestabilizada por diversos motivos: la absorción de estándares internacionales en materia de derechos de las mujeres, el activismo feminista nacional local y transnacionalizado y, finalmente, por la emergencia de normas y políticas públicas relativas a no discriminación que contienen, como categoría sospechosa, la discriminación de género y sexo. En especial, las líneas de fractura que se presentan son: la incorporación de normas relativas a discriminación aplicables a espacios y relaciones consideradas históricamente dentro de la esfera privada, la aparición de normas en materia de acoso sexual y violencia familiar, el lento avance hacia la consideración jurídica de la familia como distinta al concepto monopólico de la relación heterosexual-reproductiva y, finalmente, normas e instituciones relativas a políticas relativas a la violencia contra las mujeres.

La familia como objeto/sujeto del derecho muestra uno de los campos de más difícil definición entre las esferas pública y privada de regulación jurídica. El problema no es menor, ya que desde el derecho romano, la juridificación de las familias se inscribía en una difícil relación entre el derecho público y derecho privado y, por ende, una tensión entre estas esferas. Dos potentes tendencias parecen contender

⁷¹ Varios 9/2005-PS. Solicitud de modificación a la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94, derivada de la contradicción de tesis 5/92, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. Solicitante: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. 16 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. Tesis de jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala, en sesión de fecha treinta de noviembre de dos mil cinco.

⁷² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013, p. 15.

en dicho espacio para incluir las relaciones familiares: el primero de ellos, la irrupción social del feminismo y los movimientos LGTTTBI y, por otro lado, el creciente empuje del derecho público en el ámbito del derecho de familia.

Una de las aportaciones más importantes tanto de la práctica política como de la teoría feminista es la desestabilización de la división de la esfera pública sobre la privada. El lema “lo personal es político” no sólo lo muestra retóricamente, sino que muestra uno de los ejes principales o lo que para algunas teorías es el corazón mismo del pensamiento y acción feminista. En algunos casos, la distinción entre lo privado y lo público fue considerada como sinónimo de patriarcado, reservando el espacio público a lo masculino y lo privado a lo femenino. Por lo general, la condena a la esfera privada tanto de la sexualidad, en el caso de personas LGTTTBI y mujeres, o del trabajo “doméstico” se erigen como las dos formas de encerrar dichas manifestaciones y de ejercer un control efectivo. Por ejemplo, Marcela Lagarde habla del confinamiento radical de las mujeres a espacios privados (el harén, el prostíbulo, el convento, el manicomio, pero también el hogar de la madre-esposa) como los cautiverios.⁷³ El hogar como cautiverio parecería ser un lugar propicio para la intervención estatal con la finalidad de igualar el terreno doméstico y evitar el abuso patriarcal. No obstante, esta noción parece directamente contraria a la utilización de la privacidad como forma de garantizar la no intervención de un Estado patriarcal en las decisiones de las mujeres en el ámbito de la reproducción y la sexualidad.

Por otro lado, también existe una tradición de utilización del reclamo del carácter privado de los espacios y, sobre todo, de la propiedad privada como forma de limitar los avances progresistas en materia de derechos. Dicha característica emparenta a casos en tiempos y geografías tan variadas como algunos argumentos de empresarios norteamericanos durante el siglo XIX ante los tribunales federales, mediante los cuales se trataba de declarar inconstitucionales ciertos estándares mínimos laborales por supuestamente contravenir la libertad de empresa o de propiedad o la negación de ciertos dueños de establecimientos comerciales de admitir a afroamericanos dentro de ellos, al sugerir que eran establecimientos privados, lo mismo sucede con la aplicación de normas en materia de no discriminación o salud pública en el Distrito Federal.

Las obligaciones internacionales comunes a casi la totalidad de los estados latinoamericanos y en especial el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, a la par de las disposiciones convencionales relativas a la discriminación racial, han sido los instrumentos que, de manera más contundente, han superado la tradicional restricción del ejercicio de derechos sólo como

⁷³ Marcela Lagarde, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 4a. ed., México, UNAM, 2005.

contraposición de la actividad del Estado. Tanto la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belem do Pará) proscriben la discriminación y violencia contra las mujeres tanto en la esfera pública como en la privada. Sus obligaciones rebasan el histórico enfoque estatal de las normas de protección de derechos humanos. Así, el lugar y sujeto de las violaciones a los derechos de las mujeres contenidas en la CEDAW y la Convención de Belem do Pará era el espacio doméstico principalmente y el varón. En el caso de violencia contra las mujeres, la intervención estatal se acrecentó a raíz de la entrada en vigor de la Convención de Belem do Pará y la reacción legislativa ante casos presentados en el sistema interamericano. En uno de los estados más poblados en América Latina se comenzó a redactar normas relativas a la violencia de género a raíz de la presentación de un caso en su contra ante la Comisión Interamericana. Éste es el caso de Brasil y su legislación en materia de violencia de género que lleva el nombre de la solicitante de un caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos derivado de ataques en el espacio doméstico que le causaron paraplejía. La Ley Maria da Penha o Lei 11.340 del 2006 deriva directamente de la resolución del caso ante el sistema interamericano.⁷⁴ En el caso de México, la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del 2007 también expone un nuevo campo en el que los casos de violencia en espacios familiares merecen una respuesta estatal. ¿Estamos entonces ante un nuevo intervencionismo estatal en el ámbito privado? ¿Vale la pena mantener los conceptos de intervencionismo y esfera pública/privada en el derecho de familia?

Conclusión: hacia una teoría jurídica de los residuos de lo estrictamente privado

Arendt señalaba que en los residuos de lo estrictamente privado quedaban las necesidades corporales, quizá se debería rescribir esta idea de la siguiente manera: en el residuo de lo estrictamente privado queda el cuerpo. Dicho cuerpo, atribuido socialmente al género de mujer o de varón u otros acomodos genitales, es el lugar donde se ejercen los derechos. Nada más claro que la prohibición de la tortura y la equiparación de ciertas prácticas en el cuerpo de la mujer con la tortura, como el sexo no consentido o la imposición de la maternidad o esterilización forzada. Pero el cuerpo se mueve tanto en la esfera pública como en la privada y es un lu-

⁷⁴ Informe No 54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, informe final de 16 de abril de 2001.

gar político y público, pasa del patio a la plaza, de la alcoba al parlamento. El lugar en donde se encuentra no parecería ser relevante para calificar un acto de violación como un acto de débito conyugal, una tortura como una obligación de procreación dentro del esquema reproductivo de la familia, una relación sexual no heteronormada como forma de afectividad que no se equipara a la de una familia o lesiones o un asesinato como actos no punibles. También el cuerpo femenino no debería estar constreñido a un lugar privado o a un público atuendo para no ser considerado como solicitante de sexo heterosexual en la esfera pública. En estos casos, la labor del Estado y del derecho no sólo se limitaría a la contemplación neutral de las diametrales diferencias de poder en razón del género, tanto en la esfera pública como en la privada.

Como se señalaba, el hogar no siempre es un lugar idealizado, ajeno a la violencia y la pasividad del Estado, ante tales situaciones representa ya una decisión, y por tanto, una intervención. En una equiparación del argumento sobre no intervención del Estado en la familia con el de *laissez faire laissez passe* en el mercado, Frances E. Olsen ha desmontado muchos de los mitos sobre la intervención del Estado en la familia.⁷⁵ Ya existe intervención pública simplemente en el reconocimiento de la familia como aquella derivada históricamente del matrimonio heterosexual. Reconocimiento equiparable a la familia de cohabitantes y parejas del mismo sexo, muestran en qué grado el Estado decide lo que constituye la familia. También los tiempos en los que opera la relación familiar son marcados por el Estado, no sólo mediante el divorcio, sino por medio del establecimiento, reducción, incremento y suspensión de obligaciones alimentarias o de la guarda y custodia de niños y niñas.

Otra intervención temporal es la edad mínima del matrimonio. Es decir, el matrimonio es una intromisión del Estado en la vida familiar, en muchos sentidos heredando las técnicas disciplinarias de la religión. Así, la partida o acta de nacimiento hace las veces de la fe de bautismo, o el acta civil matrimonial reproduce el poder normativo de la celebración religiosa de casamiento. Por ende, el argumento no intervencionista sólo avalaría la omnipresencia de un poder menos atemperado por el debate público, aquel derivado del patriarcado heteronormativo. Llama la atención que los nuevos llamados a la no intervención del Estado en la familia, no vengan desde posturas libertarias, sino desde discursos en los que la esfera íntima es el último refugio de los valores tradicionales, frente a un espacio público permeado por la participación de contrapúblicos: feministas y militantes LGTTTBI. De hecho, el llamado a la no intervención por dichos grupos sólo aparece cuando la labor del Estado comienza a reducir su tradicional función de reforzamiento del patriarcado en

⁷⁵ Frances E. Olsen, "The Myth of State Intervention in the Family", en *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, 1985, pp. 835-863.

la familia.⁷⁶ Un ejemplo de cómo el Estado sigue reforzando el patriarcado es la valorización que hacen jueces y juezas de las labores de cuidado y de trabajo no remunerado en el hogar como forma para cuantificar las pensiones alimenticias en casos de divorcio. Aquí la opción entre un reconocimiento patrimonial del trabajo no remunerado o la valorización sólo del trabajo remunerado se encuentra cruzada por las mismas nociones de género de las esferas público y privadas. La decisión de reconocer patrimonialmente un trabajo privado refuerza la noción de obligación conyugal femenina en el caso de matrimonios heterosexuales; sin embargo, la ausencia de reconocimiento patrimonial de dicho trabajo negaría valor alguno al mismo, reforzando el privilegio del trabajo prestado en la esfera pública. Quizá se necesita otro tipo de actividad estatal, como la aceptación del trabajo doméstico como trabajo cotizante en la seguridad social y permitir el acceso a una pensión al momento de la separación, enfermedad o cesantía laboral.

La intervención estatal necesaria pasa por que se acepten roles familiares distintos a los de la relación jerárquica patriarcal en la familia, tanto en las relaciones entre varones y mujeres como entre adultos y niños (en su caso). Para ello, la noción de la familia como parte de una esfera social, como la planteada por Arendt, que a la vez, se mueve entre la esfera privada, la pública y la contrapública.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 843.

LA PERSONA EN EL DERECHO ¿LA MUJER?

Lucía Raphael

*La persona física (personnae por excelencia) es el individuo. La persona es el ser humano tal cual es considerado por el derecho. Una teoría de la personalidad debería ser una teoría jurídica del hombre.*¹

JEAN CARBONNIER

Primera parte. La persona en el derecho: La mujer, el hombre, el ser humano

Como escribe la filósofa Ana María Martínez de la Escalera: “La acción de afirmar mediante el discurso [...] crea la referencia afirmada, gracias a la suposición corriente (metonímica) de que la lengua describe sin mediación alguna el mundo que nombra”.² Nombrar es entonces dar sentido a las cosas, darles existencia en el mundo, y el derecho no es una excepción, podemos observar que en la práctica, como en el lenguaje elegido para su discurso y análisis, el mundo de lo jurídico nombra al “hombre” como categoría ontológica incuestionable, mostrando que la naturaleza falocéntrica de este sistema de pensamiento está al origen del derecho mismo. De esta manera, como la filósofa expone al inicio de su ensayo “Consideraciones sobre justicia, violencia de género y política feminista”:

Un imperativo del pensamiento crítico social contemporáneo, en su búsqueda del necesario diálogo entre los saberes de la academia, las políticas públicas y el dis-

¹ Jean Carbonnier, *Droit Civil. vol. I. Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales*, París, PUF (1955), 2000, p. 15.

² Ana María Martínez de la Escalera, “Consideraciones sobre justicia, violencia de género y política feminista”, en Lucía Raphael y María Teresa Priego (coords.), *Arte, justicia y género*, México, SCJN / Fontamara, 2013, pp. 8-16.

curso crítico [es] que [debemos] tener presente y examinar los vocabularios mediante los cuales el diálogo [se] lleva a cabo; y que es conveniente [...] dedicarle el mismo tiempo al análisis de lo discutido como a las maneras en las que se enuncian –se nombran, se describen y se ofrecen al diálogo– las cuestiones a debate. No ha llegado el momento de hacer caso omiso de la dimensión del lenguaje y de las fuerzas que en él se desatan cuando se conversa³ y se dialoga.⁴

En ese sentido, la lectura de los clásicos de la teoría de la personalidad jurídica, así como los textos de los historiadores del derecho romano, son un campo infinito de puntos de estudio desde esta perspectiva. Desde las lecturas obligadas en el camino de la formación de derecho a partir de los primeros semestres de la carrera, hasta los últimos de la formación de posgrado, el estudiantado puede sentir en el lenguaje jurídico un discurso definido por la elección de términos, los comentarios a pie de página, o por la manera de abordar los temas. Se trata, pues, de una forma de ver el mundo en la que vamos siendo formateados mediante la enseñanza.

Ese lenguaje jurídico no genera únicamente comprensión y facilidad de aplicación en las praxis, se trata, más precisamente, de un lenguaje que define el mundo de los estudios y la práctica del derecho y que, dentro de la lógica de esa dimensión tan particular del espacio jurídico, pierde distancia y objetividad sobre el análisis de sí mismo. Parece que quienes formamos parte de este oficio, vamos perdiendo distancia, o terminamos por asimilarlo como un uso de la lengua común y normal. Así, de manera inconsciente, el lenguaje jurídico se transforma en un lenguaje para iniciados; situación, es cierto, de la que el derecho no tiene el monopolio.

¿Por qué si nuestra lengua común es tan accesible en todo uso, se hace tan oscura y no inteligible cuando se trata de contratos de testamento? –Se pregunta Michel de Montaigne– y ese que en la cotidianidad se expresa de manera tan clara, en el momento que escribe no encuentra ninguna forma de escribir que pueda evitar que el que lo lea caiga en duda o contradicción? Sino es que la respuesta es que los príncipes de este arte se aplican de una peculiar manera a encontrar palabras solemnes y formas y cláusulas rebuscadas.⁵

“¿Quién negará que las glosas aumenten las dudas y la ignorancia? Ya que no se sabe de ningún libro, sea humano sea divino en el cual el mundo se empecine y

³ Sobre la forma-conversación remitirse a A. M. Martínez de la Escalera, *Algo propio algo distinto de sí*, Madrid, Anthropos, 2001, pp. 101-130.

⁴ A. M. Martínez de la Escalera, “Consideraciones sobre justicia...”, en *op. cit.*, pp. 10-23.

⁵ *Idem.*

del cual la interpretación haga más difícil su comprensión”.⁶ Nadie mejor que Montaigne para decirlo, y es uno de los puntos que no sólo feministas sino estudiosos de otras ciencias y la sociedad civil misma piden que sea más accesible.

No en balde el lenguaje es norma, y en ningún espacio como en el jurídico la norma es fragua potenciada geoméricamente. Por otro lado, como la doctora Martínez de la Escalera explica, hoy en día es un imperativo categórico el diálogo entre los saberes para un tejido evolutivo del conocimiento en todos los ámbitos. En ese mismo sentido, la perspectiva de género, en su carácter de herramienta de análisis, nos lleva a percibir y a estudiar la manera en que el discurso jurídico y su lenguaje constituyen y fraguan una cultura de lo jurídico.

Este ensayo es un ejercicio pensado miles de veces a lo largo de mi formación, en este regresar una y otra vez a los textos que hacen el derecho. Escojo de la bibliografía francesa, dos de entre todos ellos –quizá como una estrategia de resistencia–: “Esta clase de juego sesgado, de abordar temas tan oficiales, tan rigurosos, esta manera indirecta, marginal, dándole vueltas al castillo para encontrar su pasadizo secreto”, es precisamente, la operatividad de lo femenino. Lo femenino no afronta, lo femenino desvía, lo femenino busca “otras maneras de dar vuelta a Goliat, lo femenino sugiere, inventa. Lo femenino no busca el desafío, ni el duelo, prefiere la espiral, el sesgo, el punto ciego, la fuga como huida; si no es que la fuga como variación en perspectiva”.⁷

Emmanuel Levinas define como “femenino” todas las marginalidades que no pertenecen al paradigma masculino: El filósofo francés describe cómo la relación primordial con “el otro” (*Autre* con mayúscula). Es la presencia del “otro” en ésta relación que abre la posibilidad de la trascendencia: primordialmente y paradigmáticamente la experiencia de ese “Otro” como radicalmente inaccesible a la comprensión, rompiendo así el círculo de regreso al sí. El círculo de “sí-mismo-nadie-más-que-sí-mismo”.⁸

El primero de los textos que analizaremos será la primera parte del libro: *Derecho civil: Las personas; personalidad, incapacidades y personas morales* de Jean Carbonnier.⁹ El segundo será un artículo del recientemente fallecido Yan Thomas –historiador y romanista–, cuyo título es: “La división de los sexos en el derecho romano”.¹⁰ Como ya lo hemos mencionado; ambos pertenecen a la tradición fran-

⁶ *Ibid.*, p. 1067.

⁷ Frédéric Regard, *La Force du Féminin sur trois essais de Virginia Woolf*, Paris, La Fabrique, 2002.

⁸ Emmanuel Levinas, “De la existencia al existente, 1947”, en Stella Sandford, *Écrire en tant qu’homme. Lévinas et la phénoménologie de l’Éros*, Sens publique, Revue Electronique Internationale, 9 de noviembre de 2009, pp. 1-24.

⁹ J. Carbonnier, *Droit Civil*. vol. 1...

¹⁰ Yan Thomas, “La división de sexos en derecho romano”, en *Historia de las mujeres*, vol. I, Paris, Plon, 1999, pp. 113-156.

cesa y su elección no es trivial. Para empezar, son textos fundadores para la comprensión de nuestros temas. Para seguir, y, en el mismo tenor de lo femenino, porque desde otra lengua y otra tradición es más fácil decir ciertas cosas, ya que traducir –no sólo de una lengua a otra sino de una mirada a otra– hace más factible “decir” y “nombrar” lo que en la propia lengua aún genera resistencia. Lo que yo busco provocar es, simplemente, reflexión, duda; visibilización de lo escondido, y si tengo suerte, el despertar una que otra consciencia sobre algo en apariencia inquestionable en nuestro medio jurídico.

En Francia, el trabajo de Jean Carbonnier (cuyos textos forman parte del cuerpo central de los estudios de ese derecho) no es la excepción de aquella lógica de la lengua, que explica la doctora Martínez de la Escalera; es decir, su “nombrar” el derecho pasa por todo un bagaje necesario para expresarlo, como lo hace el jurista, desde la mirada de un iniciado. El trabajo de Jean Carbonnier sigue determinando la perspectiva y la investigación de lo jurídico en aquel país. Mi análisis recae sobre el cuerpo de la obra de Carbonnier y sobre el contenido de sus comentadores, quienes, a lo largo de años de reedición, han nutrido con reflexiones que ilustran y enriquecen el cuerpo de su obra. Estas actualizaciones, realizadas por un grupo de juristas,¹¹ quedan consignadas al inicio de cada tema y son llamadas *État des questions* (estado de las cuestiones). En cada una de sus afirmaciones y análisis, el discurso del derecho se alimenta y se consolida mediante la elección de términos que, como mantras de una religión, se repiten y se hacen eco, confirmando al jurista en una visión que ha dado fuerza y jerarquía al mundo de las normas.

La visión del jurista... (¿francés?)

Después de años de estudios dentro y fuera del derecho y, de meses de trabajar sobre estos textos, no puedo dejar de preguntarme hasta qué grado esta mirada, no sólo androcéntrica sino “jurídico-céntrica”, es la razón por la cual es tan difí-

¹¹ Un grupo de comentaristas, todos ellos juristas, añaden en este “estado de las cuestiones” una serie de reflexiones basadas en el texto de Carbonnier y alimentan con citas de especialistas y una amplia bibliografía sobre el tema. En el capítulo intitulado “La personalidad”, presento a continuación sus referencias bibliográficas: A.-J. Arnaud (dir.) aquí voy, *Dictionnaire encyclopedique de théorie et de sociologie du droit*, París, 1993, s. v. “Personne” (por M. T. Meulders Klein); Géraud de la Pradelle, *L’homme juridique*, 1979; André Giudicelli, *Genétique humaine et droit, à la redécouverte de l’homme*, Poitiers [mimeógrafo], 1993; B. Edelman, *La personne en danger*, París, PUF, 1999; *Qu’est-ce que l’homme? Philosophie, psychanalyse*, Bruselas, Université Saint Louis, 1983, especialmente, Ch. Perelman, *La loi et le droit; Mélanges de l’Université de Fribourg (Suisse)*, *L’image de l’homme en droit*, vol. 13 de Droits, 1991 (*Biologie, personne et droit*).

cil aceptar que nuestros temas jurídicos y sus conceptos sean pasados por otras lentes y otros filtros distintos a los del derecho.

A partir del inicio del libro, en donde encontramos un recorrido histórico a partir del nacimiento del concepto de “persona”, los comentaristas encargados de la actualización de dicha obra analizan el trabajo de Jean Carbonnier y lo enriquecen haciendo una verdadera labor transdisciplinaria. Conociendo la formación que suelen tener los juristas de esta talla, resulta difícil entender, como ocurre en algunas de sus reflexiones en ciertas afirmaciones de Yan Thomas (que como he dicho, constituirán la segunda parte de este ensayo), en las cuales el historiador romanista tiene, por un lado, la capacidad admirable de integrar la mirada y las reflexiones de otras ciencias a la suya propia y, por otro lado, cuando es su materia la analizada por especialistas externos al derecho, la réplica no se hace esperar, ya que, desde la perspectiva del maestro de derecho, los investigadores externos al derecho desvirtúan la comprensión de una cosmovisión y una realidad histórica, científica y, sobre todo, jurídica. Como simple ejemplo, atraigo su atención sobre la siguiente afirmación del romanista: “La cuestión del ejercicio de la potencia¹² paternal ha dado lugar a debates de la más grande inutilidad sobre la frecuencia de aplicación del ‘derecho de vida o de muerte’. [Gracias] a lo plano de una reflexión institucional pasada por la plancha del sociologismo”.¹³

La riqueza de la transdisciplina

Cuando comencé la relectura del libro *Las personas* de Jean Carbonnier, lo que buscaba era una introducción al tema de “la persona en el derecho”, y este libro cuenta con la información rica y necesaria para ello. Mi apuesta era, entonces, centrarme únicamente en el trabajo de Yan Thomas, pero Carbonnier es una institución entre las instituciones humanas (ya que no puedo decir vivas) del derecho, incluso para México, y las afirmaciones del jurista y las de sus comentaristas (del tomo I) nos permiten observar el fenómeno androcentrista o falocentrista (como lo llama el filósofo posestructuralista Jacques Derrida) presente de manera evidente de la mirada de estos estudiosos.

Como lo refiero más arriba, en el llamado “estado de las cuestiones” que acompaña la introducción del libro, los comentaristas (todos ellos juristas) integran el

¹² Durante el texto llamaré *potencia* a lo que el romanista llama *puissance* y que aunque en los textos en español se refiere normalmente como “potestas”, me permito una licencia de la propuesta de la traductora Isabel Vericat, la cual explicaré en su momento, y que integra para mí, una visión más amplia, y sobre todo, explica su importancia y permite la posibilidad de otras formas de promesa para las mujeres hoy.

¹³ Y. Thomas, “La división de sexos...”, en *op. cit.*, p. 114.

análisis del pensamiento de autores como Émile Durkheim, y otros sociólogos, que han analizado elementos centrales del derecho como “la persona”, de cuyo origen avanzan diversas hipótesis, por ejemplo:

Que la sociedad es anterior al individuo [lo que hace que la sociedad se presente implícitamente como superior al individuo mismo seguido por un comentario, cuya naturaleza, veremos, es no especificar quien de los especialistas se expresa:], dejando a éste como un simple producto contingente de la evolución. Pero [se preguntan más adelante:] ¿En qué momento histórico podemos situar precisamente esta emergencia del individuo fuera del Gran Todo? La diversidad de respuestas puede inducir al escepticismo. [Por otro lado afirman:] Para los marxistas, “la personalidad” es el vestigio de un mito burgués del siglo xi [y olvidan, critican nuestros comentaristas:] que es [...] en Roma que la enseñanza del derecho comenzaba precisamente en la noción de “personis”. [Aluden a] autores como Colin Morris que en 1973 [en su obra] *The Discovery of the Individual, 1050-1200* [y critican el uso de esta fechas feudales como propuesta de la aparición de la persona, el individuo o la personalidad en la época feudal]: “como si en la feudalidad el hombre no hubiera pertenecido a la tierra [rebaten los juristas]. Más contundente [continúa el texto], aunque de aplicación limitada, el criterio de la “prima facie” sugerido por los helenistas: “La personalidad aparece, según ellos, cuando, sobre el principio del periodo arcaico, las siluetas negras dan paso a los rostros iluminados” (en el siglo vii a. C., se sentirá en la pintura una intención de exponer un estado civil). [Como siempre es el arte que marca la pauta de la evolución de la humanidad, con años luz de avance]. Por su parte, para los teólogos, “es el dogma de la Trinidad la que hace una contribución significativa en la distinción de personas”.¹⁴

Este (somero, pero no menos interesante) recorrido por las distintas teorías del origen de conceptos como “individuo”, “persona” y “personalidad” es una muestra de la importancia que ha tenido su definición tanto para el derecho como para otras ciencias sociales. Comenzando por la expresión artística y la develación mediante la pintura y luego del teatro de una concepción del ser humano cuya conciencia de sí mismo pasa, gracias a la luz de la creatividad y la evolución del arte mismo, hacia una representación de la civilización y la evolución de la misma humanidad, en el pasaje visual de unas sombras reflejadas apenas en contornos, a la expresión del rostro humano: la *prima facie* helénica que será retomada por el derecho romano para concentrar en “la representación” la importancia de la persona al centro de la sociedad. Se trata aquí de la evolución que tiene el estudio de la humanidad,

¹⁴ Raphaële Dupré, *Gregoire Nysse contre Arius et Sabellius*, citado en J. Carbonnier, *Etat des questions*, p. 16.

desde un concepto genérico y plano a la profundidad y complejidad, inasible y riquísima de la multiplicidad, la diversidad que implica nuestra humanidad. De igual importancia el concepto de la “conciencia del yo”, o “de sí” (en francés *le soi*), el cual se encuentra en el centro de todo trabajo de reflexión y de creación, según explica el filósofo alemán Martin Heidegger.

Los comentaristas de Carbonnier explican en su “estado de la cuestión” que:

*La vivacidad de dichas controversias jurídicas llama la atención, si las relacionamos con las consecuencias prácticas que la noción del “yo” que implica en el derecho positivo. Aquellos como Duguit, que niegan el derecho subjetivo, atacan el sujeto de derecho bajo el mismo reproche que hacen al subjetivismo. [Y se preguntan]: ¿No es el “yo”, una proyección odiosa? La teoría jurídica muestra una de las formas en la que ha sido forjada, por medio de la expresión que hace de este análisis de la “persona”, cuando expone en controversias “filosóficas” como ésta, construida de una fuerte carga moral y la religiosa, la cual permea en la percepción del jurista hasta nuestros días, razón por la cual ha sido difícil abstraernos desde el fuero interno del derecho y de quienes lo practicamos, cargados también de concepciones del Medioevo como esta idea “del carácter odioso del yo”. Mientras que la sociología moderna, expone a favor del “yo”, un análisis más original y constructivo; y es que la idea que nos hacemos del “yo”, (para bien o para mal) no es independiente de la opinión de los otros, lo que tenderá a objetivizar, a socializar la noción del sujeto de derecho.*¹⁵

Y de una manera más humana, la filosofía contemporánea sigue reflexionando la cuestión del “yo” mediante una crítica similar a la expuesta por estos autores. El “yo” se justifica y existe frente a la mirada del otro. Yo no es sin el otro. El concepto de persona, tomado una vez más del teatro es una máscara, *personae*, un personaje que incluso en el monólogo en escena, se construye al lado de caracteres que le dan sentido, aun cuando no se encuentren presentes. La máscara “no es” si no es vista, si no es percibida, si no tiene un contexto y un diálogo. La persona “no es sin los otros”. La alteridad vital, contraria a la noción dualista que veremos en la percepción del derecho romano que nos expone Yan Thomas, es la posible existencia, la posible conciencia de “sí”, como parte integrante de un nosotros.

¹⁵ Cfr. Erving Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, Edimburgo, Universidad de Edimburgo, 1956, Stigma, 1964, citado en J. Carbonnier, *Les personnes, personnalité..., Etat des questions*, p. 12.

Y la persona fue cuando el flatus vocis de la mujer lo llamó por su nombre de pila...

Pero para los compiladores, el momento de la Antigüedad en el que el individuo se sintió “llamado por su nombre propio” (es decir, nuestro nombre de pila, antes que nuestro patronímico), que el individuo-infans debe haberse separado de la promiscuidad original. Lo único es que ningún observador estaba ahí para captar ese primer flatus vocis mágico de una madre llamando a su hijo.¹⁶

Interesante y poética reflexión de los comentadores, que tiene mucho de psicoanalítica; el nacimiento del individuo, de la persona en el momento anónimo, cotidiano y común de ser nombrado por la madre. Desde la perspectiva de este ensayo, es imposible y no deseo hacerlo, además, evitar hacer notar la importancia que el jurista da a la madre, “aquella que nombra” (no sólo aquella que pare), porque como Martínez de la Escalera expone, “nombrar” es darle significado a las cosas, en este caso, a las personas. La palabra que “nombra” es “la palabra que da vida”, la que hace que en el gesto de “emitir” “el nombre” hace que “sea”. “Nombrar es dar sentido” y es desde este momento del origen, situado en la Antigüedad por los comentadores, que la madre es utilizada como símbolo del inicio de una personalidad, para luego ser trastocada, como veremos que ocurre en el derecho romano, cuando es considerada unida a la naturaleza (como una carencia), mientras que el hombre es considerado unido a la cultura, a la civilización (como una potencia, una “potestas”), y por un truco de magia la mujer es excluida de la polis, de la *civitas romana*; del espacio jurídico sin mediar explicación. A partir de entonces la mujer es relegada a ser complemento de “la persona” (el hombre– *l’homme*), y limitada a ser un instrumento de esa reescritura que es la creación de la historia de esa civilización de la que el autor de esta ficción de ficciones, subjetivas como el hombre mismo, es el “auto-asignado” creador y dador de vida: varón. El hombre da luz a “la potestas” por medio de la palabra apropiada. Los comentadores no lo explican, quizás porque no sienten la necesidad de preguntárselo; cómo el “flatus vocis mágico de la madre llamando a su hijo” termina, en la sociedad patriarcal y en el derecho en particular, por ser ejercido sólo por el paterfamilias.

¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

Hominum causa omne ius constitutum est: *Nombrar el derecho, ejercicio excluyente*

Hominum causa omne ius constitutum est, “el derecho ha sido instituido en su totalidad por los hombres”,¹⁷ continúa el texto introductorio de nuestros comentadores en la obra de Jean Carbonnier. Nada más cierto, nada más probado ni más elevado en la construcción del pensamiento y de la cultura. Una construcción cultural pensada, de principio a fin; diseñada y hecha a la medida por “el hombre”, por ese “ser genérico” que, desde la Antigüedad hasta apenas muy recientemente, ha sido la medida de todas las cosas. Tanto, que no fue sino hasta finales del siglo XIX principios del XX que “hombre” fue el término que definió a la humanidad como concepto, y que hoy por hoy el replanteamiento de la humanidad como integrada por hombres y mujeres es recibido por los grandes pensadores, y en este caso juristas (franceses), como una afrenta a la construcción del derecho, como un gesto visceral o como “cosa de mujeres”. Sin embargo, es vital comprender cómo esa institución que es el derecho, construida únicamente por “los hombres”, es, como la consigna del jurista Hermogeniano, “falocéntrica”.

Si el derecho romano, como explica Yan Thomas, está construido sobre la diferenciación de sexos, a partir de una noción dicotómica de alteridad, los juristas no podemos seguir entendiendo el derecho como una disciplina exenta del análisis desde las otras ciencias sociales y filosóficas, y, particularmente, no podemos marginalizar la mirada de los estudios de género hoy, ya que pueden dar un sentido de completud a un derecho cuyo origen, como lo dicen las estudiosas desde la perspectiva de género y las feministas, está trunco: ¿dónde está la mirada del otro 50% de la población?

Sabemos que en tierra de ciegos el tuerto es rey, pero ¿por qué seguir aferrándonos al rey tuerto, pudiendo tener dos ojos y una mirada integradora e incluyente? Si el individuo arcaico se percibió como persona por primera vez en el gesto de su madre al nombrarlo, ¿por qué no integrar ya no a la madre, sino a la mujer que también es, a la persona de sexo femenino, en el ejercicio contemporáneo de pensar y de re-nombrar? Re-nombrar esos espacios vacíos, incompletos, iluminar el llamado “continente negro” de Freud, al incluir la mirada de la que el fundador del psicoanálisis, como muchos otros pensadores de altos vuelos, eligió dejar en la oscuridad para no tener la necesidad de replantearse sus preguntas. Si el conocimiento se da siempre a partir de la pregunta, (“la duda” diría Descartes), el fluir de las aguas de Heráclito debe pasar, a manera de nuevas preguntas con nuevas corrientes e ideas, también mediante el derecho.

¹⁷ Hermogeniano, siglo IV, Digesto (1, 5, 2), en J. Carboniere, *Etat des questions*, p. 16.

El hic del humanismo jurídico: la esclavitud

Hominum causa omne ius constitutum est, volviendo al “estado de las cuestiones” de este tratado de la personalidad jurídica; regresamos a este fragmento del juriconsulto Hermogeniano, presentado por los especialistas como una proclamación del “humanismo jurídico”. Dicho aforismo se encuentra inserto bajo la rúbrica del título de *statu hominum*. Aquello que se encontraba dentro del derecho de las personas en los institutos que hoy forman parte del *Digesto*, más específicamente, “de la condición de los hombres”. El *hic* (“el pero”) de una teoría de la personalidad tan humana como el derecho en su origen es su coexistencia con la esclavitud, ya que para éste: “los esclavos son hombres [...] pero no son hombres libres”.¹⁸ Explican los comentaristas.

Siguiendo con este “estado de las cuestiones”, encontramos más adelante una cita relativa a la obra de Charles Demolombe (jurista e intérprete del código civil francés, 1804-1887), en la que aparece un somero análisis de esta carencia del derecho romano frente al sistema económico y político conocido como esclavitud, en el que se hace notar el tiempo que la esclavitud tomó en ser abolida en las colonias de ultramar francesas (no fue sino hasta 1854 que se logró). Demolombe se refiere a: “*la distinción ‘abstracta y metafísica’ entre los conceptos de ‘hombre’ y ‘persona’*” (I.nº41). “La cual [afirman los comentadores]: *podría haber sido abandonada hoy en día [hablamos de la edición del 2000 del libro de Carbonnier y se mantiene sin cambios] si no se temiera por el feminismo, la masculinidad que parece revestir la palabra ‘homme’ (hombre) en la lengua francesa*”.¹⁹ Comentario que hacen los autores con la consabida ironía frente al análisis feminista.

De dicha reflexión surgen dos perspectivas de análisis: por un lado, el estudio del contenido de las instituciones que dan origen, sustento y fuerza a nuestro derecho contemporáneo, sin perder nunca de vista el contexto histórico y, al mismo tiempo, siguiendo los pasos de dichos especialistas en la materia, cuando hacen este análisis de la esclavitud (la cual, hay que recordarlo; fue columna vertebral de la política y la economía de la cultura y la sociedad, en un largo periodo de la Antigüedad). Al analizar estos temas con el criterio y la distancia suficientes para un análisis histórico, ahora con perspectiva de género, podemos reconocer –como lo hacen los autores citados sobre la esclavitud– que las carencias del derecho en lo tocante al tema de “la persona” nacieron con él.

Podemos de igual manera decir *a posteriori* que, como dicen estos comentaristas, “el *hic*” –es decir “el punto de quiebre”– del concepto de “persona” dentro del derecho en la Antigüedad es la esclavitud. Y que el Humanismo jurídico encuentra

¹⁸ Buckland, *The Roman Law of Slavery*, 1908, en J. Carbonnier, *Droit Civil vol. I...*, p. 16.

¹⁹ *Idem*.

su propio talón de Aquiles en dicha ambigüedad, al coexistir –como ya dijimos– desde su creación, la percepción del “hombre” (ser humano) con la del esclavo (que podía “ser tratado como una cosa”).

El derecho tuvo que evolucionar, antes de llegar a la abolición de dicho sistema; –en general– mediante la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, –y en lo particular en Francia– cuando queda abolida la esclavitud en el continente y, posteriormente, en sus colonias. En este proceso encontramos cómo, en “el Código Civil napoleónico, por medio de la Corte de casación se comienza por reconocer ciertos ‘derechos de la persona’ al esclavo de color y finalmente la prohibición de considerar al esclavo una mercancía”.²⁰ El derecho, desde su origen, en tanto creación e institución humana por excelencia, nace con su propia fractura interior de sus conceptos, fractura que hoy en día es reconocida y que, afortunadamente, fue superada con los siglos. Hoy por hoy no puede hablarse de seres humanos con derechos y obligaciones, partiendo de una distinción tan radical como la de “seres humanos libres” y “esclavos”.²¹

La persona no es el “hombre”, es el “ser humano”

Bajo la misma lógica de evolución de los estudios de lo jurídico y las ciencias todas hasta nuestros días, no podemos mantenernos en la idea de que un sistema que nace de la exclusión de más de la mitad de los seres humanos pueda seguir considerándose a sí mismo neutro, igualitario y general. El caso de las mujeres frente a esta “creación, instituida en su totalidad por los hombres”, habla a gritos y por sí misma de estas, sus otras fracturas. Como ejemplo inicial, encontramos en un derecho tan evolucionado en ciertos ámbitos, como lo es el francés, la ya mencionada y jamás modificada concepción de “los derechos del hombre y del ciudadano”; que para los juristas franceses sigue siendo, como lo podemos notar en la afirmación del “estado de la cuestiones”. ¡De un texto fundador del derecho francés como éste! Pero no podemos detenernos en las afirmaciones de un grupo de especialistas en la materia; desoladora realidad que persiste, ya no sólo en el especialista francés sino en toda una cosmovisión de vida de quienes trabajamos en el interior del derecho y la justicia en el planeta.

²⁰ *Idem.*

²¹ No entraremos en este ensayo en el doloroso tema de las migraciones, la trata de personas y la explotación salarial porque no es el tema de este análisis, sin ser por ello menos importante. Lo será en otro texto que versará sobre la situación de explotación de mujeres, adolescentes, niños y niñas en este cáncer de la trata, el comercio sexual y de personas, órganos y todos los horrores que la industria del terror ha desarrollado en nuestro país.

Históricamente, podemos constatar cómo en el derecho, desde la Antigüedad; particularmente en el derecho romano, hasta autores como Carbonnier y quienes lo suceden hasta nuestros días, el lenguaje es formulado sin grandes variaciones en esa perspectiva androcéntrica. La reflexión deviene sumamente enriquecedora, como ya decía, si se hace desde otra lengua, desde esa otra tradición del jurista francés; ya que implica la percepción de nuestro mundo jurídico, desde otra cultura cercana, pero diferente al final de cuentas. El trabajo de traducción puede mostrarnos cómo, incluso hoy, existen conceptos, como *les Droits de l'homme* que siguen siendo considerados intocables y permanecen inalterables a pesar de que, en otras lenguas y tradiciones jurídicas (como la nuestra) hayan sabido evolucionar a un lenguaje más incluyente, como ocurrió desde el derecho internacional hacia las diversas tradiciones donde dichos *derechos del hombre* son llamados “derechos humanos”.

Christine Delphy, en su artículo “¿Derechos del hombre o derechos humanos?”, aparecido en el número correspondiente a febrero de 2007 de la revista francesa *Les Mots Sont Impotants.net* (*Las Palabras Son Importantes.net*),²² analiza la negativa de los franceses a retomar, como el resto del mundo, el término derechos humanos, haciendo alusión al lingüista francés Alain Rey quien critica esta negativa mientras que autores de la misma lengua, en otros países de habla francesa, como es el caso de Suiza y Canadá, el término ser humano ha tomado el lugar del término hombre, mostrando su voluntad incluyente.

A principios del siglo XXI han sido numerosos los estudiosos que prefieren el término de derecho humanos (el cual encuentran menos sexista y más coherente) y que además es, por cierto, la traducción equivalente dentro de las otras lenguas romances o en inglés: *diritti umani* en italiano, “derechos humanos” en español, *direitos humanos* en portugués, *human rights* en inglés. La denominación francesa heredada del siglo XVIII es la única entre dichas lenguas romances que sigue vehiculando la ambigüedad entre derechos del hombre “varón” y derechos del hombre “ser humano”, sabemos que la palabra en latín *homo*, de la cual proviene etimológicamente, designaba efectivamente el ser humano —el hombre masculino era designado por la palabra *vir*. (Sin embargo, también es cierto que aun en francés el término *homme* ha perdido su neutralidad etimológica al usarse para designar al masculino de la especie humana.) La comisión francesa consultiva de derechos del hombre refuta estos argumentos en una tesis fechada el 19 de diciembre de 1989 y dicha denominación tradicional permanece siendo la más utilizada en Francia. Una vez dicho esto, hay que reconocer que los franceses utilizan seguido la expresión “derechos de las mujeres” cuando se trata explícitamente de mujeres, lo que añade ambigüedad de origen, sugiriendo que las mujeres tendrían derechos

²² Christine Delphy, “Droits de l'homme ou droits humains?”, *Les Mots Sont Importants*, disponible en <lmsi.net>, consulta: 19 de febrero de 2007.

diferentes a los de los hombres. Para salir de estas ambigüedades, incluso en Francia, algunas organizaciones como el Movimiento Francés para la Planificación Familiar (MFPF) proponen hablar de “derechos de las personas”, como se hace en Canadá. Amnistía Internacional²³ en Francia ha escogido de manera explícita hablar de “derechos humanos”, como lo hace la sección suiza de esta organización en sus publicaciones francesas. Es de hacer notar que las autoridades suizas utilizan regularmente, en los más altos niveles la expresión “derechos humanos”.²⁴

La respuesta a esta resistencia francesa podría ser la misma respuesta que hace que muchos autores, incluso desde la teoría crítica del derecho, sigan viendo en las propuestas de análisis y complementaciones que hacen otras ciencias sociales, así como los feminismos y los estudios de género, como contrarias a derecho, no concordantes con la tradición antigua, o fuera de “nuestro” ámbito. Me atrevo a avanzar una posibilidad en la que puedo estar equivocada, pero se la dejo a los historiadores de la monarquía y la Revolución francesa, así como la lucha del Ministerio de la Francofonía, los antropólogos de la Francia contemporánea, y es que, apegados a los títulos de nobleza y la terminología que forja una tradición, por arcaica que ésta sea, los juristas franceses necesitan seguir nombrando a dicho conjunto de derechos como fueron llamados en su origen al término de la Revolución francesa. Esto porque para ellos así se mantiene en la tradición la idea, misma de la que se sienten orgullosos, de ser “el país de los derechos del hombre”, de igual manera, y en ese sentido de manera más generalizada, como podremos ver en el análisis del texto de Yan Thomas, los seres humanos requerimos para la vida de ritos, de símbolos, de instituciones, de fórmulas que den nacimiento o confirmen actos humanos. Para que el derecho sea es necesario que siga contando con esos elementos de la tradición que le dan sentido y razón; por ello, tradicionales como somos, pensamos, quizá como Michel de Montaigne, el moralista:²⁵ “Que es mejor lo probado a lo largo del tiempo, que lo nuevo por probar”.²⁶ Pero el derecho en pleno siglo XXI, siglo de hipérboles y paradojas, en el que la hiperglobalización está regresando una forma de organización potenciada, parecida a la de los feudos, en donde unos cuantos grupos concentran la riqueza y el poder, mientras la mayoría de la población vive cada día más carencia y en donde lo logrado por el Estado moderno, el contrato social y las instituciones sociales y de derecho, se diluye des-

²³ *Amnesty International Report 2004*, Londres, Amnesty International, 2004.

²⁴ Ejemplo común de la utilización de la expresión “derechos humanos” por las autoridades suizas sobre la página web de la confederación que describe brevemente el Consejo de Europa [archivo], disponible en <http://fr.wikipedia.org/wiki/Droits_de_l'homme>.

²⁵ En el siglo XVI, moralista es aquel que se dedica a guardar registro de los usos y costumbres de sus contemporáneos. La afirmación no es peyorativa, pienso que Montaigne tiene muchas facetas, entre ellas, el que piensa en la tradición como el más seguro de los usos por probado.

²⁶ Michel Montaigne, *Essais*, III, VI, París, PUF, 2004, p. 1070.

perantemente hasta casi desaparecer, el derecho debe tener la capacidad creativa, de retomar sus grandes instituciones y conceptos y adecuarlos a la realidad contemporánea de la misma manera en cierta forma que lo hicieron esos antepasados de los que nos sentimos tan orgullosos, pero abrevando ya no sólo de la lectura de juristas con intereses diversos en otras ciencias sociales, sino permitiendo que especialistas de esas otras ciencias aporten su mirada otra, diferente, fresca innovadora. Como está ocurriendo en la reflexión en el imperativo –por vital–, del *pensamiento crítico social contemporáneo* del que habla Martínez de la Escalera.

La sola lectura de textos como los elegidos para este ensayo es una montaña rusa, cuyo recorrido está marcado por la constante reafirmación del carácter purista de la Teoría del derecho que evidencia el carácter androcéntrico de nuestra disciplina. Mi intención, entonces, sigue siendo identificar las dos renunciaciones del derecho a ser retroalimentadas desde la diversidad de miradas multidisciplinares y, por otro lado, visibilizar la manera en que nuestros especialistas han decidido mantenerse apegados a muchos elementos de la tradición que hoy por hoy arrebatan al derecho la posibilidad de ser justo.

El derecho no pierde nada con permitirse ser analizado por las lentes del género o de las otras ciencias sociales y por el contrario, tiene todo que ganar. Aceptar la riqueza de una complementación a una mirada trunca de la cultura a la que pertenecemos es aceptar que no existe ciencia exacta y que el derecho está muy lejos de serlo.

Esta perspectiva de incompletud a la que me refiero se plantea desde la idea que mediante el derecho se definió “desde el *origo*”²⁷ de manera únicamente masculinista. El reto es apasionante, significa tomar nuestra riquísima herencia jurídica y someterla a un duro y concienzudo trabajo de deconstrucción y reformulación de un sistema de conocimientos como el nuestro, que implica, efectivamente, un trabajo de largo aliento que involucre no sólo al derecho, sino a todos los espacios del pensamiento humano y también un replanteamiento de nuestra relación no solamente entre seres humanos, sino también con el planeta.

Los seres humanos tendemos, pues, a viajar al pasado para encontrar en los autores clásicos respuestas, mientras más antigua es la tradición, más verdad creemos encontrar en ella. El derecho no es una excepción, pero el pensamiento que lo conforma tampoco. En este proceso de la búsqueda del conocimiento, Michel de Montaigne, filósofo francés del siglo XVI y apasionado conocedor de la cul-

²⁷ *Origo*, que en latín significa origen, explica Yan Thomas: “Era un nombre técnico que daban los romanos a la ciudadanía municipal que reconocía el estatus de ciudadanía. El *origo* paterno no era el lugar de nacimiento del padre, sino la ciudad de donde el padre tenía el mismo origen, y de esta forma remontando en el pasado indefinidamente”. Y. Thomas, “La división de sexos...”, en, *op. cit.*, p. 144. En este sentido, la mujer no tenía un origen histórico y su linaje no era reconocido entonces.

tura romana, es, lo que en el lenguaje popular mexicano suele ser llamado como “mi valedor”,²⁸ también es mi mentor y mi cómplice. “Cito a los grandes griegos o latinos sin decir de quien proviene el pensamiento —escribe Montaigne— de tal manera que quien quiera darme un tafetazo en la nariz, se lo estará dando a Aristóteles o a Séneca”.²⁹ A la manera de mi mentor, yo pongo, respetuosamente, la nariz de Montaigne. En su capítulo “De la experiencia”,³⁰ en donde expresa su relación con el placer por el conocimiento, habla de la forma fluida e inaprensible de éste:

La razón tiene tantas formas que no sabemos a cuál apegarnos, lo mismo pasa con la experiencia [...] la realidad es que no hay ninguna cualidad universal en esta imagen de cosas y que la diversidad es infinita³¹ [Lo mismo pasa con la leyes, afirma el filósofo] aquel que pensó que por multitud de leyes iba a poder bridar la autoridad de los jueces, tallándoles sus pedazos; no se dio cuenta que hay tanta libertad en la posibilidad de interpretación y es tan extensa como leyes harán. [Para Montaigne,] lo que tenemos de información proveniente de griegos y latinos son sólo huevos de ideas, pero muy pocos saben exactamente cuál es su contenido.³²

Como afirma el escritor, la fluidez y movilidad que tienen las ideas, que como las aguas del río de Heráclito no pasan dos veces por el mismo lugar; las leyes, aunque partan de glosas romanas instituciones incólumes, así como las costumbres y la cultura, no puede permanecer ateridas a una mirada detenida en un tiempo y un lugar, cuya actualidad es de objetos de estudio del pasado, reliquias que nos permiten entender lo que fue, pero en el caso de la división sexual en el interior del derecho deberíamos haber ya desarrollado otro sistema. Las cosas han cambiado en la letra, pero no en el corazón y la cabeza de la mayoría de los prelados que las ejercen, ni en los conceptos que manejan para que permanezca inamovibles. El estudio de Yan Thomas lo muestra en todos los niveles que menciono: cultural, institucional, jurídico y subjetivo. Debo aclarar, antes de proceder, que en el mismo sentido del análisis que propuse en la primera parte con relación a cómo nombrar las cosas define la realidad, esta lectura de un artículo de Yan Thomas no intenta hacer amalgama de dos épocas tan distintas como lo son la Roma antigua y la realidad contemporánea, sólo que intento explicarme las razones por las cuales el discurso del derecho romano sigue estando tan presente en el espacio jurídico, así como en el cultural social y subjetivo, 2000 años más tarde.

²⁸ Referencia digna, también, de ser analizada por una perspectiva de género.

²⁹ M. Montaigne, *Essais*, III, IV, p. 1037.

³⁰ *Ibid.*, p. 1065.

³¹ *Idem.*

³² *Ibid.*, p. 1066.

Segunda parte. La división sexual en el derecho romano: las mujeres romanas un yin muy depreciado para un yang que ocupa todo el círculo

Yan Thomas expone, como en la mesa de disección de un médico en el Renacimiento, el cuerpo del derecho romano, para ser más exactos, expone de manera cruda, –y no puedo evitar pensar que tiene algo de gozosa–³³ la manera en que el derecho romano se encuentra cimentado en la división de sexos. Una a una las incapacidades de la mujer dentro del derecho romano en sus distintas épocas es analizada, mostrando cómo éste es no sólo reflejo de una cultura androcéntrica, sino también fundador, un discurso de desigualdad inserto en la médula de la cultura y la sociedad en Occidente. Observamos cómo la alteridad es necesaria para que el varón pueda situarse en el centro de las instituciones, detrás de sus reglas, al origen de sus conceptos y, para que esto ocurra, la mujer es la sola alteridad que el hombre elige para posicionarse. En Roma, más que los extranjeros o los impúberes, que también se definen como fuera de derecho o incapaces de poseer la ciudadanía, las mujeres romanas fueron el referente de exterioridad, de extranjería, de negación, para la afirmación del hombre como sujeto de derecho. Como los coordinadores de la obra académica sobre la *Historia de las mujeres* –Georges Duby y Michelle Perrot– afirman sobre el tema: “Yan Thomas muestra que el hilo conductor reside en la incapacidad de las mujeres para transmitir la legitimidad y que el orden es el primero con relación a todas las incapacidades femeninas. Las representaciones figuradas elaboran otro modelo que parte de la mirada de los hombres sobre las mujeres y construye un código simbólico que impregna de regreso toda una cultura”.³⁴

En ese sentido:

Thomas inicia su ensayo afirmando: La mujer no constituye una especie jurídica aparte: el derecho romano tuvo que resolver innumerables conflictos en los cuales había mujeres involucradas, pero nunca intentó la mínima definición de lo que era la mujer en sí –aun si, para numerosos juristas, el lugar común de su fragilidad de espíritu (*imbecillitas mentis*), de su ligereza mental o de la inferioridad relativa a su sexo con relación a los hombres (*infirmas sexus*) servía de sistema de explicación dado a sus incapacidades estatutarias.

³³ Sobre la noción del “goce” o “gozo”, véase María Paula Castelli y María Inés Sarraillet, “Sobre una de las lecturas posibles acerca del ‘Goce’ en Lacan”, en *Jornadas de fin de año de Apertura, Sociedad Psicoanalítica*, 2001, p. 3: “Podríamos pensar al goce independientemente del significante y que además su lugar se funda al mismo tiempo que se inscribe el significante. Entonces, aparece una relación de necesidad lógica entre significante y goce”.

³⁴ Georges Duby y Michel Perrot, *Histoire des femmes, vol. 1, Introduction*, París, Plon, p. 26.

La mujer no constituye una especie jurídica aparte. Ni en el derecho romano, ni en el derecho contemporáneo. Y aunque esta perspectiva está hoy en día sustentada en la creencia de que el derecho nace neutro y que el sujeto de derecho implica a hombres y mujeres por igual, la realidad es que, como el mismo Thomas afirma, el derecho sigue teniendo como basamento la división sexual, como organización de la sociedad, y el sujeto de derecho sigue siendo el hombre y la mujer su apéndice. Si no ocurre en las Constituciones de un alto porcentaje del planeta, o de la Carta de la Declaración de Derechos Humanos así como en las convenciones y tratados internacionales, lo cierto es que en muchos códigos penales y civiles, pero sobre todo, el fuero interno de un alto porcentaje de nuestros juristas tan apegados todavía a la tradición latina, la sonrisa displicente de la misoginia se sigue dibujando, mientras leen consignas de la tradición latina como aquellas de: *imbecilitas mentis* o *infirmitas sexus*, que cita Thomas como opiniones de los jurisconsultos en este texto sobre la historia de las mujeres.

En la tradición jurídica romana [y] lo mismo ocurre con el derecho canónico, las evidencias son, podemos decir, cinceladas. Ya que no solamente se trata de un hecho, sino de una norma, que ordena que todos los ciudadanos romanos se dividan y se unan en hombres y en mujeres, en *mares et feminae*. Veremos más adelante que se trata de una condición totalmente explícita del matrimonio. La norma, aun así, no es indicada de la manera más clara en el caso límite en donde, según el método de la casuística del derecho romano, el principio se divide como si se trazara una frontera, para establecer las divisiones que la naturaleza no deja ver tan claramente: es el caso del hermafroditismo.³⁵

En lo que respecta a la impecable argumentación de la división sexual al origen del derecho mismo de Yan Thomas, debemos partir de ese *facto* que explica tan bien el historiador y romanista, para entender la importancia que reviste en la concepción del derecho y sus normas, tanto en la Roma antigua, como el mismo Thomas afirma, en el derecho en plena época actual en los países occidentales. Lo que sorprende es que siga siendo un fundamento del derecho y de la sociedad en nuestros días. Y aunque se comprende la importancia que tiene la preservación de la raza humana, en tanto especie, por medio de la continuidad de una organización social basada en la reproducción, hoy en día se han probado, para comenzar, que el hecho de que el derecho intervenga o no, tiene poco que ver con el hecho de que seguimos reproduciéndonos sin ningún problema, hasta contar, según los estimados de la ONU en 2011, con más de 7 mil millones de habitantes en el planeta. De hecho, la misma ONU ha iniciado una campaña de concientización, dentro de

³⁵ Y. Thomas, "La división de sexos...", en *op. cit.*, pp. 103-104.

los Objetivos del Milenio, para la instrumentación de campañas de control natal, con vistas a la sobrevivencia de la especie y del planeta, del que somos responsables. Por otro lado, también hemos sido testigos, para comenzar en Francia misma, de que el reconocimiento de los derechos a la diversidad cultural y la diferencia sexual no han afectado la reproducción de la raza humana. Para comenzar, y supongo que esa era la postura del difunto *monsieur* Thomas, los homosexuales hombres y mujeres han mostrado ser miembros respetables que aportan a la sociedad en todos los aspectos del quehacer humano, sin que signifique –como necesita verlo la extrema derecha francesa hoy en día– ningún riesgo para la concepción de una sociedad constructiva, equilibrada y en plena evolución. Por otro lado, la ciencia ha dado el salto para que en este sentido, la reproducción no esté condicionada a un modelo de familia tradicional –e incluso para apoyarla en su deseo de tener hijos. Además, por evolucionada que esté la ciencia, sigue haciendo falta una mujer y un hombre para que la concepción tenga lugar, sólo ha variado la organización de las familias, cuya diversidad no sólo tiene que ver hoy en día con la orientación sexual de las personas, sino también con un cambio en la manera en que hombres y mujeres se organizan, se relacionan, y estructuran a su manera, libre y responsablemente (o no) el espacio familiar.

De manera que considerar que el ir a lo fundamental hoy en día significa lo mismo que era ir al origen y fundamento de la sociedad romana, es no entender que los fundamentos, comenzando por el derecho mismo, han cambiado y que, incluso, los derechos fundamentales, hoy tan simbólicos o más que en la época romana, se apegan a un alto concepto del ser humano, cuyo camino a su realización es el cumplimiento de estos principios éticos y de derechos humanos. El *hic*, en realidad, no es la reproducción sino la propiedad y su transmisión, y en ese sentido, las cosas han evolucionado en la institución, no así en quienes la ejercen.

En catorce subtítulos distribuidos en tres partes, las cuales no analizaré en este ensayo de manera exhaustiva, Yan Thomas expone, en una primera parte, la manera en que la división sexual se encuentra en el centro del derecho romano; la segunda parte se centra en la manera en que el “no estatus de la mujer” se define a partir del estatus del hombre, pater familias y ciudadano. Esto a partir del principio de que el ser se define a partir de la ausencia; de lo que no es. Finalmente expone lo concerniente a las incapacidades de las mujeres y el desarrollo que éstas llegaron a tener en la República. No agotaré todos los temas en este artículo sino que únicamente reflexionaré sobre ciertos puntos de cada parte, los cuales son centrales para la comprensión de esta división sexual y la trascendencia del derecho romano en la construcción social actual.

La conjunción de sexos: advenimiento y perpetuación del lazo social

El derecho romano, entonces, ha hecho de la división de sexos una cuestión jurídica: la trata no como una presunción natural, sino como norma obligatoria. Ésta es una información indispensable para comprender que las particularidades del estatuto jurídico de las mujeres, del cual se va a hablar en este capítulo, no encuentra su sentido únicamente en el marco general de la sociedad romana y no puede ser relacionados, como lo hace muchos historiadores, únicamente a las evoluciones económicas y sociales, sino que se articulan indisociablemente también, a una norma organizadora de la diferencia y de la complementariedad de lo masculino y lo femenino. No se trata tanto de la condición de las mujeres de lo que se trata, sino del oficio legal impartido a los dos sexos. Nos encontramos con una estructura reproductible indefinidamente, ya que su reiteración organizada por el derecho de la filiación asegura la reproducción de la sociedad misma, al instituir a hombres y mujeres en padres y madres (veremos más tarde cuáles son sus procedimientos), y reiterando a cada generación, no la vida, sino la organización jurídica de la vida.³⁶

Thomas explica, anteriormente, que entre los griegos sí hubo una búsqueda por ordenar y por justificar esta división sexual desde la naturaleza, pero que en Roma simplemente lo “elevaron” a cuestión jurídica, en donde haciendo de ella norma obligatoria no habría punto de cuestionamiento. Lo que es de llamar la atención de la explicación –ya no en los hechos ocurridos y aceptados en el contexto histórico durante el tiempo que duró la cultura romana desde la Antigüedad hasta la caída del Imperio– es cómo excluye el análisis de otros historiadores. Cuando desde su perspectiva “sólo limitan la complejidad de la organización y la norma a situaciones económicas y sociales”, Thomas justifica, además, esta organización social basada en una “complementariedad”, sin preguntarse si existe una verdadera complementariedad en los roles y derechos que corresponden a uno y otra de los miembros de este orden. Y una vez más sitúa, como sus colegas romanos, a la mujer como fuera del concepto de sujeto de derecho. En realidad, es una pieza más de una maquinaria cuyo funcionamiento es, coincidentemente un mecanismo del falocentrismo y de la exclusión de “los otros”. ¡Claro que es una estructura reproducida indefinidamente, que se perpetúa hasta nuestros días! Pero no por una especie de inercia incuestionable de carácter natural, divino o jurídico; sino por la voluntad de quienes conforman este engranaje dicotómico que lleva más de 40 años siendo expuesto en su incoherencia y, espero, hasta que una de estas partes, más bien ambas, decidan dejar de ser rondana para ser troquel o tornillo o inventar una ficción –como todo lo jurídico es– distinta para una sociedad distinta. No se trata de

³⁶ *Ibid.*, p. 106.

un sistema incuestionable; es un sistema, que, como vimos en el análisis del humanismo jurídico, nació con sus propias fracturas y, como dice Montaigne de las ideas, su capacidad de cambio y de flujo se encuentra ahí, y apegándonos a la metáfora del agua, es evidente que la incapacidad de contenerla sin que termine por romper las presas y buscar su rumbo, es una limitante humana.

La institución del matrimonio

El acto por el cual la sociedad se fundaba no podía estar representado más que sobre el modelo de aquél por el cual la sociedad se perpetuara legalmente: todo había comenzado, como todo se recomenzaba mediante “la unión del hombre y de la mujer” “*coniunctio* (o *coniugium*, o *congressio*) *maris feminae*”. La división y el encuentro entre los sexos, y su legitimidad, pertenecían al orden de lo fundamental. Éste es, de hecho, el nudo esencial del malentendido que separa a los juristas de los historiadores o de los sociólogos: y es que, para éstos últimos, la idea de un fundamento del lazo social, relegado a la esfera ideológica o mitológica, no tiene una connotación simbólica –ahora que si consideramos el funcionamiento real de los aparatos jurídicos, vemos que convocar a la norma fundadora asegura la renovación de una entidad social reproducible al infinito.³⁷

No puedo dejar de pensar en lo que dice Montaigne sobre la capacidad que tienen “los príncipes” de las leyes en utilizar el lenguaje a su conveniencia y hacer de los textos jurídicos lo más complejo e intrincado posible, porque lo mismo ocurre con su interpretación de las instituciones, definir esta “norma fundadora” del matrimonio como el seguro de vida de una sociedad, y afirmar su capacidad de ser reproducible al infinito, habla, sí, de un constructo intelectual cuya calidad y sofisticación hizo sus pruebas en el momento histórico en que la Roma antigua se desarrolló, pero es tanto un lazo simbólico que une lo social, con lo ideológico y con la mitología, cómo una suma de sistemas que, como un gran reloj, hizo que funcionara según las reglas e intereses de quienes la fundaron y quienes conservaron el control de la maquinaria.

No es una entidad social reproducible al infinito, en tanto que la evolución de la humanidad y los nuevos contextos sociales no pueden ni quieren seguir funcionando a partir de una norma que va perdiendo su fuente de alimento, mientras es cuestionada y reestructurada. No dejo de pensar que Thomas presenta esta norma fundamental como si se tratara de una entidad autónoma, al centro de una gran galaxia, que rige todo lo que en ella ocurre, como un relato, ahora, de ciencia ficción.

³⁷ *Idem.*

En este mismo sentido, no es posible que se siga justificando la neutralidad del derecho basado en la perfección de los conceptos e instituciones originarias, —que hemos podido observar en este sobrevuelo del derecho—, porque estos son contruados a partir de la noción de “hombre”, como sujeto y basamento de dicho sistema, misma que no puede seguir siendo considerada, hoy en día, como el concepto genérico de ser humano, ya que en su origen no es ni remotamente genérico a pesar de su neutralidad etimológica, como pudimos observar en el análisis de la esclavitud. Nunca existió un genérico para toda la raza humana. Hombre lo era sólo el ciudadano, perteneciente a una clase social, con derechos y prerrogativas que excluían a las tres cuartas partes de la humanidad. Reconocer estas carencias de las instituciones del derecho no harán de éste menos derecho, menos institución, menos rito, ni menos símbolo, no hará del derecho menos justicia, por el contrario, así como Derrida³⁸ lo propone para la filosofía —a partir de la cual muchos conceptos esenciales se ha construido el derecho desde siempre—, sólo toca reconocer que nuestra disciplina ha sido hasta hoy una construcción buena y que, únicamente, toca deconstruir sus piezas para enriquecerlas con la mirada otra, de la diferencia, de la alteridad, de lo excluido, de lo marginal, para poder recuperar su carácter de símbolo para la construcción de lo justo, de una otra forma de justicia.

Como subrayan Duby y Perrot,³⁹ no sólo en la concepción y organización de la sociedad y la cultura, la división sexual marca la actividad y la organización de los roles y derechos de hombres y mujeres, el matrimonio, el reconocimiento de los hijos, el derecho a pertenecer o no a un grupo familiar, la propiedad, la herencia. El estatus jurídico, todo, pende y depende de un solo concepto y a partir de su posesión o de su carencia, define dicha división social a partir del género: Lo que los franceses llaman *puissance*, en español es llamado, como en latín, “potestas”, y que, desde la perspectiva posfeminista y filosófica, me permitiré llamar “potencia”, ya que la “potestas”, como bien señala Sara Bialostowsky : “Es el poder que tiene el *pater familias* sobre los miembros de su familia”.⁴⁰ El pasaje por la traducción del francés nos permite entender esta “potestas” como algo no lejano o constreñido a un mundo inexistente hoy en día llamado Roma antigua. Mi elección del término “potencia” habla de una capacidad que reúne fuerza y poder, cuya carga simbólica atraviesa todos los espacios del actuar humano.

³⁸ “Entretien avec Jacques Derrida: autrui est secret parce qu’il est autre”, en *Le Monde de l’éducation*, 284, septiembre de 2000 [traducción al castellano: “El otro es secreto porque es otro”, en *Papel máquina. La cinta de máquina de escribir y otras respuestas*, trad. de F. Vidarte y C. de Peretti, Madrid, Trotta, 2003].

³⁹ G. Duby y M. Perrot, *Histoire des femmes...*, p. 26.

⁴⁰ Sara Bialostowsky, *Panorama del derecho romano*, vol. I, México, UNAM, 985.

Isabel Vericat,⁴¹ feminista y traductora de varias lenguas, adopta esta misma diferencia frente al término *empowerment* del feminismo norteamericano, el cual fue traducido al español como “empoderamiento”. Ella, en cambio, opta por la multiplicidad de posibilidades que la palabra implica y así aduce que incluye el término de “potencia”, “potenciación”. Pienso que en la reapropiación de los términos y la deconstrucción de la cultura, la mirada de Isabel Vericat hace de la “potestas”; la “potencia”; una herramienta del lenguaje que habla de posibilidad, de promesa, de futuro.

En el caso del derecho romano, “la potestas”, la *puissance*, lo era todo. Significaba, en la más extensa de las acepciones, lo que Michel de Montaigne escribe –citando a Séneca–: “la véritable puissance consiste à être maître de soi-même”⁴² (la verdadera potencia consiste en ser dueño y maestro de sí mismo). El filósofo francés se refiere a la capacidad y a la responsabilidad de una libertad para “ser”, para devenir. En el caso de las mujeres en Roma, esta ausencia de *potestas*, “potencia”, se traduce en la incapacidad absoluta de hacer y ser dueñas de sí mismas, sin poder imaginar siquiera aspirar a lo que Montaigne se refiere, en cuanto a conocimiento de sí, ética, desarrollo personal, relación con el conocimiento del mundo, etcétera.

Las mujeres en Roma no podían heredar a sus hijos, aunque en una época muy avanzada pudieron hacerlo, pero éstos tenían que elegir entre la herencia de la madre o el linaje del padre. Y un ser humano sin *potestas*, no era ciudadano. De hecho, la importancia de esta sumisión al patriarca era considerada como un honor, pero también como una legitimidad social, la única forma de salir de dicha “potencia” de manera honrosa era siendo hombre, encontrarse en la posición dentro de la familia de tomar el lugar del pater familias, jefe de todo un clan, en el momento de su muerte.

En el momento más evolucionado –en este sentido– de Roma antigua, en la época de las instituciones de Gaius (siglo II d. C.), la mujer había adquirido ciertos derechos pero únicamente para sí misma, y dado que el lazo de filiación sólo podía pasar por el padre en el terreno jurídico, ésta no podía ni siquiera adoptar, mucho menos obtener la tutela de sus hijos, ni de nadie más. Así, el limitado reconocimiento dentro de la *civitas* que recibía era únicamente en tanto madre; de hecho, podía ser reconocida ciudadana si había parido tres veces, “incluso si los nacimientos no hubiesen sido logrados”. Una mujer era considerada ciudadana mediante su marido, hermanos, o su descendencia masculina. Y me pregunto, honestamente, analizando la realidad, ya no francesa, sino mexicana: la sociedad

⁴¹ Como lo expuso en su participación en el Seminario Miradas de Género para una Cultura Jurídica de la Transversalidad, en mayo del 2013.

⁴² M. Montaigne, *Essais*, III, XII, p. 1047.

francesa, a pesar de estar teniendo recientemente rezagos de conservadurismo, ha logrado aprender de su historia y evolucionar hacia otra forma de civilización igualitaria. Pero en México, ¿qué tanto ha cambiado esta realidad? Nuestra cultura, influida por la no separación de la Iglesia-Estado y nuestro rezago educativo sigue siendo, en el sentido de la desigualdad, romanista. Es, quizá, porque en la mirada de quienes mantienen “la potestas”, “la potencia” (incluso mientras usted que lee este texto y sonrío haciendo honor a un humor muy mexicano que expone su falogocentrismo). Por eso, y porque desde la academia hay una negación arraigada a la tradición, que no quiere reconocer que seguimos arrastrando esta visión dualista y sexista. Por ello, quizá, también, doña Griselda Álvarez Ponce de León solía decir, no sin ironía, que “la viudez era el mejor estado de la mujer”. Habrá posibilidades de que esto cambie hasta que los individuos que asumimos este sistema y ordenamiento tan arcaico, terminemos de comprender, no sólo que es, en este tema en particular; incongruente, lleno de herrumbre y desconectado de nuestros principios fundamentales, sino que está al origen de nuestros problemas y es profundamente dañino, tanto para los hombres como para las mujeres (sin genéricos ficticios).

A este cambio en la percepción de la reflexión humana se refiere el filósofo francés Emmanuel Levinas cuando afirma: “La esencia de la razón no consiste en asegurar [al ser humano] un fundamento y unos poderes, sino en ponerlos en cuestión e invitar [al ser humano] a la justicia”.⁴³

⁴³ Emmanuel Levinas, *Totalité et infini, essai sur l'extériorité*, París, Biblos Essai, Livre de Poche, 1961, p. 88.

EL DERECHO CIVIL Y LAS MUJERES EN MÉXICO

Rosa María Álvarez

Las olvidadas

La concepción patriarcal prevaleciente en el mundo y que ha quedado institucionalizada en las sociedades mediante normas jurídicas constituyó una sólida estructura de dominación masculina, en la que el hombre ha sido considerado como el paradigma de la humanidad, y a las mujeres no se les ha reconocido como iguales, no porque no hayan existido mujeres relevantes en la mayoría de las actividades, sino porque su memoria ha quedado relegada.¹

Entre los grandes pensadores cuya memoria se conserva por medio de su obra, difícilmente figura un nombre femenino, la estructura del poder de la palabra, tanto en su relación con la trascendencia de la sociedad como en la historia, condena a

¹ Existe una amplia bibliografía sobre la participación femenina a lo largo de la historia, entre algunas de estas obras se pueden citar: Avril De Sainte-Croix, *La féminisme*, Francia, V. Girand y E. Brière, 1907; Manuel Fernández Álvarez, *Casadas, monjas, ramerías y brujas: la olvidada historia de la mujer española en el Renacimiento*, Madrid, Espasa, 2002; Nancy Hollander, *La mujer: esclava de la historia o historia de esclava*, trad. de Mercovich de Biñinkis, Buenos Aires, La Pleyade, 1974; Patricia Peña y Paulina Zamorano (comps.), *Mujeres ausentes, miradas presentes: IV Jornadas de Investigación en Historia de la Mujer*, Santiago, Universidad de Chile-Facultad de Filosofía y Humanidades, 2000; Mary Nash (ed.), *Presencia y protagonismo: Aspectos de la historia de la mujer*, Barcelona, Serbal, 1984; Ney Bensandon, *Los derechos de la mujer*, México, FCE, 1988; Giustavo Pittaluga, *Grandeza y servidumbre de la mujer. Posición de la mujer en la historia*, Buenos Aires, Sudamericana, 1946; Paule-Marie Duhet, *Las mujeres y la Revolución 1789-1794*, Barcelona, Península, 1974.

la mujer al silencio.² En el mundo del derecho, la mujer solamente ha constituido un objeto de la acción del pensamiento masculino.

El derecho, considerado asimismo como una institución eminentemente patriarcal, ha permitido la reproducción de las estructuras sociales en las que las mujeres han estado sujetas a una exclusión sistemática de la organización política. Las formas establecidas de poder social y político, ocultas y explícitas, diferencian lo masculino de lo femenino, estableciendo los límites de éste al ámbito privado, a la esfera de la familia y a lo masculino, destinándole para su acción los espacios públicos.³

Las ideologías patriarcales han permeado en la sociedad ideas, valores, costumbres y hábitos, con los cuales se ha justificado la subordinación de las mujeres, en función de los “roles naturales” que a ellas se les ha atribuido, conformándose así el estereotipo de la mujer como un ser inferior, sumiso, dependiente, sin una identidad genérica propia, jugando un papel social secundario y limitado al ámbito doméstico.⁴

En ese sentido, el derecho ha sido una pieza fundamental para sostener y reproducir un sistema que ha mantenido mecanismos de subordinación femenina. Las categorías que el derecho ha establecido para distinguir entre las diversas personas jurídicas han conformado una sociedad de sujetos con poderes, competencias, derechos, obligaciones, privilegios y prerrogativas diferentes, y en consecuencia, con posibilidades reales de acceso al ejercicio del poder, diferenciadas.⁵

La Revolución francesa y las demás revoluciones liberal-burguesas plantearon como objetivo central la consecución de la igualdad jurídica y de las libertades y derechos políticos. Pronto surgió la gran contradicción que marcó la lucha del primer feminismo: las libertades, los derechos y la igualdad jurídica que habían sido las grandes conquistas de las revoluciones liberales no beneficiaron a la mujer. Los “Derechos del Hombre y del Ciudadano” que proclamaba la Revolución francesa se referían en exclusiva al “hombre”, en este concepto no participaban las mujeres. Tras el triunfo de la Revolución en 1789, pronto se hizo evidente la contradicción de una revolución que basaba su justificación en la idea universal de la igualdad natural y política de los seres humanos en la que se negaba el acceso de las mu-

² Sobre la invisibilidad de las mujeres en la historia, véase María del Carmen García Herrero, “Mujeres, historia e historiografía”, en Almudena Domínguez Arranz (ed.), *Política y género en la propaganda en la Antigüedad*, España, Trea, 2013, pp. 26 y ss.

³ Lorena Fries y Verónica Matus, “Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en *Género y derecho*, Santiago de Chile, LOM, 1999, pp. 143-161.

⁴ Se ha señalado que el derecho ha estado ausente de la esfera doméstica y que ello ha contribuido a consolidar la subordinación femenina. A este respecto, Frances Olsen, “el sexo del derecho”, en *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 25-43.

⁵ Sobre la función social del derecho Alda Facio y Lorena Fries, véase “Feminismo, género y patriarado”, en *Género y derecho*, pp. 21-30.

jeros a los derechos políticos, y que en el Código Civil de Napoleón queda refrendada su posición restringida a la esfera de lo doméstico, lo que en realidad significaba una negación a su libertad y a su igualdad respecto de los varones.

Los cambios políticos, económicos y sociales derivados de la Revolución francesa y de lo que los historiadores han llamado la *Segunda Revolución Industrial*, iniciada en la década de 1870, provocaron una aceleración del movimiento feminista en el último tercio del siglo XIX por conquistar los derechos que los varones ya gozaban y nuevas posiciones en la sociedad, lo que no ocurrió en México, como en muchos de los países influidos por la Iglesia católica, defensora acérrima del papel tradicional de la mujer.

Los derechos humanos y los derechos humanos de las mujeres

La equiparación de hombres y mujeres ante la ley favoreció que al aplicarse las normas que formalmente las igualan, se invisibilicen las necesidades, requerimientos, demandas y especificidades de las mujeres; así, los derechos de éstas fueron limitados bajo el pretexto del reconocimiento de las “debilidades” de las mujeres estableciéndoles un estatus jurídico-social disminuido.

Así, al aludirse los derechos de los individuos, por cuestiones sociales y culturales fueron vedados a la mujer, siendo necesario el reconocimiento de tales prerrogativas en los ordenamientos jurídicos, primero como principios o valores y después como normas positivas que paulatinamente buscaron la paridad entre hombres y mujeres en el tratamiento normativo.

Los movimientos que les dan origen tienen que ver, en principio, con cuestiones educativas, laborales y de participación política que paralelamente originaron transformaciones en el ámbito privado, el cual tradicionalmente estuvo reservado para las mujeres, pero también en condiciones de discriminación. El proceso de la llamada liberación femenina ha ocurrido en la política, la sociedad en general, la familia, la conciencia de la propia mujer y, finalmente, en sus creencias religiosas.⁶

La igualdad jurídica y los roles de género

La lucha por la igualdad de mujeres y hombres que en el ámbito mundial se fue dando culminó en el siglo XX con la creación de instrumentos internacionales, declaraciones, tratados, convenciones, pactos, protocolos y recomendaciones en los

⁶ Véase Ángeles Mendieta Alatorre, “Revisión del feminismo”, en *Revista Interamericana de Sociología*, México, vol. II, núm. 8, septiembre-diciembre de 1972, p. 107.

que se recoge este anhelo de justicia en las relaciones entre hombres y mujeres, además de que han sido incorporados de manera paulatina en el derecho interno de los Estados,⁷ en los cuales se ha debido reconocer la discriminación hacia las mujeres que se ha presentado a lo largo de la historia tanto en Occidente como en Oriente,⁸ siendo este reconocimiento sólo un paso, por demás importante, pero sólo una parte del proceso que ha de ser consolidado cuando la igualdad formal se traduzca en una igualdad en la vida cotidiana de las mujeres.

Es indudable que el reconocimiento de los derechos de la mujer es el resultado de luchas que buscaron igualdad para hombres y mujeres por el trato inequitativo al que a éstas se les ha sometido tanto en su vida privada como en la pública, este último escenario al que incluso se les negó acceso, reservándose el ámbito privado para la realización de las labores “propias de su sexo”: la crianza y cuidado de los hijos y del hogar, aun cuando por razones biológicas las únicas funciones que la naturaleza específicamente reserva a las mujeres son la concepción, el embarazo, el parto y la lactancia del hijo o la hija.

La concepción judeo-cristiana de la familia heredada por el sistema jurídico mexicano en el matrimonio colocó a la mujer durante largo tiempo en el centro de una vida privada,⁹ bien como esposa y madre o como religiosa.

El tratamiento jurídico diferente para las mujeres es evidente, la educación, el libre ejercicio de una profesión, la participación en la vida pública de la sociedad sin necesidad de tutela, la libertad sexual, la decisión sobre la maternidad son aspectos de dicho tratamiento desigual, y por tanto, discriminatorio contra la mujer, ya desde el derecho romano se colocaba a las mujeres bajo la tutela perpetua: hasta la edad núbil quedaba bajo la tutela de los impúberes, una vez adulta, quedaba bajo la tutela de su marido o de su padre,¹⁰ aunque si bien la situación de la mujer se transformó con el paso del tiempo,¹¹ la idea de tratar a la mujer como *imbecillitas sexus* pre-

⁷ En México, las leyes sobre el tema son de reciente incorporación al sistema jurídico mexicano: Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, 2 de agosto de 2006; Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 1 de febrero de 2007; Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 11 de junio de 2003; Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, 12 de enero de 2001.

⁸ La concepción de la mujer en Oriente sigue fuertemente influenciada por creencias religiosas que la colocan en una situación de franca vulnerabilidad de sus derechos como individuo al ser objeto de prácticas que atacan su dignidad de manera grave, tales como la circuncisión, la poligamia, así como el trato general de que es objeto en la sociedad. Véase Janet Afary, “The Human Rights of Middle Eastern and Muslim Women: a Project for the 21st Century”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 1, febrero, Baltimore, Estados Unidos, 2004, pp. 106-125.

⁹ Es bien conocida la tan ilustradora frase de “una mujer pública” como un estigma social.

¹⁰ Ney Bensandon, *Los derechos de la mujer*, p. 37.

¹¹ Jane F. Gardner, *Women in Roman Law Society*, Bloomington, Indiana, Indiana University Press, 1991; Celia Pereira Porto, “La representación del concepto de mujer en Roma”, *Derechos y Libertades*, Madrid, España, año II, núm. 5, julio-diciembre de 1995, pp. 291-299; Eva Fernández Baquero, “La ce-

valece de manera general en la mentalidad y en las instituciones de sistemas jurídicos que, como en nuestro caso, siguieron la tradición jurídica romana.¹²

El trato desigual que se iniciaba desde el ámbito familiar y se reproducía a escala social, atribuía a las mujeres verdaderos roles de género que las colocaban ante un ineludible destino de sumisión y de ausencia. La actuación pública estaba claramente limitada, a la mujer no se le reconocía capacidad intelectual para actuar por sí sola en sociedad, por lo cual se buscó “protegerla” mediante la tutela de los varones, ya fuera el padre, el esposo e incluso el hermano.

Las diferencias biológicas y psíquicas con que la naturaleza ha dotado a hombres y mujeres sirvieron como fundamento para establecer normas jurídicas discriminatorias, antes que a la protección de los desiguales para que ellos disfrutaran de los derechos básicos del ser humano, con independencia a la pertenencia a cualquiera de los dos sexos.

En ese sentido, el mérito del pensamiento feminista fue haber denunciado el alcance discriminatorio del derecho operativo en la cultura corriente, y demostrar el carácter tributario de dicho modelo en relación con los hechos, en donde se realizó una abstracción indebida bajo la cual, la mujer quedó subsumida a normas que en realidad no se le aplicaban.¹³

De ahí que al hablar de derechos de las mujeres se trata de evidenciar cómo todas estas condiciones sociales, generadas a partir de un pensamiento que exacerbaba lo masculino, hizo del propio derecho la herramienta más eficaz para conservar una organización binaria de la sociedad, en la que la parte masculina se reservó para sí el ejercicio de los derechos públicos, mientras que a la mujer se le confinó a los ámbitos privados, a los espacios domésticos, a los territorios de la familia, esto es, a los espacios alejados de la toma de decisiones públicas. Esa posición también denominada machismo, y que ha prevalecido a lo largo de la historia de la humanidad, la cual coloca al individuo más débil de una relación bajo la sumisión del más fuerte, que tiende a abusar del “poder” sea físico, psicológico o económico que posee respecto del otro.¹⁴

sión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, España, 3a. época, núm. 4, 2001, pp. 273-298; Laura Sanz Martín, “Naturaleza y ejercicio de la *patria potestas* romana sobre los miembros familiares. Especial atención a la situación jurídica y familiar de la mujer”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 88, Madrid, España, 1996-1997, pp. 291-321.

¹² Marta Morineau, “La recepción del derecho romano en México. Situación de la mujer en la familia”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVI, núm. 77, México, mayo-agosto de 1993.

¹³ Véase Luigui Ferrajoli y Miguel Carbonell, *Igualdad y diferencia de género*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, pp. 12-13.

¹⁴ Véase Mariana Castañeda, *El machismo invisible*, México, Santillana, 2007, pp. 23-39.

Perspectiva histórica

En México, como sucede en el resto del mundo, a la mujer se le relegó al plano privado de actuación, confiándole roles específicos con base en su capacidad de procreación y, por tanto, sujetándola a un trato discriminatorio en el ejercicio de sus libertades como individuo, de ahí que se diga que la historia de la mujer es, en primer término, la historia de su represión.

La historia nacional mexicana muestra el desarrollo desigual que tuvo el derecho privado y el público, situación que guarda fundamental importancia pues explica en mucho que la cuestión familiar, ambiente “natural” de las mujeres y en consecuencia su reglamentación, en el derecho civil, haya tenido una muy lenta evolución, y los cambios que se dieron más bien fueron para fortalecer la figura masculina y no para favorecer la situación de las mujeres.

En la Colonia, la problemática política, social y administrativa prevaleciente inclinó los intereses de la sociedad a la necesidad de buscar una organización constitucional y administrativa para las nuevas tierras, y ahí las mujeres quedaron excluidas de los espacios públicos, pues como se ha anotado, su destino era determinado por su naturaleza procreadora o, en su caso, por la abnegación y servicio que dentro de la misión religiosa podían prestar, siendo la cuestión pública asunto de hombres, impuesta según la mentalidad de la época, por su propia “naturaleza”, condiciones que se encontraban fuera de todo debate.

Los idearios de justicia perseguidos en las diversas etapas de nuestra historia no alcanzan a las mujeres hasta muy entrado el siglo XX, pese a la lucha que de manera paralela debieron emprender para “conquistar”¹⁵ una situación jurídica más equitativa y al establecimiento de nuevas formas de relación entre Iglesia y Estado, factor que sentará las bases para transformar el concepto de mujer, tan arraigado en el pensamiento y en las leyes.

Situación de la mujer en el México colonial

En la Colonia se conservó la ideología del conquistador, aunque se señala que aun antes de esta etapa histórica, entre los pueblos originarios de estas tierras, la mujer también estaba en una relación de subordinación y cosificación respecto del hombre.¹⁶

¹⁵ En los textos legislativos se puede advertir que para lograr el ejercicio de ciertos derechos, la mujer debió hacerse merecedora de manera particular a ellos, aun cuando históricamente se demuestra el papel indispensable que la mujer jugó al lado del hombre en la conquista de condiciones de igualdad.

¹⁶ Sara Bialostosky y Muriel Josefina, *Los recogimientos de mujeres*, México, UNAM, 1974, pp. 15 y ss.

A lo largo de los tres siglos de dominación española se mantuvo el papel de subordinación respecto del varón, con diferentes matices acordes con la clase social y el origen racial de las mujeres. La primacía del varón sobre la mujer se iniciaba desde el nacimiento, como menor de edad o mujer soltera quedaba bajo la autoridad y tutela del padre, quien la perdía por abandono, destierro o incesto, si el padre moría, quedaba bajo la tutela de su madre o parientes, o de la persona designada por el juez hasta los 12 años, y hasta los 25 años le eran administrados sus bienes, al adquirir la mayoría de edad plena.¹⁷ El modelo de mujer era el del ideal cristiano, de mujer sumisa, obediente, casta y condescendiente.

Su situación jurídica se reguló en este periodo por el derecho indiano, con preeminencia en la jerarquía de leyes¹⁸ y remitía en caso necesario a las Leyes del Toro, al Ordenamiento de Alcalá, al Fuero Real, a las Siete Partidas, a la Nueva Recopilación y a la Novísima Recopilación que eran considerados supletorios.¹⁹

Durante esta etapa, la mujer tuvo un papel muy importante en la marcha de la sociedad novohispana, la mezcla de las culturas favoreció una sociedad vigorosa en la que sin embargo, estuvieron hermanadas las mujeres indígenas con las españolas, sufriendo las mismas condiciones de discriminación.

En ambas culturas se privilegiaba un modelo de mujer, en el caso del indígena, la mujer debía ser honrada y cuidadosa de su buen nombre, respetuosa y fiel con el marido, generosa, buena gobernadora de su casa; por su parte, los españoles privilegiaban en la mujer similares cualidades: ser honrada y fiel al marido, organizar la casa, levantarse temprano, hilar, tejer, permanecer en casa pero no ociosa, de ahí que el encierro y el trabajo fuesen métodos comunes ante la posible corrupción de la mujer.

La mujer podía elegir el tipo de vida que deseara, el cual se circunscribía al matrimonio o a la vida religiosa.²⁰ Si bien es cierto que existía una gran cantidad de viudas y mujeres solteras, es un hecho que la expectativa social de la mujer se centraba en estos dos roles, el familiar y el religioso. La ley no sancionaba uniones fuera del matrimonio pese a la necesidad de contar con una dote, ya fuera conventual o matrimonial,²¹ para tomar estado, en claro perjuicio de las mujeres y sus hi-

¹⁷ *Ibid.*, 1974, pp. 16 y ss.

¹⁸ María de la Luz González González, "La mujer en el México colonial", en *Condición jurídica, política y social de la Mujer en México*, México, Porrúa, 2005, pp. 26 y 27.

¹⁹ Para estos ordenamientos, véase Luis Gómez Morán, *La mujer en la historia y en la legislación*, Oviedo [s. e.], 1942.

²⁰ Asunción Lavrín y Rosalía Loreto (eds.), *Diálogos espirituales: manuscritos femeninos hispano-americanos, siglos XVI-XIX*, Puebla, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de las Américas, 2006.

²¹ Una mujer necesitaba, para vivir honradamente, tener bienes de fortuna suficientes para tomar estado, esto es, para casarse o recluirse en un monasterio, véase J. Muriel, *Los recogimientos de mujeres*, p. 44.

jos, de ahí que, como una política dentro de la Colonia se establecieran una serie de instituciones tendientes a la guarda y “protección” de las mujeres.

La desventaja para la mujer era evidente, sus posibilidades económicas, y con ello su autonomía, estaban definitivamente limitados. El sistema de mayorazgos, en el cual la herencia se daba en forma total e indismembrable al varón o a la hija mayor, en caso de no existir varones, generaba que el resto de las hermanas se convirtieran de inmediato en un problema para la familia y la sociedad. Este sistema hereditario que empobrecía a las mujeres favorecía la concentración de capitales en manos de unos cuantos hombres.²²

Dada esta situación, los beaterios surgen como respuesta a la problemática femenina en la que se conjugan intereses religiosos-morales, deseos piadosos de perfección, problemas económicos y situación de abandono dentro de la sociedad como lo eran, por ejemplo, la falta de conventos en determinada localidad que impedía a las jóvenes profesar la vida religiosa, carencia de medios económicos para una dote conventual o matrimonial,²³ y la soledad de la viudez, de la soltería y de la orfandad, esto es: la falta de familia.²⁴

Los medios de vida con que podía contar una mujer eran limitados: bienes inmuebles heredados u obtenidos por la merced real, que en este caso se circunscribían a una clase económica determinada. El resto se topaba con la escasez de trabajo bien remunerado y frente a ello las oportunidades de una vida fuera del orden moral, como lo era el aceptar ser amantes de hombres casados o entregarse a la prostitución. Tales condiciones hacían que las mujeres quedaran al margen de la protección de la normativa de la época.

Ante los diversos problemas que presionaban sobre su vida moral y con el deseo de llevar una vida digna y de profunda piedad cristiana, las mujeres se fueron uniendo, apoyadas por cofradías, congregaciones y órdenes terceras, para formar los beaterios y recogimientos piadosos, instituciones que a partir de la segunda mitad del siglo XVIII se debilitaron debido a la participación más activa de la mujer en la sociedad, así como por la secularización de la sociedad.²⁵

²² J. Muriel, *Los recogimientos de las mujeres*, pp. 41 y ss.

²³ *Ibid.*, p. 44.

²⁴ J. Muriel, *La sociedad novohispana y sus colegios de niñas, tomo II. Fundaciones de los siglos XVII y XVIII*, México, UNAM-IIIH, 2004, p. 25.

²⁵ Silvia Marina Arrom señala cómo en el periodo comprendido entre 1790 y 1850, el número de monjas enclaustradas disminuyó casi 40%, estabilizándose a unas 540 hasta la exclaustración de 1863. Véase Silvia Marina Arrom, *Las mujeres de la Ciudad de México*, México, Siglo XXI, 1988, pp. 63-65.

Como se ha señalado, durante la época colonial se promovió la organización de la familia de tipo español bajo las ideas de la Iglesia católica, razón por la cual se buscó la aceptación del matrimonio cristiano entre la sociedad indígena, tratando de desarraigar costumbres como la poligamia.

Es bien sabido que la organización del matrimonio en el mundo occidental estuvo sujeta a la religión judeocristiana.²⁶ En el México colonial se realizó una labor de evangelización no sólo mediante la educación sino de la labor pastoral para convencer a los indígenas de la importancia del matrimonio cristiano, poniendo especial atención en la regulación del comportamiento sexual. La sexualidad fue una causa de preocupación permanente para la Iglesia por considerarla un desafío frente al aspecto espiritual que se le otorgaba al matrimonio, por ello se estableció una serie de reglas para su ejercicio y se reconocieron como prácticas lícitas sólo las habidas dentro del matrimonio, al cual se le ratificó la calidad de sacramento, por lo que fuera de él, cualquier conducta lasciva era considerada pecado.

Sin embargo, la frecuencia con la que la autoridad religiosa conocía los problemas de tipo sexual evidencia el grado de aceptación que de ellas tenía la población,²⁷ así como la injusticia social que se generaba debido a la escasa protección que tenían los hijos nacidos fuera del matrimonio, pues por medio de la legitimidad se privilegiaba a otros sucesores en el sistema hereditario, que de manera indudable favorecía a los hombres.

Siendo el matrimonio uno de los destinos socialmente aceptado para las mujeres, bajo la idea de evitar su “perdición” mediante uniones libres o matrimonios desventajosos, propició la idea que dio origen a la misma institución de los recogimientos, en algunos de los cuales se buscaba que las jóvenes sin dote pudieran contar con ella y asegurar este propósito.²⁸

La definición y organización del matrimonio concretada en el Concilio de Trento consolidó sus características de monogamia e indisolubilidad y el papel de sumisión de la mujer frente al marido, quedando ésta sujeta a su autoridad.

El matrimonio perseguía las finalidades de sobrellevar las cargas y placeres de la vida así como la de preservar la especie, este último factor, fundamental en la regulación de las relaciones maritales. Sólo dentro del matrimonio eran lícitas las

²⁶ James A. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, Estados Unidos, The University of Chicago Press, 1990.

²⁷ A. Lavrín (coord.), “Sexualidad y matrimonio en la América hispánica”, México, Conapo / Grijalbo, 1991, pp. 57 y ss.; Marcela Suárez Escobar, “Sexualidad y mitos en el México colonial”, en *Estudios históricos sobre las mujeres en México*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2006, pp. 79 y ss.

²⁸ J. Muriel, *Los recogimientos de las mujeres*, pp.141 y ss.

relaciones sexuales; así, se legitimó la procreación llegándose a plantear el conocido débito carnal entre los cónyuges.²⁹ Sin embargo, el amor físico, sólo permitido entre esposos, no era del todo libre, pues la pareja debía evitar el desorden en sus relaciones, las cuales debían tener como único fin la procreación.

En este sentido, es importante advertir que la cuestión sexual estaba llena de tabúes, se llegaba a atribuir a las mujeres poderes negativos ejercidos precisamente mediante la sexualidad, considerado como el único bastión de poder que podían usar de manera perversa para pretender la inversión de la realidad en la cual el hombre debía dominar, creencias que durante los siglos XVI y XVII originaron en el norte de Europa la cacería de brujas y que en México, durante la Colonia, fue motivo de diversos juicios ante el tribunal del Santo Oficio.³⁰

La Iglesia se encargó de limitar al extremo el ejercicio de la sexualidad de las personas y se reglamentó la discriminación para mujeres y sus hijos cuando éstas no hubieran realizado el sacramento del matrimonio, la ilegitimidad de los hijos por nacer fuera de matrimonio acarrearba la falta de derechos sucesorios o la prelación de los descendientes legítimos.

Bajo la premisa de indisolubilidad del matrimonio durante la época de la Colonia existía sólo el llamado divorcio eclesiástico,³¹ el cual no permitía la ruptura del vínculo matrimonial. El matrimonio, de acuerdo con la definición de la Iglesia católica, es una institución divina, perpetua e indisoluble y, una vez contraído, no puede deshacerse sino por la muerte de uno de los cónyuges; por hacer profesión religiosa uno de ellos y por anulación en caso de no haberse consumado.

De tal modo, ese divorcio era un permiso formal que la Iglesia otorgaba a las parejas para que pudieran vivir separadas de lecho y habitación sin que ninguno de los cónyuges pudiera volver a contraer nupcias, ni formar una nueva familia.³²

²⁹ Evidentemente el cambio en la concepción de las finalidades del matrimonio ha tenido que ver con el avance en el reconocimiento de los derechos de todos los individuos con base en la dignidad que se merecen por el sólo hecho de serlo y que han sido conquistas verdaderamente históricas. Hoy resulta impensable hablar de débito conyugal e incluso nuestro sistema ha reconocido la violación en el matrimonio como un delito. Para este tema, véase: A. Lavrín (coord.), *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica*, y también S. Marina Arrom, *Las mujeres de la Ciudad de México*, pp. 252 y ss.

³⁰ A. Lavrín, *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica*, pp. 197 y ss.; Adriana Rodríguez Delgado (coord.), *Catálogo de mujeres del ramo Inquisición del Archivo General de la Nación*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2000; Susan M. Deeds, "Brujería, género e inquisición en Nueva Vizcaya", en *Desacatos. Revista de Antropología Social*, núm. 10, México, otoño-invierno, 2002, pp. 30 y ss.; Alberto Solange, "Herejes, brujas y beatas: mujeres ante el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición", en *Presencia y transparencia de la mujer*, México, El Colegio de México, 2006.

³¹ S. Mariana Arrom, *La mujer ante el divorcio eclesiástico (1800-1857)*, México, SEP, 1976.

³² Dora Dávila Mendoza, *Hasta que la muerte nos separe. El divorcio eclesiástico en el arzobispado de México. 1702-1800*, México, El Colegio de México / Universidad Iberoamericana / Universidad Católica Andrés Bello, 2005, p. 16; S. Mariana Arrom, *La mujer ante el divorcio eclesiástico (1800-1857)*, pp. 13 y 14.

En este sentido, el divorcio se permitía para situaciones donde la convivencia matrimonial era prácticamente imposible, admitiendo, como se dijo, una separación física de los esposos, pero no el divorcio. Por tanto, “los esposos no dejan de ser marido y mujer delante de Dios; ni son libres para contraer una nueva unión”.³³ Se refleja así el gran interés de mantener la institución del matrimonio a toda costa, subordinando a este fin los deseos de los individuos que la componen.

Durante el proceso de divorcio la mujer debía ser depositada en casa de una familia de buena reputación a fin de resguardar su buen nombre y los derechos del esposo,³⁴ además de ser una medida contra separaciones por causas leves y sin autorización, defendiendo la estabilidad del matrimonio ante todo y los derechos de marido, más que los de la mujer, pues en efecto, nuevamente la “protección” se argüía ante la debilidad de la mujer, dando a ésta calidad de menor, pero buscando el cuidado y conservación de los derechos del varón, del cual no se protegía la fidelidad para con la esposa pero no a la inversa. En su mayoría, los juicios de divorcio eran entablados por las mujeres basando sus solicitudes, principalmente, en la sevicia y malos tratos.³⁵

La mujer en el siglo XIX

Aun cuando la Independencia de España no significó avances específicos en la situación de las mujeres, en el siglo XIX, con todas sus transformaciones, se siembra la semilla del cambio de pensamiento que propiciará la consolidación de los movimientos feministas que en el siglo XX reivindicaron el reconocimiento de los derechos de las mujeres en nuestro país.

La Independencia

El paso a la vida independiente no transformó la realidad de la mujer mexicana, se conservó el ideal de mujer que predominó durante la Colonia. La nueva nación experimentó 44 cambios de gobierno y tres invasiones extranjeras entre 1821 y 1857, y aun cuando, como lo señala Mora Bravo,³⁶ desde los albores de la Independencia aparece en el ideario de los próceres el programa nacional de forjar un país de igualdad en la libertad, reiterando la proscripción de la esclavitud, tal pen-

³³ S. Marina Arrom, *Las mujeres de la Ciudad de México*.

³⁴ *Ibid.*, p. 24.

³⁵ *Ibid.*, p. 28.

³⁶ Miguel Mora Bravo, *La igualdad jurídica del varón y la mujer*, t. II, México, Conapo, 1985-1986, p. 41.

samiento no termina de alcanzar a la mujer, pues la concepción de su papel social y la discriminación en su tratamiento normativo era evidente.

Finalizada la Independencia, el país atravesó por constantes pugnas en busca de la mejor forma de gobierno. El siglo transcurrió entre cruentas luchas internas, entre liberales y conservadores, así como con potencias extranjeras que hacían de la protección nacional la principal preocupación en el pensamiento de los forjadores de esta Nación.

En este periodo se generaron diversos documentos constitucionales,³⁷ en todos ellos, como era usual en ese tiempo, se hace un tratamiento genérico de los hombres y los ciudadanos, sin jamás reparar en la distinción entre hombres y mujeres, y dejando a éstas sin el reconocimiento material de los derechos que les pertenecían como personas y en cuya conquista también habían participado.

Como sucedió en el resto del mundo, en nuestro país, en los debates en torno a la democracia y a los valores que le dan sustento, la libertad y la igualdad, entre otros, las mujeres fueron excluidas o ignoradas, subsumidas en lo que algunas feministas denominan la “corriente masculina”.³⁸ Actuando como si las mujeres no estuvieran ahí, y en caso de reconocérseles fue únicamente para reafirmar su lugar secundario dentro de la sociedad. La teoría política se desarrolló en una aséptica “neutralidad de género”, reforzando la posición del sexo históricamente predominante.

En el México independiente, las Constituciones de 1824 y 1857 preconizaron el ideario liberal de la época, consagrando un principio de igualdad entre los hombres para el ejercicio de sus derechos ciudadanos, sin embargo, la influencia del código civil napoleónico en la legislación civil mexicana, se extiende a lo largo del siglo XIX e impide un desarrollo público de las mujeres al negárseles sus derechos civiles y políticos.

Si bien la mujer no fue excluida expresamente del ejercicio de esos derechos, los códigos civiles de 1870 y 1884 le restringieron sus capacidades jurídicas, regulando sus derechos y obligaciones al ámbito de la familia, en la cual “el marido debe proteger a la mujer y ésta debe obedecer a aquel, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes”.³⁹

³⁷ Las Bases Constitucionales y el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, ambos de 1822; el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y la Constitución de 1824; la Constitución de 1836; las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843; las Bases para la Administración de la República, de 1853, el Plan de Ayutla, de 1854; el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 1856, y la Constitución de 1857.

³⁸ Mary O'Brien, *The Politics of Reproduction*, Estados Unidos, Routledge y Kegan Paul, 1981.

³⁹ Artículo 201, del Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, disposición que se reitera en subsecuente Código Civil, de 1884.

La Constitución de 1857

La Constitución de 1857, que a diferencia de la de 1824, hace una declaración expresa de los derechos humanos en su Título I, sección I, artículo 1o., reconocía que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, declarando, en consecuencia, que todas las leyes y todas las autoridades del país debían respetar y sostener las garantías que otorgaba la Constitución.

Es poco conocido que precisamente en el Congreso Constituyente de 1856 hubo intervenciones que pugnaron por la igualdad jurídica del varón y la mujer. En la sesión de 10 de julio de ese año, al someterse a discusión el referido artículo 1o., Ignacio Ramírez, “el Nigromante”, ataca la primera parte del artículo, pues señala que antes de declarar que los derechos del hombre son la base de las instituciones sociales, debería averiguarse y definirse cuáles son esos derechos, si son los que concede la misma Constitución, los que se derivan del Evangelio y del derecho canónico o los que reconocieron el derecho romano y la Ley de Partida, manifestando que el derecho nace de la ley, de donde se destaca la importancia de fijar cuál es el derecho.

En su intervención, hace la observación de que el proyecto se olvida de los derechos más importantes “que se olvida de los derechos sociales de la mujer”, manifestando que “no piensa en su emancipación ni en darle funciones políticas”, y tiene que explicar sus intenciones en este punto para evitar que la ignorancia abuse de sus palabras dándoles un sentido exagerado, observa que en el matrimonio “la mujer es igual al varón y tiene derechos que reclamar que la ley debe asegurarle. Atendida su debilidad, es menester que la legislación le conceda ciertos privilegios y prerrogativas, porque antes que pensar en la organización de los poderes públicos, se debe atender al buen orden de la familia, base verdadera de toda sociedad”.

De igual manera, Zarco, cronista del Constituyente de 1856, manifiesta cómo Ignacio Ramírez refirió lo deplorable de que por la corrupción en los tribunales, pasen como una cosa insignificante los casos de sevicia cuando no se prueba una gran crueldad, cuando es el caso de que muchas desgraciadas son golpeadas por sus maridos, cosa por demás vergonzante en un pueblo civilizado. Continúa señalando que el proyecto:

Nada dice de los derechos de los niños, de los huérfanos de los hijos naturales, que faltando a los deberes de la naturaleza, abandonan los autores de sus días para cubrir o disimular una debilidad. Algunos códigos antiguos duraron por siglos, porque protegían a la mujer, al niño, al anciano, a todo ser débil y menesteroso, y

es menester que hoy tengan el mismo objeto las Constituciones para que dejen de ser simplemente el arte de ser diputado o el de conservar una cartera (*aplausos*).⁴⁰

Indudablemente, las manifestaciones hechas por “el Nigromante” estaban imbuidas de un gran sentido de justicia social, era el momento histórico de vindicar los derechos de las mujeres en nuestro país, copartícipes al lado de los varones de la ardua labor de construir una nación desde su propia visión, la visión de la mujer.

En efecto, en su parte dogmática la Constitución de 1857 recogía un catálogo de derechos humanos, reflejo de la Declaración francesa y atendiendo a su glamour, sin tener en cuenta los planteamientos realizados por varios constituyentes, entre ellos precisamente Ignacio Ramírez, quedando como recuerdo para inscribirse entre las tantas páginas poco reconocidas de la historia nacional y que, sin embargo, encontraron cabida, un siglo después, en nuestro ordenamiento jurídico.

El régimen matrimonial

El régimen matrimonial posterior al movimiento de Independencia continuó siendo el mismo durante largo tiempo. Bajo la idea de que el matrimonio era un acto sujeto al derecho canónico y a la potestad de la Iglesia, los gobiernos mexicanos no publicaron leyes que afectaran el matrimonio antes de la Ley del Registro Civil del 27 de enero de 1857, pues era evidente la fusión que existía entre lo civil y lo espiritual.

La doctrina jurídica mexicana, como se mencionó, tenía una concepción y explicación del matrimonio conformada principalmente con base en la legislación española y canónica, especialmente en las Siete Partidas y las disposiciones emanadas del Concilio de Trento y en la doctrina canonística.⁴¹

La intervención de la legislación mexicana en cuestión matrimonial comienza con la expedición de la Ley del Registro Civil, de 27 de enero de 1857, en la cual se establece que las autoridades civiles podrán y deberán registrar ciertos actos considerados del estado civil, a saber: el nacimiento; el matrimonio; la adopción y la arrogación; el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo; la muerte (artículo 12).

Esta ley disponía que después de la celebración del matrimonio, éste se inscribiría en el Registro Civil, pero no señalaba lo que era ni cómo se celebraba, pues

⁴⁰ Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, El Colegio de México, 1956, p. 485.

⁴¹ Jorge Adame Goddard, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004, pp. 1 y ss.

se seguía considerando que su regulación era materia del derecho canónico y por tanto, la posición de la mujer estaba supeditada al marido.

Las Leyes de Reforma, que sientan las bases en la separación Iglesia-Estado, modifican de manera sustancial diversos aspectos atendiendo a la problemática que los excesos de la Iglesia habían dejado en la sociedad mexicana, transformaciones que a la postre irán consolidando un sistema jurídico garante de los derechos fundamentales, no sólo para hombres sino para toda la población, como lo enuncia el artículo primero de nuestra Constitución Política vigente.

Entre las Leyes de Reforma destacan la Ley del 3 de julio de 1859 y la de ex-claustración de monjas y frailes,⁴² ambos aspectos torales en la situación que la mujer tuvo en la sociedad novohispana y posteriormente en el México independiente.

La Ley del 3 de julio de 1859 regula directamente al matrimonio y lo tipifica como un contrato, para enmarcarlo como un acto sujeto a la ley civil. El primer artículo de la ley dice: “El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”. Señala además que para la celebración del matrimonio “basta” que los contrayentes, “previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquélla –la autoridad civil– y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”, establece que el matrimonio sólo puede celebrarse “por un solo hombre con una sola mujer”,⁴³ y que es indisoluble.⁴⁴

La Ley prescribe el trámite y formalidades para realizar el matrimonio y ordena⁴⁵ que el encargado del Registro Civil lea a los contrayentes, después que éstos hubieran expresando formalmente su consentimiento, una exhortación moral, y que luego fue conocida como “Epístola de Melchor Ocampo” en la que se habla de los deberes morales que tenían los cónyuges entre sí, y refiere especialmente las cualidades tanto del hombre como de la mujer:

El hombre, cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer protección, alimento y dirección; tratándola siempre como la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega

⁴² José Gutiérrez Blas (comp.), *Leyes de reforma. Colección de las disposiciones que se conocen con este nombre, publicadas desde el año de 1855 al de 1868*, México, Imprenta del Constitucional, 1868-1870.

⁴³ Artículo 3.

⁴⁴ Artículo 4.

⁴⁵ Artículo 15.

a él y cuando por la sociedad, se le ha confiado. La mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y ternura, debe de dar y darán al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe de dar a la persona que nos apoya y defiende y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca irritable y dura de sí mismo.

Resulta evidente que no se cuestionaba la regulación matrimonial a la luz de los derechos de las mujeres dada la natural aceptación que de la función de la mujer se tenía en la sociedad mexicana, y a pesar de la manifestada “debilidad” la normativa dejaba a la buena voluntad del hombre su cuidado y protección. No será sino muy posteriormente, y tras diversas modificaciones al ordenamiento civil, en busca de una definición más clara del matrimonio y en conjunto con los movimientos feministas nacionales, que se comience a hablar de igualdad jurídica de la mujer y el hombre en el plano familiar, fuera de la subordinación y buena guía de éste.

Posteriormente a dichas leyes, se dan varios avances en la regulación del matrimonio, que sigue orientándose bajo criterios que buscan la consolidación de una relación independiente de la Iglesia católica en cuestiones de índole civil, bajo el principio de libertad de culto y no en aras de la igualdad en el tratamiento jurídico de las mujeres.

Tanto en la ley matrimonial del Segundo Imperio, como en la legislación civil durante la República Restaurada y en el gobierno de Porfirio Díaz se va consagrando la idea del matrimonio como materia civil, lo que lo aleja del pensamiento de regulación canónica para definirlo, fijar los requisitos, derechos, obligaciones y administración de acuerdo con las leyes civiles.

El matrimonio deja de ser una materia ética, asunto exclusivo de las tradiciones culturales y religiosas de la nación para convertirse en un acto sujeto al poder público, otorgando al legislador la libertad política propia de la democracia liberal de legislar en todas las materias.

Durante el Segundo Imperio, en la Ley del Registro del Estado Civil de 1 de noviembre de 1856⁴⁶ se mantuvo el Registro Civil con la salvedad de que los mexicanos católicos debían contraer matrimonio conforme al derecho canónico, dando preeminencia al contrato matrimonial respecto del sacramento; esto es, el ministro religioso debía solicitar a los contrayentes el registro civil del matrimonio previo a la celebración del sacramento matrimonial.

Por lo que respecta al divorcio, desde 1827, cuando surge el primer Código Civil en el estado de Oaxaca, hasta 1870, las leyes mexicanas sólo permitían que la pareja se separara como lo estipulaba la Iglesia católica, es decir, únicamente se

⁴⁶ *Boletín de las leyes del Imperio Mexicano o Código de la Restauración*, México, 1886, t. IV, p. 188.

contemplaba la llamada separación de cuerpos, que no era un divorcio vincular y por tanto no dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer nupcias.

En el primer Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870, el predominio del varón es definitivo, la familia se establece en función del jefe de la familia, se le otorga en exclusividad al esposo la *patria potestad* sobre los hijos⁴⁷ y la *potestad marital* sobre la mujer, a la cual coloca en un estado de incapacidad al establecerle la obligación de obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos, en la administración, adquisición o enajenación de los bienes.⁴⁸

Así, la mujer debía vivir con el marido, y éste determinaba el lugar de asiento del hogar conyugal.⁴⁹ La mujer estaba obligada a seguir a su marido, si éste lo exige, donde quiera que establezca su residencia.⁵⁰

El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio y representante legítimo de la mujer. La mujer no puede, sin la licencia del marido, dada por escrito, comparecer en juicio ni aún para la prosecución de los pleitos iniciados antes del matrimonio.⁵¹ Tampoco puede la mujer, sin autorización del marido, adquirir ni enajenar bienes ni adquirir obligaciones.⁵²

Como se mencionó, este código reglamenta el divorcio –separación, que no disolvía el vínculo matrimonial sino que únicamente se suspendía la convivencia en el mismo hogar.⁵³ El divorcio podía ser por mutuo consentimiento, sin embargo, como una medida de protección para la mujer, este tipo de divorcio voluntario no podría solicitarse si el matrimonio tenía más de veinte años de celebrado, o si la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de edad.⁵⁴

Se establecían siete causales para ese tipo de divorcio: adulterio de alguno de los cónyuges; propuesta del esposo para prostituir a la esposa e incitación o violencia hacia alguno de los cónyuges para que éste cometiera un delito, la corrupción o la tolerancia de ésta hacia los hijos; el abandono sin causa del domicilio conyugal por más de dos años; la crueldad y la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.

Entre las causales que podían dar origen al divorcio estaba el adulterio, que cuando lo cometía la mujer siempre era causal de divorcio, mientras que si lo cometía el varón tenían que concurrir una serie de circunstancias para que se constituyera como causal: si lo cometía en la casa común o cuando hubiera concubinato

⁴⁷ Artículo 392, fracción 1.

⁴⁸ Artículo 201.

⁴⁹ Artículos 32 y 199.

⁵⁰ Artículo 204.

⁵¹ Artículos 205 y 206.

⁵² Artículo 207.

⁵³ Artículo 239 y siguientes.

⁵⁴ Artículo 247.

entre los adúlteros. Asimismo, la mujer sólo podía invocar el adulterio como causal de divorcio si su esposo la insultaba públicamente o si la otra mujer la hubiera maltratado de palabra o de obra.⁵⁵

En cuanto a los hijos, se confería la patria potestad exclusivamente al padre, solamente a falta de él la ejercía la madre.⁵⁶

El subsiguiente Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de Baja California, de 1884, mantiene la misma organización jurídica de la familia que el código anterior y, por supuesto, la indisolubilidad del matrimonio, el cual sólo se podía disolver por la muerte de uno de los cónyuges. Al igual que el Código Civil de 1870 mantiene el divorcio-separación,⁵⁷ sin embargo, suprime la protección que aquél establecía en favor de la mujer respecto del divorcio voluntario que no podría solicitarse si el matrimonio tenía más de veinte años de celebrado, o si la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de edad.

La única innovación importante que este Código de 1884 estableció, lo que tampoco favoreció a las mujeres, fue que introdujo el principio de la *libre testamentifacción*, con la que se sustituyó el sistema de la legítima, es decir, se le dio al autor de la herencia una plena libertad para determinar quiénes serían sus herederos, sin que subsistiera la obligación de heredar a los descendientes y esposa.⁵⁸ Con la adopción de este sistema se rompió con una tradición de protección a la familia, mediante la protección de los derechos sucesorios de sus miembros, ya que el autor de la herencia al tener plena libertad de disponer de sus bienes puede, como acontece actualmente, dejar al margen de la herencia tanto a los hijos como a la esposa, siendo éste el sistema que a la fecha prevalece tanto en el Código Civil

⁵⁵ Artículo 242: que el adulterio se cometiera en la casa común, que hubiera habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal, que se hubiera dado con escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima, que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra a la mujer legítima.

⁵⁶ Artículo 392, fracción I.

⁵⁷ Artículo 226.

⁵⁸ Según Jacinto Pallares, la introducción del principio de la libre testamentifacción obedeció más bien al “deseo de favorecer a un altísimo funcionario, cuyas desavenencias de familia exigían esa reforma, que a un sentimiento de interés general”. Véase Jacinto Pallares, *Curso completo de derecho mexicano*, t. II, México 1901, p. 568. También véase Ramón Sánchez Medal, *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, 2a. ed., Porrúa, México, 1991, pp. 17-18, quien señala que la Comisión de 1882 para la revisión del Código Civil de 1870 presentó un proyecto de reformas en las que se mantenía el sistema de herencia forzosa, pero al someterlo al presidente de la República, general Manuel González, se adoptó el principio de libre testamentifacción en el proyecto definitivo que se presentó ante la Cámara de Diputados. Sánchez Medal señala como referencia el divorcio de Laura Mantecón de González contra el general González de quien estuvo separada durante todo el periodo de su mandato, 1880 a 1884, ya que el presidente tenía especial interés en dejar como herederos a varios hijos naturales procreados fuera de matrimonio y a quienes sin tener la libertad de testar no podía hacerlos partícipes de su fortuna.

para el Distrito Federal, como en el resto de las legislaciones civiles de las Entidades Federativas.

La legislación del siglo xx

Con el arribo del siglo xx, las transformaciones políticas y sociales experimentadas a lo largo del siglo anterior suman ideales más precisos en la lucha femenina por el reconocimiento de su condición humana dentro de la sociedad, merecedora de los mismos derechos que los varones.

La escalada de movimientos de mujeres se torna incontenible y con ellos la resistencia observada a lo largo de nuestra historia de reconocerle tales derechos se torna evidente y sólo va cediendo ante las transformaciones internacionales de las cuales México necesariamente debió ser partícipe.

El Constituyente de 1917 nuevamente relega el debate sobre los derechos de la mujer pese a la activa e importante participación femenina en la lucha armada revolucionaria; sólo a medida que avanza el siglo y que el pensamiento feminista va esparciéndose, se comienza a reconocer sus derechos en el ordenamiento jurídico mexicano. La Constitución Política, como las Constituciones decimonónicas, formalmente no restringió ni negó los derechos políticos fundamentales de la mujer, pero en la práctica, como en el siglo XIX, ésta no participó en el ejercicio de esos derechos.

Así, en particular la lucha por el sufragio se convierte en el primer propósito de la lucha de las mujeres, cuyo tema central es el reconocimiento de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres que se da formalmente hasta 1975, así, la legislación va perfilándose como garante de todos los derechos de hombres y mujeres, ante la resistencia social que impide la transformación de los viejos esquemas discriminatorios y que propician una serie de fenómenos, entre otros, la violencia contra la mujer que cada vez se hace más evidente y contra la cual se tienen que tomar todas las acciones pertinentes para su combate.

La Revolución y la Constitución de 1917

Es importante señalar que el movimiento revolucionario fue un movimiento surgido bajo consignas que se transforman dentro del mismo proceso debido a una serie de injusticias sociales entre las cuales estaba la discriminación de las mujeres aun cuando ni ellas mismas lo advertían. No obstante lo anterior, es precisamente en esta etapa que los movimientos feministas comienzan a dar frutos en

nuestro país. La Revolución mexicana alentó la movilización y participación de las mujeres, alentadas por sectores progresistas de la dirigencia política.⁵⁹

De acuerdo con Ángeles Mendieta, las causas morales del movimiento revolucionario hacen de éste un episodio en la historia que lleva como bandera principal la injusticia social; la servidumbre feudal; la vejación radical; la condición del pueblo al que no se le consideraba como gente de razón y como tal eran tratados; la cuota por vivir; la constante afrenta a lo único que tenía el campesino: su familia, pues además de las constantes humillaciones, por medio del llamado derecho de pernada, se violentaba a “las mujeres” del campesino; la carencia absoluta de patrimonio; la ignorancia; el despojo de la tierra; el agravio y trato humillante, en la milicia y en las cárceles; la burla y escarnio en los comicios; los obreros crucificados; los niños explotados; la represión; la nula libertad de pensamiento; el clima de terror, mediante el reclutamiento forzado; la segregación; la consigna de desprecio; el ultraje desde el nacimiento con la indiferencia ante los llamados hijos ilegítimos; así como el ataque a la disidencia.⁶⁰

Todas ellas razones más que suficientes para que el movimiento nutriera sus ejércitos precisamente del pueblo. A la mujer se le continúa considerando subordinada a la voluntad de los hombres. El ejercicio del “derecho de pernada” nos ayuda a comprender cómo los hombres, ya fuera el hacendado o el campesino, consideraban el cuerpo de la mujer como un objeto susceptible de apropiación, pues la verdadera afrenta del hacendado no era contra el campesino sino contra la mujer al no considerar su dignidad como persona.⁶¹

En esta etapa, la participación de la mujer en el quehacer público es indiscutiblemente activa. Participaron como precursoras del movimiento revolucionario, fuera y dentro del campo de batalla, como líderes, e innegablemente, como soldaderas. Cada mujer, al igual que cada hombre, participó desde su trinchera como miembro de esta nación en un proyecto de justicia común.

Sin embargo, al recogerse las demandas sociales en la Constitución de 1917, el Constituyente vuelve a negar los derechos políticos a la mujer bajo el argumento de su falta de capacitación para participar en la vida pública, manifestando que “la

⁵⁹ Baste recordar el primer Congreso Feminista que tuvo lugar en Yucatán en 1916.

⁶⁰ Ángeles Mendieta Alatorre, *La dignidad humana y las causas morales de la Revolución*, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1974, p. 132.

⁶¹ El derecho de pernada “pasar la pierna” es una reminiscencia del derecho feudal que en apariencia establecía la potestad señorial de tener relaciones sexuales con toda doncella, sierva de su feudo, que se fuera a casar con otro siervo suyo, aunque se ha señalado que en realidad no estaba referido a las bodas sino a la servidumbre feudal, no como un derecho sino más bien como el reflejo de la dominación de una clase privilegiada y de la baja consideración que se tenía de la mujer en la época, costumbre que se hizo patente en gran parte de las haciendas mexicanas en donde “las mujeres del campesino” eran ultrajadas.

diferencia de sexos determina la aplicación de las actividades”; así como que “en el estado en que se encuentra nuestra sociedad, la actividad de la mujer no ha salido del círculo del hogar doméstico, ni sus intereses se han desvinculado de los de los miembros masculinos de la familia; no ha llegado entre nosotros a romperse la unidad de la familia, como llega a suceder con el avance de la civilización; las mujeres no sienten, pues, la necesidad de participar en los asuntos públicos, como lo demuestra la falta de todo movimiento colectivo en ese sentido”.⁶²

Razones por demás discriminatorias ante escenarios en los cuales tanto hombres como mujeres se encontraban construyendo su propia identidad ciudadana, como reconoce el Constituyente, la existencia de mujeres excepcionales se daba al lado de la existencia de hombres del mismo tipo, en tanto que las circunstancias sociales de otras las condenaban al anonimato, como sucedía con los hombres de iguales condiciones, de ahí que se trate en realidad de una palpable injusticia de discriminación por razón de género.⁶³

Así, si bien los debates vuelven a mostrar la resistencia al cambio en el tratamiento hacia la mujer, se observa en el periodo previo que las luchas de las obreras determinan el reconocimiento de la igualdad de género en las relaciones laborales en la Constitución de 1917 y, a medida que avanza el siglo, los movimientos femeninos logran conquistas específicas, como el reconocimiento de la plena ciudadanía y la igualdad jurídica de mujeres y hombres, además de la paulatina transformación de la legislación civil, que actualmente continúa en proceso de cambio.

Transformaciones en el régimen familiar

La etapa revolucionaria transforma, mediante diversas disposiciones, la legislación aplicable en materia familiar. Los actos por los cuales se expiden los decretos que van delineando la introducción del divorcio vincular son actos formalmente revolucionarios, la nueva relación Iglesia-Estado, que separó los asuntos civiles de los religiosos de manera formal, respetó las costumbres vigentes en las familias mexicanas heredadas de la doctrina católica. A pesar de ello, tales costumbres se ven trastocadas con la introducción del divorcio vincular, generando nuevos desafíos sociales para la mujer, ante una situación en la que nuevamente se busca dar respuesta a problemas lejanos a los derechos de las mujeres en el ámbito familiar.

⁶² Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, *Congreso constituyente 1916-1917, Diario de Debates*, México, INEHRM, 1985, p. 830.

⁶³ De acuerdo con el Constituyente, “el hecho de que algunas mujeres excepcionales tengan las condiciones necesarias para ejercer satisfactoriamente los derechos políticos, no funda la conclusión de que éstos deben concederse a las mujeres como clase”. *Idem*.

Venustiano Carranza expide, desde Veracruz, los dos decretos que introducen el divorcio vincular en pleno periodo revolucionario, el primero del 29 de diciembre de 1914 que modifica la Ley Orgánica, de 1874, de las Adiciones y Reformas a la Constitución donde se determinaba la indisolubilidad del matrimonio, y el segundo del 29 de enero de 1915, que reforma el Código Civil para el Distrito Federal para establecer el divorcio vincular, es decir, el que deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias.

En la exposición de motivos de este Decreto, se señalaba que el matrimonio tenía el carácter de unión definitiva pero que era necesario determinar los *casos excepcionales* en que se debía liberar a los cónyuges de la *obligación de permanecer unidos durante toda la existencia*.⁶⁴

En esa Exposición de Motivos se evidencia que en los casos de ruptura de la relación de pareja, es la mujer la que socialmente lleva el peso real de una cuestión que debieran afrontar ambos miembros.

Que además es bien conocida la circunstancia de que el matrimonio entre las clases desheredadas de este país es excepcional, realizándose la mayor parte de las uniones de ambos sexos por amasiato, que casi nunca llegan a legalizarse, ya sea por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables, y en estas condiciones es evidente que la institución del divorcio que disuelve el vínculo es el medio más directo y poderoso para reducir a su mínimum el número de uniones ilegítimas entre las clases populares, que forman la inmensa mayoría de la nación mexicana, disminuyendo, como consecuencia forzosa el número de hijos cuya condición está actualmente fuera de la ley.

Que además, es un hecho fuera de toda duda que en las clases medias de México la mujer, debido a las condiciones especiales de educación y costumbres de dichas clases, esta incapacitada para la lucha económica por la vida, de donde resulta que la mujer cuyo matrimonio llega a ser un fracaso se convierte en una víctima del marido, y se encuentra en una condición de esclavitud de la cual le es imposible salir si la ley no la emancipa desvinculándola del marido.

Que, en efecto, en la clase media la separación es casi siempre provocada por culpa del marido, y es de ordinario la mujer quien la necesita, sin que con esto haya llegado a conseguir hasta hoy otra cosa que apartar temporalmente a la mujer del marido, pero sin remediar en nada sus condiciones económicas y sociales, por lo que sin duda el establecimiento del divorcio tendería, principalmente en nuestra clase media, a levantar a la mujer y a darle posibilidades de emanciparse de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene.

⁶⁴ Véase R. Sánchez Medal, *Los grandes cambios...*, pp. 21 y 22.

Posteriormente, el 9 de abril de 1917, también Venustiano Carranza expide la Ley de Relaciones Familiares, en la que se introducen profundos cambios en la familia y en el matrimonio: se reglamenta el matrimonio disoluble, la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio al suprimir la potestad marital, la igualdad en el nombre de los hijos nacidos fuera del matrimonio y el régimen de separación de bienes por el de gananciales.

Pese a la pretendida igualdad,⁶⁵ los derechos y obligaciones que nacían del matrimonio estaban claramente diferenciados, el marido debía dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar,⁶⁶ sólo en caso de que la mujer tuviere bienes propios, desempeñare algún trabajo, ejerciere alguna profesión, o tuviere algún comercio, debía contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no excediese de la mitad de dichos gastos, a menos que el marido estuviera imposibilitado de trabajar y no tuviere bienes propios, pues entonces, todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con los bienes de ésta y la mujer debía atender todos los asuntos domésticos, estando por ello especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar.

Consecuentemente, la mujer sólo podía, con licencia del marido, obligarse a prestar servicios personales a favor de personas externas, o a servir un empleo, o ejercer una profesión, o establecer un comercio.

Así pues, más que hablarse de avances en el reconocimiento de derechos de la mujer podemos observar un avance en las concepciones de la separación Iglesia-Estado en busca de ajustar la nueva figura jurídica del matrimonio civil como fuente de derechos y obligaciones.

Cabe anotar en este sentido que, aun cuando no se tiene claro el motivo por el cual la Revolución asumió como propia la causa del divorcio vincular, según Sánchez Medal, la precipitación con la que Venustiano Carranza abrió la puerta al divorcio, cuando aún estaba al mando de uno de los bandos en plena guerra civil, se debió al particular interés de dos de sus ministros, que ya entonces planeaban sus respectivos divorcios,⁶⁷ y quienes poco después de publicado el decreto en el periódico oficial y de manera sucesiva tramitaron sus divorcios.⁶⁸

Posteriormente, el Código Civil de 1928 le otorga carta de permanencia al divorcio, regulando, además de las causas de divorcio, la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio administrativo.

⁶⁵ Artículo 43.

⁶⁶ Artículo 42.

⁶⁷ Véase R. Sánchez Medal, *Los grandes cambios...*, pp. 21 y 22.

⁶⁸ R. Sánchez Medal, *El divorcio opcional*, México [s. e.], 1974, pp. 27 y 28.

Asimismo, además del divorcio se adoptaron cambios que indujeron a una transformación sustancial de la familia, se equiparó la capacidad jurídica del hombre, confiriendo a ambos cónyuges autoridad y consideraciones iguales para resolver lo relativo a la educación y establecimiento y administración de los bienes de los hijos, así, se otorgó tanto al padre como a la madre la patria potestad sobre los hijos.

Este Código también impuso como regla general el deber del marido de dar alimentos a la mujer y proveer a los gastos para el sostenimiento del hogar, atribuyéndole a la mujer la obligación de atender todos los asuntos domésticos; posteriormente, en reformas subsecuentes, se igualó a los cónyuges en la obligación de darse alimentos entre sí, y a los hijos.

A la par que se reglamentaba el divorcio, se reconocía al concubinato para otorgarle algunos efectos a favor de la concubina, si bien se reconocía que el matrimonio es la forma “legal y moral” de constituir la familia.⁶⁹

Ordenamientos jurídicos vigentes

Marco legal

Además de las reformas paulatinas de los códigos civiles del país para lograr la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y ante el fenómeno social de discriminación de las mujeres, se ha tenido que introducir en el marco normativo una serie de leyes que las protejan; así, se han expedido la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres, de 21 de diciembre de 2000, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, de 11 de junio de 2003; la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, de 2 de agosto de 2006; La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, del 1 de febrero de 2007.

Todas estas leyes deben ser difundidas y apoyadas con programas sociales efectivos que logren un trato igualitario entre los hombres y las mujeres con respeto de la diferencia en los diversos ámbitos de la vida, privada y pública, que representen verdaderas oportunidades de desarrollo no sólo para las mujeres sino para la población en general,⁷⁰ pues en efecto la igualdad de género es una avenida de doble dirección: tiene ventajas tanto para hombres como para mujeres, pues no se trata solamente de la declaración de igualdad ante la ley sino de la implementación

⁶⁹ Según lo expresado en su informe presentado por la comisión redactora del proyecto de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

⁷⁰ PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano, México, PNUD, 2004, pp. 31 y ss.

de medidas que remedien o compensen los tratos que de forma histórica han sido desventajosos para las mujeres.

Normatividad en materia civil

Son las legislaciones civiles, y en ocasiones en los tribunales al resolver casos que involucran a las mujeres, que se evidencia el avance temeroso en la salvaguarda de los derechos de la mujer, a pesar de que existe todo un entramado jurídico que las debería proteger.⁷¹ También, a pesar de las innumerables reformas que la legislación civil ha registrado en aras del reconocimiento de los derechos de las mujeres y el cumplimiento de los compromisos que México ha asumido con la firma de Tratados Internacionales. Sin embargo, no se ha avanzado suficientemente en ese sentido.

Si bien la mayoría de los códigos civiles del país declaran explícitamente la igualdad del hombre y la mujer, los únicos en consagrar, además, el principio de no discriminación para todas las personas son los del Distrito Federal y Michoacán. Sin embargo, siguen subsistiendo, en la mayoría de las legislaciones civiles normas discriminatorias anacrónicas, como las disposiciones que impiden que la mujer pueda contraer nuevas nupcias una vez obtenido el divorcio⁷² o las relativas a la legitimación o reconocimiento de la paternidad o maternidad.

La aplicación de técnicas de identificación biológicas representan un instrumento muy valioso para el establecimiento de la filiación y consecuentemente de la obligación alimentaria para el padre, y aun cuando desde la primera Conferencia a favor de los derechos de la mujer, celebrada en la Ciudad de México en el año de 1975, se reconocía que la procreación era un factor que determinaba el desarrollo de las mujeres y pese a los mencionados avances tecnológicos que permiten establecer de manera irrefutable la filiación paterna consanguínea, el derecho sigue estableciendo una serie de requisitos para fijarla.⁷³ Así, la paternidad responsable sigue siendo una asignatura pendiente en el sistema jurídico hacia las mujeres que se comprometen de manera unilateral con la crianza de los hijos, debiendo ser una responsabilidad compartida.

El mantenimiento de las reglas de la legitimación y el reconocimiento en la legislación civil vulnera seriamente los compromisos internacionales en materia de

⁷¹ Véase José Ramón Cossío, "Concubinato, analogía y justicia familiar bajo la Constitución", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 28, México, abril de 2008, pp. 207 y ss.

⁷² Salvo los códigos civiles del Distrito Federal, Estado de México y Guerrero.

⁷³ Toda la legislación civil de México contiene disposiciones similares en esta materia, salvo el caso del estado de Tamaulipas que cuenta, desde el 19 de octubre de 2004, con una Ley de Paternidad Responsable.

los derechos de las y los niños y las mujeres, pues al menos respecto de aquéllos existen una serie de derechos irrenunciables, como son el derecho a conocer el origen biológico, a la identidad, y los consecuentes derechos patrimoniales respecto de ambos progenitores, entre otros.

Un gran avance de nuestra legislación ha sido el reconocimiento de que en la familia se dan relaciones violentas que hay que erradicar. Es en la familia, núcleo básico de educación y unidad de cultura, donde se transmiten los valores que prevalecen en la sociedad, donde se genera y perpetua tanto la discriminación por cuestiones de género como las relaciones de violencia, a partir de la conformación de una estructura jerárquica que se da en su interior, y en la que se establece que alguno de sus miembros, tiene el “derecho” de controlar a los demás por cualquier medio, incluso mediante la violencia.

Estas estructuras verticales de poder las ha propiciado el propio Estado al confiar que los mecanismos internos de la familia son suficientes para establecer a su interior, pautas democráticas de conducta del grupo, que permiten la solución de los conflictos entre sus miembros y los propios miembros de la familia han asumido patrones culturales que fortalecen la idea de que los problemas de la familia se deben resolver en su interior y no permitir que se ventilen fuera de ella.

Es aquí, donde se manifestó la ineficacia de la familia como instancia de control social informal en contra de la violencia, ya que es en ese espacio, que debiera ser el más protector para sus miembros, el ámbito más propicio para generar relaciones violentas.⁷⁴

De ahí que se viera la necesidad de la intervención estatal en la familia, mediante normas jurídicas que regulen las relaciones entre sus miembros y para evitar y, en su caso, castigar las conductas violentas de quienes ejercen el poder sobre los más desprotegidos, los cuales mayormente suelen ser la mujer, los hijos menores, los ancianos y los discapacitados.

Por reformas al Código Civil del año 2000, se estableció que la Violencia Familiar es causal de divorcio,⁷⁵ por lo cual mientras dure el juicio, el juez deberá tomar todas las medidas para que no se siga lastimando a las víctimas de la violencia;⁷⁶ entre otras, la salida del cónyuge demandado de la casa familiar, la prohibición del demandado de ir a un lugar determinado, tal como el domicilio, el lugar de trabajo o de estudio de los agraviados, y la prohibición de que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el juez determine.

⁷⁴ Véase A. J. Solnit, “A Psychoanalytic View of Child Abuse”, en *Victims of Abuse-The Emotional Impact of Child and Adult Trauma*, Madison, Conn., International Universities Press, 1994, p. 34.

⁷⁵ Artículo 267, fracción XVII.

⁷⁶ Artículo 282.

También las conductas violentas podrán ser causa de pérdida de la patria potestad,⁷⁷ y podrán generar la correspondiente responsabilidad civil, debiendo por tanto el agresor reparar los daños y perjuicios que se ocasionen con dicha conducta.⁷⁸ La mayoría de los códigos civiles del país ya regulan la violencia familiar como causal de divorcio y de pérdida de la patria potestad, lo cual representa un gran avance en el reconocimiento de la violencia familiar como uno de los fenómenos que más afectan a la sociedad.

La mujer mexicana en el siglo XXI

Al lado tanto de los avances formales en la legislación que, como se observa, siguen en proceso, existe una realidad que contrasta fuertemente con el avance en materia de derechos de las mujeres. La cultura discriminatoria hacia las mujeres sigue estando ahí, frenando el avance real de los derechos reconocidos por las normas jurídicas. Como se ha mencionado, el ser mujer se suma a otros factores que agravan la desigualdad a la que ésta está sujeta, como son: la condición social, la raza, el nivel educativo, la edad, entre otros.

Es evidente que existe una transformación en las formas de relacionarse, las mujeres han dejado de ser sólo “madres” para convertirse en seres que buscan potencializar sus capacidades, pero no desde la perspectiva masculina, sino reivindicando una posición femenina, a la cual en épocas pasadas tuvieron que renunciar a efecto de que los varones las reconocieran y las aceptaran como iguales. Para que se aceptara su participación en la política, las mujeres tenían que parecer y actuar como hombres y en ocasiones lo lograron.⁷⁹

La gran aspiración es consolidar un país democrático, en donde todas las personas, hombres y mujeres, tengan los mismos derechos, las mismas oportunidades económicas sociales y culturales, de acuerdo con lo que señala la Constitución Política de nuestro país en su artículo 3o., y que la democracia no sea solamente una estructura jurídica y un régimen político, sino un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Así, México, como un país democrático, debe incluir a las mujeres en su sistema jurídico y en su sistema político, en condiciones de igualdad y no discriminación, y hacer posible un estilo de vida incluyente en todos los diversos ámbitos de

⁷⁷ Artículo 444, fracción III.

⁷⁸ Artículo 323, sextus.

⁷⁹ En ese sentido, véase una obra feminista escrita por un varón, en una época en que no estaba de moda el feminismo: Gustavo Pittaluga, *Grandeza y servidumbre de la mujer. La posición de la mujer en la historia*, Buenos Aires, Sudamericana, 1946, pp. 11 y 12.

actuación de ellas.⁸⁰ Las mujeres tienen el derecho a disfrutar el mismo esquema de igualdad de libertades básicas que rige para los varones, lo cual debe significar igualdad de oportunidades para todos,⁸¹ siendo indispensable en este proceso, la revaloración del papel del hombre en el ámbito familiar, pues sin duda, su papel tradicional de proveedor también ha de ser superado.

⁸⁰ Rosa María Álvarez de Lara, "Democracia y derechos de las mujeres", en José E. Rolando Ordóñez Cifuentes, *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho. XII Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 2004, pp. 1-15.

⁸¹ Rawls señala que los dos principios de la justicia son:

1. Toda persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente válido de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.

2. Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones. En primer lugar, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en igualdad de oportunidades; en segundo lugar, deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad. Véase John Rawls *et al.*, "Las libertades fundamentales y su prioridad", en *Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de Guillermo Valverde, Gefall, España, Planeta Agostini, 1995, pp.12-13.

ENTRE LA TRADICIÓN Y LA MODERNIDAD: LA REGULACIÓN SOBRE FILIACIÓN, PARENTESCO Y ADOPCIÓN EN MÉXICO

Alma Beltrán y Puga

Las familias contemporáneas son sujetos plurales y dinámicos. En contra de las perspectivas esencialistas que promueven un ideal de familia, entendido como un núcleo de individuos “singular, inmutable, ahistórico”,¹ la actualidad demuestra las diversas estructuras y formas de organización familiar que hacen imposible describir un modelo de familia. La existencia de muchos y variados tipos de familias refleja la complejidad de los arreglos familiares contemporáneos y ha ido desmontando el modelo ideal de familia “natural”, que permeó también la legislación civil y el derecho de familia en América Latina, incluyendo México. Este ensayo analiza los dilemas y debates contemporáneos sobre la regulación de la filiación, el parentesco y la adopción en México, desde el impacto que han tenido las nuevas formas de convivencia afectiva en las normas de familia, analizando las tensiones originadas por el género en el derecho civil, como lo apuntan las diversas teoría feministas.

La caída del ideal de la familia natural y la regulación civil sobre filiación y parentesco en México

Históricamente, las teorías feministas han criticado el ideal de familia natural (o nuclear) como eje orientador de la legislación, la política pública y la intervención

¹ Véase Susana Lerner y Lucía Melgar (coords.), *Familias en el siglo XXI: realidades diversas y políticas públicas*, México, UNAM / El Colegio de México / Programa Universitario de Estudios de Género, 2010, p. 13.

del Estado. Esta familia nuclear parte de un “orden natural”, dominante desde el siglo XIX, que promueve el ejercicio de la sexualidad y la reproducción “natural”; es decir, aquella derivada de las relaciones heterosexuales en las que se asignan roles de género definidos a ambos sexos, generalmente siendo los hombres los encargados del trabajo económicamente remunerado, vistos como el sostén de la familia, y las mujeres encargadas de la crianza de los hijos e hijas, así como de las tareas asociadas al ámbito reproductivo, labores no remuneradas –generalmente– por el mercado laboral. En América Latina, la familia “natural” o nuclear ha sido defendida a capa y espada tanto por conservadores como por liberales, quienes argumentan que el Estado no debe intervenir en los asuntos privados familiares o que debe intervenir sólo con el interés de proteger a los más vulnerables en las relaciones familiares, pero siempre salvaguardando este ideal familiar.

En un ensayo clásico, Frances Olsen señala que “el ideal de la *familia privada* es un ideal incoherente y que la retórica de la no intervención estatal es más dañina que útil”.² Para Olsen, la incongruencia radica en que el Estado nunca es un árbitro neutral en temas familiares, por lo que, sostener que no debe intervenir en la esfera familiar por ser éste un ámbito privado es un contrasentido, ya que inclusive la no intervención en sí misma es una forma indirecta de intervenir. Por tanto, la pregunta importante no es si el Estado debe o no intervenir en cuestiones familiares, sino ¿cuál debe ser la intervención estatal, con qué propósito y bajo qué razones?

Desde esta perspectiva, las políticas de regulación estatal sobre la vida familiar y las relaciones de género adquieren una dimensión importante. ¿Cómo y con base en qué fundamentos deben los Estados regular las relaciones entre los padres, madres e hijos; quiénes tienen derecho a casarse, adoptar y a fundar una familia, cómo se deben dividir los bienes durante el matrimonio y después del divorcio; bajo qué supuestos se debe reconocer la filiación de los hijos? Como lo señala Mala Htun, históricamente, la mayoría de las leyes de los países, incluidos los de América Latina, seguían el modelo religioso y patriarcal, que daba al hombre (al padre) un poder casi absoluto sobre los demás integrantes de la familia y se limitaba la libertad, sobre todo de las mujeres, para decidir sobre su sexualidad y su reproducción.³

Sin embargo, en virtud de los movimientos feministas de las décadas de 1960 y 1970, las caídas de las dictaduras y la consolidación de las políticas democráticas en varios países latinoamericanos, así como la influencia de las normas internacionales de derechos humanos, se promovieron reformas en el derecho de familia

² Véase Frances Olsen, “The Myth of State Intervention in the Family”, en *University of Michigan Journal of Law Reform*, Michigan University of Michigan Law School, 1985, pp. 835 y ss.

³ Mala Htun, *Sexo y Estado en América Latina*, Santiago Chile, Universidad Diego Portales, p. 19.

tendientes a la igualdad de género en el matrimonio y el divorcio, y también hacia la liberalización de las leyes sobre el aborto.⁴ Estos cambios reconfiguraron las relaciones entre la Iglesia y el Estado: se afectó la autoridad de la Iglesia católica (así como el estatus de los valores católicos), así como los roles de género (particularmente de las mujeres) en el interior de las familias y en la sociedad –auspiciadas también por el desarrollo económico y la inserción de las mujeres al mercado laboral.

En este contexto, las teorías feministas cuestionaron el modelo de familia promovido por el Estado mediante las tradiciones normativas existentes, plasmadas en la doctrina legal y en la jurisprudencia, buscando identificar los elementos que “excluyen o ponen en desventaja a las mujeres y miembros de los otros grupos excluidos”.⁵ Esta “pregunta por las mujeres”, o en otros términos, la revisión del ordenamiento jurídico con lentes de género, lleva a cuestionarse ¿cómo regulan e influyen las normas en los roles de género establecidos por el derecho? ¿Cuáles normas o criterios jurisprudenciales refuerzan la discriminación hacia las mujeres?

Si bien hay divergencias en cuanto a postulados teóricos y estrategias de incidencia política entre las distintas teorías feministas (liberal, cultural, socialista, radical y crítica),⁶ todas ellas han cuestionado el modelo de familia natural y se preguntan por las mejores vías para alcanzar la *igualdad sustantiva* entre hombres y mujeres en los distintos arreglos familiares, incluso, varias teorías promueven la *igualdad transformativa*,⁷ es decir, aquella que no sólo implica la realización de la igualdad formal y material, sino la posibilidad de transformar las estructuras, patrones y modelos jurídicos y sociales que han reforzado históricamente la discriminación hacia las mujeres.

Una de las esferas más debatidas dentro del feminismo ha sido la regulación del matrimonio, de donde se han desprendido tradicionalmente los lazos de filiación y la posibilidad de adoptar. Junto con la concepción de la familia nuclear patriarcal, como lo señala Isabel Cristina Jaramillo, los códigos civiles latinoamericanos del siglo XIX reprodujeron dos instituciones del derecho colonial: la potestad

⁴ *Idem.*

⁵ Marisol Fernández Revoredo, “Derecho de familia y métodos feministas”, en Marisol Fernández y Félix Morales (coords.), *Métodos feministas en el derecho*, Lima, Palestra, 2011, p. 185.

⁶ Véase Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en *La mirada de los jueces*, t. I, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, pp. 268 y ss.

⁷ Desde el derecho internacional de los derechos humanos, las teorías igualitarias feministas han ido avanzando hacia un concepto de igualdad transformativa, donde las obligaciones del Estado no sólo radican en cumplir el mandato de no discriminación y la igualdad ante la ley, sino en utilizar el mecanismo estatal para transformar las instituciones jurídicas y sociales, entre ellas las familiares, para realizar la igualdad de género. Véase Marsha A. Freeman, Christine Chinkin y Beate Rudolf Oxford (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Commentaries on Oxford, Oxford University Press (International Law Series), 2012.

marital y el privilegio matrimonial.⁸ La potestad marital consiste en el poder del marido, en virtud del matrimonio, sobre la persona y bienes de la mujer; por ejemplo: la administración exclusiva de los bienes de la sociedad conyugal, la determinación del domicilio familiar, la disciplina sobre los hijos y el control de la sexualidad de la mujer.

El privilegio matrimonial se materializó en la legitimidad del matrimonio civil como la unión afectiva por excelencia, exclusiva de parejas heterosexuales, en la cual la mujer tiene acceso a beneficios económicos patrimoniales y sucesorios, y los hijos de dicha pareja adquieren parentesco y filiación (los hijos fuera de ese arreglo eran considerados “ilegítimos”).

La potestad marital ha sido eliminada, en su mayoría, de los códigos civiles latinoamericanos, estableciéndose que tanto hombres y mujeres gozan de iguales derechos respecto del dominio y administración de los bienes conyugales, así como la representación legal y judicial de las mujeres de sus propios asuntos, y la facultad de disciplina común de los hijos. Al respecto, cabe destacar el caso de María Eugenia Morales (Guatemala), que llegó a instancias internacionales alegando la violación a su derecho a la igualdad, protegido en la Convención Americana de Derechos Humanos, por no tener posibilidad de administrar los bienes del matrimonio.⁹

Por otra parte, los privilegios matrimoniales se han ido reduciendo, considerándose que las uniones de hecho (concubinatos y sociedades de convivencia) tienen también efectos patrimoniales y sucesorios, la filiación y el parentesco de hijos nacidos fuera del matrimonio puede adquirirse mediante el reconocimiento de hijos, y la paternidad demostrarse mediante pruebas genéticas. Asimismo, se han liberalizado las leyes del divorcio¹⁰ y se ha abierto el matrimonio en algunos países y ciudades de Latinoamérica para parejas del mismo sexo.¹¹

Sin embargo, el derecho colonial y el derecho canónico han dejado rastro en las legislaciones civiles latinoamericanas actuales en materia de matrimonio, filiación, parentesco y adopción. A partir del Concilio Ecuménico de Trento (1545-1563), el

⁸ Véase I. Cristina Jaramillo, “Familia”, en *op. cit.*, p. 272.

⁹ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso María Eugenia Morales (Guatemala)*, Caso No. 11.625, Informe de Fondo No. 4/01, 2001.

¹⁰ Uno de los últimos países en legalizar el divorcio fue Chile, en el 2004.

¹¹ La provincia de Buenos Aires (2002) y Río Negro (2005) en Argentina incluyeron las uniones civiles para parejas del mismo sexo, así como el estado de Rio Grande do Sul en Brasil (2004). La Ciudad de México reconoció el matrimonio y la adopción entre parejas del mismo sexo (2006) y el estado de Coahuila (2007) incluyó las uniones civiles de forma amplia. Posteriormente, el Código Civil de la Ciudad de México fue reformado en 2009 permitiendo el matrimonio y la adopción entre parejas del mismo sexo. Recientemente, Uruguay aprobó la Ley del Matrimonio Igualitario (2013). Véase Juan Marco Vag-gione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Sáez (eds.), *La mirada de los jueces*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

matrimonio canónico se configuró en un acto solemne, sacramental e indisoluble para los cónyuges, encaminado hacia la procreación.¹² La regulación civil sobre el matrimonio que primó en México en siglos posteriores fue principalmente la del derecho canónico, que instauró al matrimonio religioso como la fuente legítima para fundar una familia.

No fue sino hasta 1859, con la Ley del Matrimonio Civil, promulgada en el contexto de las Leyes de Reforma orientadas a sustraer el poder de la Iglesia católica y forjar una división entre el poder eclesiástico y el estatal, que se estableció el matrimonio como un contrato civil cuya celebración era competencia de la autoridad estatal.¹³ Paradójicamente, dicha ley matrimonial continuó con las premisas fundamentales del derecho canónico, considerando que la unión matrimonial era “el único medio moral de fundar una familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo”,¹⁴ sin permitir el divorcio.¹⁵ Y por ende, reforzó la idea de que el matrimonio era el medio legítimo para el establecimiento de las relaciones de parentesco y filiación, cuestión que prevaleció en los códigos civiles de 1870 y 1884.

Particularmente, el Código Civil mexicano de 1884 consideró que la filiación “sólo podía originarse de manera natural por el hecho biológico del nacimiento”.¹⁶ Asimismo, previó tres maneras de establecer dicho vínculo: a) mediante presunciones de paternidad y maternidad; b) el reconocimiento o designación de hijos/as, y c) acciones de investigación de maternidad o paternidad. El Código Civil de 1884 continuó haciendo una diferencia entre hijos legítimos (nacidos por virtud del matrimonio) e ilegítimos (fuera de la unión matrimonial). Incluso clasificó a los ilegítimos en: naturales y espurios, y a estos últimos en adulterinos e incestuosos.¹⁷ La legitimidad de los hijos de los cónyuges se presumía cuando habían nacido después de 180 días de contraído el matrimonio o dentro de los 300 días posteriores a su disolución. En el caso de los hijos ilegítimos, para que se atribuyera la filiación era necesario su reconocimiento o el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad o maternidad. El reconocimiento era aplicable sólo a los hijos naturales, mientras que la designación operaba para los espurios.

¹² Véase Fausto Rico *et al.*, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 2011, p. 79.

¹³ *Ibid.*, p. 81.

¹⁴ Véase el artículo 15, Ley de Matrimonio Civil, 23 de julio de 1859.

¹⁵ La disolución del vínculo matrimonial fue posible en 1914, con la Ley del Divorcio Vincular.

¹⁶ Véase F. Rico *et al.*, *Derecho de familia*, p. 334.

¹⁷ *Idem.* Se consideraron hijos ilegítimos naturales aquellos nacidos fuera del matrimonio, cuando el padre y la madre se podían casar aunque fuera con dispensa. Los espurios, en cambio, eran aquellos nacidos fuera del matrimonio cuando la madre y el padre no podían casarse al momento de la procreación del hijo o de su nacimiento.

Posteriormente a la legalización del divorcio en 1914, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 eliminó algunas diferencias entre los hijos ilegítimos, considerando “que en materia de paternidad y filiación, ha parecido conveniente suprimir la calificación de hijos espurios, pues no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables, y menos ahora que, considerado el matrimonio como un contrato, la infracción de los preceptos que lo rigen sólo debe perjudicar a los infractores y no a los hijos”.¹⁸ A pesar del ánimo liberal de la reforma, se restringieron los derechos de los hijos naturales a “la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando a la vez las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar”.¹⁹

En términos generales, la Ley de Relaciones Familiares estableció que la filiación podía originarse por el nacimiento y la adopción, siguiendo las tres reglas de atribución de la filiación del Código Civil de 1884. Dichas reglas prevalecieron hasta el Código Civil de 1928, que finalmente borró las “odiosas” distinciones entre hijos legítimos e ilegítimos “pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio”.²⁰ Asimismo, por primera vez, se estableció que la filiación puede adquirirse por adopción y se admitió la posibilidad de que las presunciones sobre la filiación en los casos de matrimonio se aplicaran a los hijos e hijas nacidas del concubinato. Cabe destacar que las diferencias de trato en la imputación de la relación paterno-filial que se daban entre el matrimonio y el concubinato en los códigos civiles mexicanos del siglo XIX, muestran que la sexualidad de las mujeres se valora en función del matrimonio, asumiéndose que “la mujer casada es fiel”, mientras que la concubina no, por lo que a sus hijos no se les extendía la presunción de paternidad de las mujeres casadas.

Sin embargo, aunque nominalmente se suprimió la diferencia entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, se mantuvo el capítulo denominado de “la legitimación” en dicho ordenamiento, que tenía como finalidad regular la manera en que un hijo natural podía tenerse como nacido dentro de la unión matrimonial. La eliminación taxativa de estas distinciones fue importante en el Código Civil de 1928 ya que constituía la legislación civil aplicable en materia común al Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal. Este código fue uno de los modelos

¹⁸ Véase Ley de Relaciones Familiares de 1917.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Véase la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928, publicada el 26 de mayo de ese año en el *Diario Oficial de la Federación*.

que siguieron los demás códigos civiles estatales.²¹ La reforma que finalmente acabó con toda distinción –nominal y sustantiva– entre hijos legítimos e ilegítimos fue la del año 2000, mediante la cual se derogó el capítulo denominado “de la legitimación” y se incluyó la posibilidad de ofrecer pruebas científicas para establecer la filiación.²²

Si bien no se puede negar el carácter positivo de dicha reforma, el régimen jurídico actual sobre filiación en México, tanto a nivel estatal como a nivel federal, sigue sin dar una respuesta unificada a las problemáticas y realidades de los arreglos familiares contemporáneos, así como a los avances de la ciencia. La definición misma de filiación como “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia”,²³ recuerda ese ideal de “familia natural”, que en virtud de las nuevas composiciones familiares, no es el único existente en la sociedad mexicana ni el que necesariamente debe prevalecer en las normas jurídicas familiares.

En una sentencia trascendental de 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al revisar la constitucionalidad de las reformas de 2009 al Código Civil del Distrito Federal, que permitieron el matrimonio y la adopción entre parejas del mismo sexo, consideró que la Constitución no protege un único modelo de familia, sino diversos arreglos familiares, siendo las composiciones familiares dinámicas, más que estáticas.²⁴ Asimismo, consideró que el matrimonio es sólo una de las maneras de fundar una familia y ha sido una figura jurídica que se ha transformado conforme a las realidades sociales desde su regulación en el siglo XIX, por lo que, la permisión del matrimonio entre parejas del mismo sexo se ajusta a los parámetros constitucionales y su impedimento constituye, por el contrario, una discriminación legal prohibida por la Constitución.²⁵

En este contexto, las normas familiares deben entenderse como normas jurídicas dinámicas, que regulan una realidad social cambiante y que, lejos de imponer

²¹ Algunos códigos civiles estatales tomaron como modelo el Código Civil de 1884, otros el de 1928, y otros tomaron disposiciones de ambos códigos. Actualmente existen 32 códigos civiles estatales y uno federal, siendo la versión más actualizada del Código Civil de 1928 en materia de filiación la del Código Civil del Distrito Federal. Para una revisión histórica de los códigos civiles, véase *Panorama de la legislación civil en México*, disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/386/3.pdf>>.

²² Véase Código Civil del Distrito Federal.

²³ Código Civil del Distrito Federal, artículo 338.

²⁴ SCJN, Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procurador general de la República. Sentencia de 16 de agosto de 2010. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. Mayoría de seis votos a favor del contenido del considerando quinto de la sentencia respectiva. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y José de Jesús Gudiño Pelayo. Los señores ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano y presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia no participaron en la votación de las consideraciones respectivas.

²⁵ *Idem*.

un modelo de familia particular, deben abarcar los diversos arreglos familiares. Sin embargo, la doctrina civil mexicana históricamente ha remarcado las diferencias biológicas y sociales, reforzando ciertos estereotipos familiares, o privilegiando a ciertos sujetos dentro de los arreglos familiares por encima de otros.

En general, la legislación y la doctrina civil en México han legitimado la filiación y el parentesco asociados con la reproducción biológica y las uniones matrimoniales heterosexuales, privilegiando a las personas que provienen de esas uniones, o a las que históricamente han detentado la potestad marital, excluyendo o demeritando aquellas personas que tienen uniones de hecho, hijos provenientes de dichas relaciones o de parejas con orientación sexual distinta a la heterosexual. En suma, el derecho de familia en México ha sufrido considerablemente para adaptarse y adelantarse a las nuevas realidades sociales de las familias mexicanas, reforzando en muchos casos la discriminación por motivos de sexo, raza, clase o estado civil.

La transición a la modernidad: la filiación, el parentesco y la adopción en la era de las pruebas científicas y las tecnologías reproductivas

Si bien los Códigos Civiles en América Latina han eliminado en su mayoría la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, la regulación de la filiación sigue estando construida, en buena medida, con base en el modelo matrimonial heterosexual.²⁶ Como bien lo apunta Isabel Cristina Jaramillo, “los debates sobre el matrimonio y las relaciones paterno-filiales que tuvieron lugar en el siglo XIX pusieron de manifiesto que lo que estaba en juego era la propia posibilidad de orden social, lo cual era necesario para el desarrollo individual y colectivo”.²⁷ Las luchas que se dieron en ese tiempo en Colombia, por ejemplo, entre conservadores y radicales sobre la regulación de las familias y la creación de un derecho familiar propio, no sólo eran para quitarle poder a la Iglesia católica y a la Corona española que habían dominado el régimen jurídico familiar por medio del derecho canónico y el derecho colonial, sino también por una conservación de la tradición (conservadores), o por su reinención (radicales), es decir, estos últimos proponían la modernización del derecho de familia, que respondiera a un “ideal de familia moderna”.²⁸

Desde luego, el proyecto modernizador implicaba “cambios en las normas legales consideradas parte del derecho de familia para que ‘reflejaran’ o ‘hicieran cum-

²⁶ Véase M. Fernández Revoredo, “Derecho de familia...”, en *op. cit.*, p. 193.

²⁷ Véase Isabel Cristina Jaramillo, *Derecho de familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Colombia, Universidad de Los Andes, 2013, pp. 215-216.

²⁸ *Ibid.*, pp. 174-175.

plir' el ideal de familia moderna".²⁹ La realización de este modelo de familia, que "gira en torno a la pareja conyugal y la función de la crianza de los hijos" implicaba cambios en las normas jurídicas familiares que llevarían, "por un lado, a redistribuir el poder entre esposos y esposas de manera que se parezca más al ideal del matrimonio entre compañeros, es decir, a una unión entre iguales en la que cada uno contribuiría con diferentes cosas a la empresa doméstica, y, por otro lado, a redistribuir el poder entre padres e hijos para subrayar el papel de los primeros como garantes del mejor interés de los segundos".³⁰

De manera similar, en México, la legislación familiar entre 1870 y 1928 demuestra que había una pugna entre la tradición y la modernidad, encabezada por conservadores y liberales, buscando también el desarrollo de un derecho de familia propio e intentando redistribuir el poder entre los cónyuges, así como en las relaciones paterno-filiales y la salvaguarda del interés de las personas menores de edad. En este contexto, destaca la regulación de la adopción en Ley de Relaciones Familiares en 1917, que representó un cambio drástico de visión respecto de la exclusión de la posibilidad de adoptar en los Códigos Civiles anteriores (1870-1884), por considerarse que era "fuente de terribles desgracias", imponiendo obligaciones fatales y sacrificios perniciosos al adoptante.³¹

Al contrario de esta perspectiva, la Ley de Relaciones Familiares permitió la adopción, únicamente de carácter simple, es decir, la que surte efectos sólo entre el adoptante y el adoptado, no así entre el adoptado y los demás miembros de la familia del adoptante (adopción plena), en los siguientes términos:

Que, de la misma manera, no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de este derecho... debe considerarse muy especialmente la adopción, cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar la libertad de contratación, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia noble.³²

A principios del siglo XX, el argumento para impedir la adopción plena partía del supuesto de que se afectaría la esfera jurídica de las personas que no habían par-

²⁹ *Ibid.*, p. 174.

³⁰ *Idem.*

³¹ Véase la Exposición de Motivos del Código Civil de 1884, citada en F. Rico *et al.*, *Derecho de familia*, pp. 387-388.

³² *Ibid.*, p. 388.

tipicado en la celebración del acto, como pudieran ser los parientes consanguíneos del adoptante, estableciéndose vínculos familiares entre personas sin que éstas dieran su consentimiento y generándose obligaciones de dichas relaciones.³³ Lo anterior era claramente discriminatorio respecto de los hijos e hijas adoptados, ya que en el caso de los nacidos por la reproducción biológica, los vínculos y obligaciones familiares entre los hijos y los parientes de los padres se imputan por la ley, mediante el parentesco, sin que previamente exista un consentimiento de los parientes.

No fue sino hasta 1998 que se reformó el Código Civil para contemplar tanto la adopción simple como la plena, en aras de adecuar la legislación familiar a los tratados internacionales firmados por México, como la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴ y la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.³⁵ Con las reformas del 2000, se estableció como regla general la adopción plena en el Código Civil, salvo en el caso de las personas que tengan un vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz,³⁶ en el cual subsiste la adopción simple. Dicha norma tampoco tiene sentido, ya que con mayor razón en estos casos, se debería establecer una adopción plena, pues no hay razón justificada para restringir el parentesco y las obligaciones que surgen por dicho vínculo únicamente al adoptante y el adoptado.

A pesar de que a lo largo de dos siglos se han realizado reformas legislativas encaminadas a “modernizar” el derecho familiar en México, subsisten en los códigos civiles mexicanos normas familiares que promueven los ideales de la familia natural. En este sentido, el parentesco y la filiación están basados en un sistema de presunciones que refuerzan las ideas tradicionales sobre la maternidad y la paternidad. Estas concepciones muchas veces resultan discriminatorias tanto para los hombres y las mujeres que integran familias alejadas del modelo “natural”, como para las parejas del mismo sexo.

Tanto la filiación como el parentesco han sido figuras que se han basado en el vínculo biológico que existe entre padres-madres e hijos-hijas. La filiación se define en la ley como “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”.³⁷ Por su parte, la ley ha establecido tres tipos de parentesco: a) por consanguinidad, que es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común; b) por afini-

³³ *Ibid.*, p. 391.

³⁴ Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990; entrada en vigor: 21 de octubre de 1990.

³⁵ Ratificada por México el 14 de septiembre de 1994; entrada en vigor: 1 de mayo de 1995.

³⁶ Código Civil del Distrito Federal, artículo 401-D.

³⁷ Código Civil del Distrito Federal, artículo 338.

dad, que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos y c) civil, que se desprende de la adopción, y que en casos de adopción plena se equipara al parentesco consanguíneo.³⁸ En este sentido, la adopción ha sido históricamente la recreación jurídica del parentesco “natural” o consanguíneo, tratando de emular los vínculos biológicos que hay entre integrantes de las familias (o de la familia natural que ha sido tradicionalmente el modelo recreado).

La filiación puede considerarse una especie del parentesco, siendo básicamente similar al parentesco consanguíneo en primer grado. Por ser el vínculo más cercano de las relaciones familiares, se le ha asociado con la procreación biológica.³⁹ La doctrina civil mexicana ha distinguido, por tanto, dos tipos de filiación: la *biológica*, asociada al vínculo genético y reproductivo, y la *jurídica*, atribuida por el derecho aunque no haya vínculos biológicos, por ejemplo, en el caso de la adopción o del uso de técnicas de reproducción asistida.⁴⁰ Estas clasificaciones resultan problemáticas a la luz de los nuevos arreglos familiares, ya que además de reafirmar el carácter biológico o genético de algunos vínculos que el derecho históricamente ha privilegiado, no resuelven del todo los dilemas de los vínculos filiales en casos de reproducción asistida, como se verá más adelante.

Asimismo, dicha clasificación es engañosa porque la filiación biológica no se establece automáticamente con el nacimiento, sino que se necesita, al igual que la jurídica, atribuirse por medio de un hecho o acto legal: ya sea por la actualización de una presunción de paternidad/maternidad;⁴¹ por el reconocimiento de los hijos, o por una resolución judicial que impute la paternidad/maternidad.⁴² Por tanto, la filiación debería ser únicamente jurídica, regulando la ley su objeto y efectos dependiendo si hay vínculos biológicos o no los hay.

La regulación actual de la filiación en México se basa en tres supuestos: a) las relaciones biológicas o consanguíneas entre madres, padres e hijos b) la certeza

³⁸ Código Civil del Distrito Federal, artículos 293 a 295.

³⁹ Véase Ignacio Galindo, “Filiación y paternidad” en *Estudios de Derecho Civil*, p. 257, disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=876>>.

⁴⁰ Véase F. Rico *et al.*, *Derecho de familia*, pp. 337 y ss, quien incluso divide la filiación jurídica en natural y artificial, siendo la primera desprendida de los vínculos genéticos y reproductivos naturales y la segunda, derivada de la adopción y de las TRA.

⁴¹ Véase Código Civil del Distrito Federal, artículo 324: “Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.

⁴² Véase Código Civil del Distrito Federal, artículo 360: “La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare”.

de la maternidad, retomando el principio de que “la madre siempre es cierta” y c) la presunción de la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio/concubinato o casi un año (300 días) después de disuelto este vínculo. Presunciones que a la luz de los avances científicos y el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en relaciones de pareja, resultan discriminatorias, así como excluyentes de la realidad de las parejas del mismo sexo que tienen hijos mediante técnicas de reproducción asistida o adoptan.

Las distintas teorías feministas han criticado los estereotipos de género discriminatorios que imperan en la legislación sobre la maternidad y la paternidad. El feminismo liberal critica la diferenciación que la legislación hace en esta materia, al establecer que las relaciones materno-filiales se articulen dentro del modelo matrimonial y bajo la idea de que la madre “siempre es cierta”, asumiendo que ésta tendrá el deber de crianza y cuidado de los hijos, mientras que la presunción de la paternidad puede desvirtuarse mediante prueba en contrario (esto es, pruebas genéticas).

Las pruebas genéticas (pruebas de ADN) han sido reconocidas tanto por la legislación como por la jurisprudencia mexicana como pruebas válidas para acreditar la filiación.⁴³ Al respecto, la SCJN ha considerado que la aplicación de las medidas de apremio en juicios de paternidad, cuando los presuntos descendientes se niegan a practicarse las pruebas genéticas, son constitucionales en atención a la protección del interés superior del niño/a y a su derecho a conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores.⁴⁴ Asimismo, la Corte ha señalado que el interés superior de la infancia debe prevalecer en los juicios de paternidad.⁴⁵ En este sentido, la admisión de pruebas en la legislación como la declaración del hombre de

⁴³ Código del Distrito Federal, Artículo 382: “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre”. SCJN, “Juicios de paternidad. En los que casos en que a pesar de la imposición de medidas de apremio los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en genética (ADN), opera la presunción de la filiación controvertida (legislaciones de Nuevo León y del Estado de México”. Tesis de jurisprudencia. Primera Sala. Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. xxv, marzo de 2007, p. 111.

⁴⁴ Véase SCJN, “Medidas de apremio. Su aplicación es constitucional en los juicios de paternidad cuando los presuntos responsables ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en materia de genética (ADN) (legislaciones de Nuevo León y el Estado de México”. Tesis de jurisprudencia. Primera Sala. Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. xxv, marzo de 2007, p. 150.

⁴⁵ Véase SCJN, “Reconocimiento de paternidad. El interés superior del menor debe prevalecer en el juicio relativo frente a la institución de cosa juzgada”. Tesis de jurisprudencia. Primera Sala. Décima época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro xx, t. i, mayo de 2013, p. 441.

“no tener relaciones sexuales con su cónyuge dentro de los 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento” resultan fácilmente controvertibles.⁴⁶

En el caso del Distrito Federal, que cuenta con una legislación “moderna” en materia familiar, ya que se permite el matrimonio y la adopción entre parejas del mismo sexo, así como el divorcio unilateral, la regulación de la filiación sigue siendo contradictoria y muchas veces discriminatoria para las mujeres (esposas, concubinas, lesbianas o mujeres solteras con hijos). En este sentido, la presunción de paternidad del hijo de una mujer, nacido dentro de los 300 días después de disuelto el matrimonio y que se haya vuelto a casar, no opera.⁴⁷ Esto demuestra que se sigue protegiendo la honra de los hombres casados o en vías de divorciarse.

La legislación civil mexicana, incluida la del Distrito Federal, ha protegido el ideal de familia nuclear heterosexual y el privilegio matrimonial mediante la prohibición de investigar la paternidad de mujeres casadas, o que un tercero reconozca hijos nacidos en el matrimonio, aunque la mujer casada acepte que no son del marido.⁴⁸ Por ende, sólo el marido tiene la posibilidad de desvirtuar la presunción de paternidad que sostiene que el hijo de la mujer casada tiene por padre al esposo, y evitar “su deshonra pública” en casos de infidelidad por parte de la mujer. La mayoría de la doctrina civil ha sostenido que estas diferencias de trato no son discriminatorias ya que una persona no puede alegar su propia falta y se debe garantizar la estabilidad matrimonial que se vería afectada si se amplían los supuestos de impugnación de la paternidad.

Incluso la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), consideró esta norma constitucional en un amparo en que el promovente de la demanda había solicitado la patria potestad, la corrección del acta de nacimiento y la concesión de un régimen de visitas respecto de una menor que aparecía en los documentos oficiales como hija del marido de la madre. El promovente había demostrado mediante una prueba de ADN que era el progenitor biológico de dicha me-

⁴⁶ Código Civil del Distrito Federal, Artículo 325: “Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer”.

⁴⁷ Código Civil del Distrito Federal, artículo 324.

⁴⁸ Código Civil del Distrito Federal, artículo 326: “El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento”. Artículo 345: “No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al padre. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo”. Artículo 374: “El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo”.

nor.⁴⁹ El Tribunal Colegiado había negado el amparo bajo del argumento de que no era posible impugnar la paternidad en dicho caso, ya que “de aceptar que una acción como la indicada pudiera ejercerla cualquier persona, se desquiciaría el orden familiar, porque se pondría en duda la fidelidad de la esposa, partiendo siempre de imputarle infidelidad sin que hubiese un problema planteado por el marido”.⁵⁰

Desafortunadamente, la Primera Sala de la Corte no encontró elementos suficientes para declarar la norma inconstitucional, considerando que el quejoso podría interponer una acción de “impugnación” de paternidad por vía de una acción contradictoria del reconocimiento del menor, establecida en el artículo 368 del Código Civil, ordenando la reposición del procedimiento civil para que el promovente pudiera satisfacer su pretensión por esa vía. Como bien lo señala Francisca Pou, la sentencia de la Corte es cuestionable en términos de la igualdad de género, y sobre todo el criterio del Tribunal Colegiado que denota:

Un razonamiento tan prejuiciado sobre la familia: sus referencias exclusivas a la fidelidad de la mujer, su apelación al ‘desquiciamiento de la familia’ de permitirse el reconocimiento de hijos en las condiciones previstas en la norma examinada, para a continuación evidenciar que sus riesgos no se asocian en realidad a su afectación de la ‘familia’, sino única y exclusivamente a los intereses del marido”.⁵¹

Por otra parte, tanto los avances científicos desarrollados a finales del siglo XX, como las técnicas de reproducción asistida (TRA) y las pruebas genéticas han cimbrado los presupuestos y concepciones sobre el parentesco, la maternidad y paternidad y las relaciones paterno-filiales de la legislación y la dogmática civil.⁵² En este sentido, las TRA han puesto en tela de juicio el vínculo biológico-consanguíneo entre madres, padres e hijos, ya que mediante estas técnicas artificiales intervienen terceros en el proceso de reproducción, que no buscan tener un vínculo afectivo o jurídico con los hijos e hijas producto de las mismas. A pesar de su uso cada vez más frecuente, se carece en México de una regulación general de las técnicas

⁴⁹ Véase SCJN, Primera Sala, ADR 1903/2008, sentencia de 11 de marzo de 2009. Mayoría de tres votos. Ponente: ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. En contra: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza, quienes suscribieron votos particulares.

⁵⁰ Véase Francisca Pou Giménez, “Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional”, en Rodolfo Vázquez y Juan Cruz Parceros (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, SCJN / Fontamara, 2011, p. 75. La autora cita un extracto de la sentencia del Tribunal Colegiado analizando con detalle las implicaciones de género de la resolución de la Corte.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Véase David D. Meyer, “Parenthood in Times of Transition: Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parenthood”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006.

de reproducción asistida,⁵³ así como de sus efectos en el derecho familiar, habiendo sólo algunos Códigos Civiles estatales que regulan la maternidad subrogada como un contrato civil.⁵⁴

La maternidad subrogada, o subrogación de vientre, que consiste en el préstamo o arriendo del útero de una mujer para gestar un óvulo fecundado⁵⁵ y llevar a término el embarazo, es quizá la TRA más controvertida jurídica y éticamente en las sociedades contemporáneas. Sin entrar a profundidad en el debate sobre su prohibición o permisión,⁵⁶ la maternidad subrogada ha puesto en entredicho el principio jurídico, de cuna romana, de que “la madre siempre es cierta” y por lo tanto el sistema jurídico que se basa en la certeza del parentesco consanguíneo y la filiación materna a partir de la gestación del embarazo y el consecuente nacimiento. En este sentido, la mujer gestante, que puede ser también la madre biológica si dona un óvulo suyo y desarrolla el embarazo, no será la misma que la madre filial o la que tiene la *intención* de ser madre, sobre la cual deben imputarse los derechos y obligaciones de la maternidad. La maternidad subrogada ha cuestionado la idea de “madre natural”, pues disocia la maternidad biológica de la maternidad deseada o intencional, fragmentando la concepción tradicional de que gestar y parir son elementos fundamentales de la maternidad.

La regulación actual de las presunciones en materia de filiación no responde adecuadamente a los casos de reproducción asistida, particularmente a los de maternidad subrogada, ya que no se puede aplicar la presunción, por ejemplo, a una mujer casada que prestó su útero para que otra pareja o persona pueda ser padre/madre; ni tampoco al marido de dicha mujer. Asimismo, las presunciones tampoco resuelven la atribución de la maternidad/paternidad en casos de parejas del mismo sexo. Si bien se presume la filiación del hijo/a respecto de ambos padres o madres,

⁵³ La regulación de la TRA es de competencia federal. Existen varias iniciativas tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores para regular el tema, pero no se ha llegado a ningún consenso por parte de los partidos políticos para emitir una ley específica o reformar la Ley General de Salud. Tampoco se han emitido normas administrativas por parte de la Secretaría de Salud Federal.

⁵⁴ A la fecha de escritura de este artículo, únicamente Tabasco y Sinaloa han reconocido la maternidad subrogada en la legislación civil. Véase Código Civil para el Estado de Tabasco, artículos 92, 347 y 360; Código Familiar para el Estado de Sinaloa, artículos 283- 293.

⁵⁵ La mujer gestante puede donar un óvulo también en el proceso de fertilización *in vitro*, previo a la implantación del embrión, con lo cual se denomina a la maternidad subrogada “heteróloga”, o puede implantarse un óvulo fecundado con gametos de terceros, generalmente de la pareja que solicita la subrogación, en este caso, la maternidad subrogada sería “homóloga”. Se considera fertilización homóloga cuando ambos gametos, el femenino (óvulo) y el masculino (esperma), provienen genéticamente de la propia pareja que utiliza las TRA. La fertilización se denomina heteróloga cuando, por el contrario, al menos alguno de los gametos, ya sea óvulo o esperma, provienen genéticamente de una persona ajena a la pareja.

⁵⁶ Véase Tamar Pitch, *Un derecho para dos*, España, Trotta, 2003, para un análisis del debate.

se rompe con la atribución tradicional de maternidad y paternidad en dicha pareja, por lo que se necesita una disposición que refleje esta situación particular de género.

En el Distrito Federal, si bien, no hay regulación estatal específica sobre la maternidad subrogada,⁵⁷ existen algunas disposiciones en el Código Civil que reglamentan ciertos aspectos relativos a la filiación en caso de hijos e hijas nacidas por estas técnicas; por ejemplo, la prohibición de la impugnación de la paternidad de los hijos “que durante el matrimonio conciba el cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos”.⁵⁸

Por otra parte, el Código Civil da un tratamiento deficiente a la atribución de parentesco consanguíneo en casos de reproducción asistida. A pesar de que acertadamente establece que la donación de gametos no genera parentesco entre el donante y el hijo(a) producto de las TRA, dispone que el parentesco también se da “entre el hijo producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora”.⁵⁹ Dicha disposición es confusa ya que en casos de parejas de mujeres, sería ilógico atribuir el parentesco sólo respecto de *una* de ellas. Además, el artículo excluye a las parejas del mismo sexo masculinas que hayan tenido un hijo/a mediante gestación subrogada. En consecuencia, dicha norma se debería reformar eliminando términos heterosexuales y conservando no sólo la atribución del parentesco por *intención* o *voluntad* de quien desea ser padre/madre, sino también imputando la filiación por intención.

La modernización de las normas familiares implicaría entonces tomar en cuenta otros factores, como los avances científicos, el cuidado de los niños y las niñas y la intención de los padres-madres en serlo para atribuir el parentesco y la filiación.⁶⁰ Por tanto, sería importante reconocer la filiación y el parentesco que se establece por intención o voluntad de quienes buscan ejercer su paternidad y maternidad, aunque no tengan un vínculo biológico con sus descendientes. Hay quien sostiene que esta filiación intencionada en casos de TRA debería regularse distinguiéndola de la filiación natural y jurídica por adopción, ya que no media un acto sexual de procrea-

⁵⁷ El 30 de noviembre de 2010, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó el “Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, mismo que fue remitido al jefe de Gobierno para su promulgación. Sin embargo, el jefe de Gobierno argumentó una imposibilidad técnica para publicar dicho Decreto y la ley nunca entró en vigor. Véase Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la V Legislatura, “Dictamen de las observaciones del jefe de Gobierno del Distrito Federal al Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal”, 9 de noviembre de 2011, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de febrero de 2012, pp. 1-4.

⁵⁸ Código Civil del Distrito Federal, artículo 326, segundo párrafo.

⁵⁹ Código Civil del Distrito Federal, artículo 293.

⁶⁰ Véase D. D. Meyer, “Parenthood in Times of Transition...”, en *op. cit.*

ción (como en la natural) y la voluntad se expresa antes del nacimiento del hijo o hija y no después (como en la adopción).⁶¹

Realmente, no se deberían establecer más modalidades de la filiación si se regulara adecuadamente el objeto y efectos de la filiación por intención o voluntad en las normas familiares, ya que no importa tanto el momento en que se da esta voluntad (si antes o después del nacimiento), lo importante es el reconocimiento de la maternidad o paternidad por la intención misma. La filiación que surge de la adopción no es más que una especie de esta modalidad. Asimismo, en los casos de reproducción asistida, la filiación es similar a la que surge por adopción, ya que el niño o niña no guarda necesariamente una relación biológica con las personas a las que se les atribuye la maternidad/paternidad.⁶²

En conclusión, el uso de las TRA, así como el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo para fundar familias también ha sido disruptor del concepto de familia nuclear heterosexual, así como de las concepciones que de la maternidad/paternidad se tienen en el derecho, desprendidas de este modelo. Desde una visión modernizadora del derecho familiar, se deberían (re)imaginar los conceptos de filiación y parentesco, así como la regulación de los vínculos que de ellos se desprenden, atendiendo a las distintos arreglos familiares y formas en que surgen las relaciones entre padres, madres e hijos en las sociedades contemporáneas donde las TRA y los avances de las ciencias seguirán desarrollándose para seguir revolucionando las relaciones familiares. Las normas familiares en México deben reescribirse de manera que la regulación y la interpretación judicial sobre parentesco, la filiación y la adopción reconozcan la maternidad y paternidad por *intención o voluntad* de quienes quieren ser padres o madres, sin ser discriminatorias, considerando que la paternidad o maternidad puede ejercerse por parejas del mismo sexo.

⁶¹ Véase Eleonora Lamm, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, pp. 76-91.

⁶² Véase Susan Frelich, "Adoption in the Age of Reproductive Technologies", en *University of Chicago Legal Forum*, 2004.

GÉNERO Y TRABAJO DOMÉSTICO REMUNERADO: ANÁLISIS DE UN QUEHACER INVISIBLE

Daniel Antonio García Huerta

A juicio de Simone de Beauvoir, el trabajo es el único elemento capaz de garantizar a las mujeres una libertad completa y una distancia considerable respecto de la posición social e histórica de desventaja que guardan en relación con los hombres. El pensamiento feminista de Beauvoir en torno a las posibilidades de libertad que le ofrece a las mujeres el ejercicio de una labor considerada como trabajo no es precisamente una descripción objetiva de la realidad histórica de dicho grupo, sino por el contrario, una aspiración para la consecución de posibles alternativas de solución a diversas problemáticas que, a la fecha, afectan el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres.

Si bien, como lo plantea Beauvoir, el trabajo puede representar una puerta importante de liberación e igualdad para las mujeres, también lo es que, hoy por hoy, las actividades laborales que ellas desarrollan; en la mayor parte de las sociedades, continúan presentando un importante sesgo de desigualdad y desventaja histórica a causa de la reproducción de roles y estereotipos de género que limitan y dificultan sus posibilidades de acceso, en condiciones de igualdad, a empleos o actividades consideradas como no aptas para su sexo. Lo anterior ha derivado en el desenvolvimiento constante de un proceso de “feminización del empleo”, que ha perpetuado la ocupación de cargos y el desarrollo de actividades por parte de las mujeres en virtud de las condiciones y características que la sociedad les ha atribuido a partir de su sexo.

Una de las principales consecuencias de la feminización del empleo ha sido la ocupación, casi en exclusiva, de mujeres dedicadas al trabajo doméstico, el cual ha logrado colocarse como una actividad normalizada y común que se desarrolla,

la mayoría de las veces, fuera de un marco jurídico que garantice su justa y equitativa prestación. Ello, lejos de corresponder a una problemática estrictamente jurídica, se ubica en un plano de análisis que involucra elementos culturales e históricos que han impactado en la manera en cómo se relacionan y se distribuyen las cargas y roles dentro de una sociedad construida sobre la base de criterios antropocéntricos y heteroconcentrados, donde las mujeres han tenido poca participación e injerencia.

Si bien el trabajo doméstico puede ser analizado desde diversas perspectivas, el presente documento parte de un enfoque laboral feminista que ubica dicha actividad como una relación de trabajo remunerado, debilitada y oculta bajo la sombra de la deferencia social y jurídica, pues constituye una actividad consuetudinaria que lleva consigo la reproducción de roles y estereotipos de género que afectan, en mayor medida, a las mujeres. Así, uno de los principales puntos de análisis del presente escrito se relaciona con el impacto que generan algunos elementos culturales y sociales de subordinación en la reproducción de las labores domésticas a cargo de las mujeres, aún cuando derivado de éstas reciban una remuneración económica.

Sobre las bases de una división sexual del trabajo

La construcción sexuada de nuestras sociedades y el desarrollo de estructuras patriarcales dominadas por el poder simbólico y político de los hombres han traído como consecuencia inminente la elaboración y reproducción de preconcepciones asociadas a las características físicas y biológicas de las personas, en relación con la utilidad que éstas pueden significar para la sociedad y para el desenvolvimiento de las principales actividades que en ella se desarrollan. En palabras de Pierre Bourdieu, la socialización de lo biológico y la “biologización” de lo social han permitido sentar las bases de una sociedad dividida por la atribución arbitraria de funciones y características a cargo de los grupos dominantes que, con el paso del tiempo, han comenzado a normalizarse y a naturalizarse, logrando penetrar y acomodarse en el ámbito cultural de la comunidad.¹

La consolidación cultural y social de tales preconcepciones y atribuciones arbitrarias deriva en el desenvolvimiento y cristalización de estereotipos de género, es decir, de construcciones culturales sustentadas en las características y diferencias entre los sexos, que “determinan” el ser hombre o mujer a partir de significaciones precisas y de la reproducción de conductas socialmente deseables para las perso-

¹ Pierre Bourdieu, *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 1998, p. 37.

nas que integran una comunidad.² La materialización y el reflejo de dichos elementos culturales asociados a la atribución de roles de género trasladados a hombres y mujeres han permitido también trazar una clasificación en torno a las labores y actividades que se realizan comúnmente en la sociedad.

Así, la mayor parte de las sociedades ha determinado las actividades que resultan aptas para mujeres y hombres, generando canales de segregación laboral y profesional que, a su vez, se traducen en brechas de desigualdad económica, política, social y cultural que afectan, en mayor medida, a las mujeres, debido a la posición de subordinación histórica que las ha caracterizado.³ La clasificación de dichas labores y empleos se encuentra sustentada en las condiciones y atributos físicos y sexuales que la sociedad ha impuesto a hombres y mujeres, donde resulta de suma importancia analizar las funciones de producción y reproducción.

La teoría de la división sexual del trabajo parte de la idea de que previo a la consolidación de un pacto social que permitiera sentar las bases de una sociedad ordenada, donde sus integrantes pudieran allegarse de la debida protección a sus intereses, existió un contrato sexual que determinó un modelo de jerarquización social a partir de la superposición de los hombres sobre las mujeres. Dicho contrato sexual –celebrado no precisamente de común acuerdo entre los sujetos a los que vincula– fue capaz de construir una imagen dominante de los hombres, frente a una concepción servil y débil de las mujeres.⁴

De esta manera, la imagen social atribuida a las mujeres coloca en el centro una serie de características relacionadas con la sumisión, la virginidad, la disposición, la fidelidad, el cuidado, la pureza y, sobre todo, la reproducción. Este último elemento –el de la reproducción– constituye la piedra angular sobre la cual se basa la división sexual del trabajo entre hombres y mujeres.⁵ A partir de la construcción femenina de la mujer asociada a su capacidad reproductiva y a su ima-

² María Eugenia Longo, “Género y trayectorias laborales. Un análisis del entramado permanente de exclusiones en el trabajo”, en *Trayectorias*, vol. 11, núm. 28, enero-junio de 2009, p. 125.

³ En otro trabajo se ha abordado, de manera más amplia, el enfoque de subordinación y desventaja histórica que caracteriza a las mujeres a partir de la consolidación y reproducción de roles y estereotipos de género. Véase Ricardo Alberto y Daniel Antonio García Huerta, “El estándar de la reparación integral aplicado a casos de mujeres víctimas de violaciones a derechos humanos en el marco de conflictos armados”, en *Las mujeres en los conflictos armados: el papel del derecho internacional humanitario*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación / Fontamara, 2014.

⁴ Gemma Nicolás Lazo, “Los trabajos invisibles: Reflexiones feministas sobre el trabajo de las mujeres”, Conferencia ofrecida en las jornadas organizadas por Surt el 13 de mayo de 2009, en Barcelona, con el título *Repensar l'economia i el treball de l'experiència de les dones*, p. 2.

⁵ Mercedes Pedrero Nieto, “Género, trabajo doméstico y extradoméstico en México. Una estimación del valor económico del trabajo doméstico”, en *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 19, núm. 2 (56), p. 14.

gen de esposa/madre, la concepción de los hombres como sujetos económicos ha estado sustentada en su capacidad de producir y proveer a las familias que sustenta.

Desde la perspectiva de la división sexual del trabajo, las mujeres, antes de realizar cualquier otra actividad que pudiera considerarse productiva, están determinadas por su naturaleza a realizar una serie de actividades asociadas al sostenimiento del hogar o al cuidado de niñas y niños. Así, el trabajo reproductivo, al ser considerado una extensión de la naturaleza de las mujeres en virtud de una feminidad socialmente construida, se coloca como una actividad no remunerada, normalizada y muchas veces invisible a los ojos de la sociedad, incluso de quienes lo realizan.⁶

A partir de los postulados ofrecidos por la teoría de la división sexual, el trabajo se coloca como un elemento más de dominación y subordinación simbólica ejercido en contra de las mujeres al estar sustentado, principalmente, en la reproducción de roles y estereotipos de género que derivan en la construcción de un sistema de prelación, funcionamiento y evaluación de los sexos.⁷ Aunado a ello, la dominación simbólica de las mujeres, a partir de la división sexual del trabajo, también se materializa en la especialización de las labores que implican una valoración social y económica distinta, así como en el desprecio, rechazo e invisibilidad de los empleos “feminizados” por su preponderante ocupación a cargo de mujeres.⁸

La situación del trabajo a cargo de las mujeres cobra un cariz particular si se introduce el elemento económico como una variante más de análisis. Desde las filas de una posición feminista marxista-socialista, la división sexual del trabajo, de la mano de un sistema de producción capitalista, potencializan de manera exacerbada las desigualdades existentes entre los sexos y la subordinación de las mujeres frente a los hombres. De manera particular, dicha corriente de análisis sostiene que los hombres, al ser socialmente seres productores, y por tanto, detentadores de los recursos materiales y de la riqueza, redujeron a las mujeres a un papel instrumental dedicado a la satisfacción de sus deseos carnales y del cuidado de los menores de edad, al estar privadas de participar en la vida económica-productiva por satisfacer la obligación de realizar un trabajo reproductivo que, por naturaleza, les corresponde.⁹

⁶ Pilar Carrasquer *et al.*, *El trabajo reproductivo*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona-Departamento de Sociología, 1998, pp. 96 y 97.

⁷ M. Eugenia Longo, “Género y trayectorias laborales...”, en *op. cit.*, p. 132.

⁸ Olga Abasolo y Justa Montero, “Trabajos: empleo, cuidados y división sexual del trabajo”, en *Guía didáctica de ciudadanía con perspectiva de género*, España, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, p. 39.

⁹ Helena Alviar García, *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina*, Colombia, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho / Uniandes / Temis, 2008, p. 36.

En este sentido, la clasificación de las actividades laborales en torno a una división sexual del trabajo sustentada en la reproducción cultural y social de roles y estereotipos de género presenta un impacto trascendental en la vida económica de las mujeres, al someterlas al desarrollo preponderante de un trabajo reproductivo que las priva de participar en el ámbito económico-productivo,¹⁰ o bien, que las obliga a ocupar cargos socialmente desvalorizados, bajo condiciones y remuneraciones inferiores a aquellos ocupados por los hombres.¹¹ El trabajo doméstico, en tanto atado a la representación del trabajo reproductivo y a la materialización de estereotipos de género, ha significado una labor invisible a los ojos de políticas laborales y se ha visto caracterizado por una serie de problemáticas que atentan contra los derechos humanos de las personas que lo ejercen, principalmente, las mujeres.

El trabajo doméstico: entre lo público y lo privado

La división sexual del trabajo no solamente presenta un impacto en el tipo de actividades que desarrollan hombres y mujeres en el marco de una comunidad, sino también en el lugar en el que dichas actividades se llevan a cabo. La dicotómica relación existente entre las actividades productivas, a cargo de los hombres, y las reproductivas, encabezadas por las mujeres, abre una ventana importante de análisis en torno a las problemáticas y retos que caracterizan el trabajo de éstas.

La clasificación y valoración del trabajo con base en la consideración de aspectos sexuales y culturales también ha presentado una importante injerencia en la conceptualización social e histórica de los lugares públicos y privados, entendiendo a los primeros como aquéllos en los que la interacción social es total, imprevista, espontánea y abierta, y a los segundos como aquéllos en donde existe un mayor control e incidencia respecto de la interacción social.¹² A partir de este enfoque, el concepto de lo “público” ha estado relacionado con lo colectivo, con lo productivo y con la capacidad de las personas, principalmente los hombres, de participar en escenarios religiosos, políticos, culturales o económicos; mientras que el ámbito de lo “privado” ha quedado consagrado a la administración del hogar y al desarrollo de

¹⁰ Helena Alviar García e Isabel C. Jaramillo Sierra, *Feminismo y crítica jurídica*, Colombia, Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, 2012, p. 128.

¹¹ M. Pedrero Nieto, *Género, trabajo doméstico...*, p. 14.

¹² Sergi Valera Pertegás, “Espacio privado y espacio público: dialécticas urbanas y construcción de significados”, en *TXT Public Art Observatory Project*, España, Universidad de Barcelona, 1999, pp. 7-8.

actividades relacionadas con el cuidado de niñas y niños, así como de la preparación de alimentos, entre otras, principalmente a cargo de las mujeres.

El ejercicio del trabajo doméstico, como reflejo y materialización del trabajo reproductivo a cargo de las mujeres, ha quedado limitado al territorio de la casa o el hogar, como el espacio privado por excelencia donde, a partir de la reproducción de estereotipos de género y de relaciones físicas, económicas y simbólicas de poder, los hombres ejercen un mayor control sobre las mujeres. El hecho de que el trabajo doméstico se desarrolle principalmente en el escenario del hogar constituye un factor de análisis importante respecto de la consideración de las situaciones de violencia, subordinación, invisibilidad y desventaja que afectan a las mujeres en el ejercicio de una actividad social y culturalmente impuesta.

Ello es así ya que la casa, en tanto espacio privado, reviste una serie de características que permiten mantener y reproducir un conjunto de relaciones simbólicas impuestas por instancias de poder dominantes,¹³ que hacen viable la consolidación y representación de roles y estereotipos de género asociados a la feminidad y naturaleza de las mujeres, en torno a las actividades que en dicho espacio se desarrollan. Al respecto, Mercedes Pedrero señala: “En los hogares se gestan o refuerzan las relaciones de inequidad de género, y ahí la realización del trabajo doméstico es una de las realidades diferenciadas por género que se derivan de prácticas históricas de relación entre hombres y mujeres, clases y generaciones”.¹⁴

El trabajo doméstico, al no ser reconocido plenamente como el ejercicio de una actividad laboral productiva, se aprecia como una ocupación realizada en el marco de la vida privada de las familias, en donde el Estado y la sociedad tienen poca injerencia e intervención. La conceptualización de dicho trabajo como una actividad de la vida privada de las personas se ve reforzada no sólo por la consideración sexual de quien lo desarrolla, sino también por las características del espacio en el que éste se desenvuelve.

¹³ Sergi Valeras Pertegás, “Análisis de los aspectos simbólicos del espacio urbano. Perspectivas desde la psicología ambiental”, en *Revista de Psicología*, núm. 18, vol. 1, Universidad de Tarraconensis, p. 2.

¹⁴ M. Pedrero Nieto, “Género, trabajo doméstico...”, en *op. cit.*, p. 424.

Tabla 1. *Características del espacio privado*

Características del espacio/ámbito privado	
El espacio privado es individual	En contraposición a lo que sucede en el espacio público, la interacción en el espacio privado queda limitada a una cantidad reducida de participantes que interactúan y comparten elementos asociados a lo que se considera como “vida privada”. Es decir, las relaciones que se desarrollan en un espacio privado quedan exentas del control y escrutinio de grandes colectividades.
El espacio privado es invisible	La individualidad que caracteriza al espacio privado y el mayor control existente en torno a la interacción que en él se desarrolla hace necesario que los temas asociados a la vida familiar y personal queden exentos de la discusión pública. Dicha situación contribuye a construir una barrera pública y moral entre lo que sucede en el espacio público y privado, de modo que las personas no deben inmiscuirse ni participar de la vida privada y/o familiar de otras. Ello, a su vez, trae como consecuencia que dentro del espacio privado puedan llegar a desarrollarse acciones que resulten contrarias a los parámetros legales o a los derechos humanos de las personas.
El espacio privado es interior	El espacio privado, al estar asociado al cuidado de personal o de otras personas, al desarrollo de la vida familiar y al ejercicio de la sexualidad, requiere de elementos físicos y estructurales que garanticen cierta privacidad y confianza a quien lo ocupa.

Fuente: Elaboración propia tomando como base: Paula Soto V., “Lo público y lo privado en la ciudad”, en *Revista Casa del Tiempo*, época 4, vol. 2, núm. 17, México, Universidad Autónoma Metropolitana (Apuntes), marzo de 2009, pp. 54 y 55.

Desde un enfoque histórico y cultural, el trabajo doméstico ha sido considerado como una característica natural de las mujeres, quienes deben desarrollarlo en virtud de sus condiciones físicas y sexuales, por lo que no requieren de una profesionalización o preparación específica que les exija abandonar el hogar como en el caso de los hombres, quienes deben salir al ámbito de lo “público” para trabajar, negociar, adquirir, producir y proveer.¹⁵ En este sentido, la circunscripción exclusiva del trabajo doméstico al ámbito del hogar genera múltiples consecuencias perjudiciales para las mujeres, entre las que se encuentran:¹⁶

¹⁵ Anti-Slavery International, *Programme Consultation Meeting on the Protection of Domestic Workers Against the Threat of Forced Labour and Trafficking*, enero de 2003, p. 4.

¹⁶ Asha D'Souza, *Camino del trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT*, documento de trabajo 2/2010, Francia, Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Oficina para la Igualdad de Género, 2010, p. 7.

- a) El reforzamiento de los roles y estereotipos de género.
- b) La invisibilización del trabajo doméstico.
- c) La imposibilidad de formar parte de la vida económica-productiva de la comunidad.
- d) La infravaloración y no remuneración del trabajo doméstico cuando éste no es ejercido a partir de un contrato de voluntades.
- e) La ausencia de mecanismos legales y de políticas públicas que regulen el adecuado ejercicio del trabajo doméstico en apego al respeto y protección de los derechos humanos.
- f) La imposibilidad de considerar el trabajo doméstico como una relación laboral clásica, bajo el argumento de que su realización se circunscribe a un ámbito privado.

Aunado a las anteriores problemáticas, la territorialidad del trabajo doméstico, determinada por el hogar como espacio privado por excelencia, trae consigo una serie de consecuencias sociales y culturales que refuerzan la perpetuación de estereotipos y roles de género en contra de las mujeres, sentando condiciones simbólicamente propicias para la vulneración de sus derechos humanos. De manera puntual, el sincretismo existente entre el ámbito privado y el trabajo doméstico deriva en que el espacio de la casa, o el hogar, se convierta en un aspecto coercitivo que “enfatisa la dominación y las relaciones asimétricas de poder”,¹⁷ generando condiciones de segregación laboral y social que limitan la posibilidad de las mujeres de acceder a recursos y mecanismos de participación económica, política y social en el marco de su comunidad.

Así, la materialización del trabajo reproductivo, a partir del ejercicio del empleo doméstico a cargo de mujeres en un espacio físico invisibilizado y simbólicamente controlado por otros grupos de poder, continúa propiciando una estratificación social y sexual en torno de las actividades que tradicionalmente se realizan en una comunidad. Dicha estratificación sexual, derivada tanto de la imposición de actividades en virtud del sexo como de la determinación de espacios para su implementación, coloca a las mujeres en una situación de exclusión social que impide su acceso a otras vías o mecanismos de trabajo extradoméstico y que legitima esferas de autoridad y competencia en torno de una clásica y arbitraria división sexista.¹⁸

Tratándose de trabajo doméstico, tanto la división sexual del trabajo como la segregación derivada de su ejercicio en una esfera privada e invisibilizada cons-

¹⁷ Natalia Papí Gálvez, “Un nuevo paradigma para el análisis de las relaciones sociales: el enfoque de género” en *Feminismo/s*, núm. 1, junio de 2003, p. 137.

¹⁸ Marina Ariza y Orlandina de Oliveira, “Género, trabajo y exclusión social en México” en *Estudios Demográficos y Urbanos*, núm. 43, enero-abril de 2000, pp. 13 y 16.

tituyen los cimientos que sostienen una desventaja estructurada¹⁹ en contra de las mujeres, la cual no hace más que reflejar la existencia y predominio de una jerarquía machista y patriarcal que atenta contra el acceso a las oportunidades económicas y materiales de un grupo en situación de desventaja social. Ello sólo alimenta un círculo vicioso de cultura y pobreza que fomenta y perpetúa el ejercicio del trabajo doméstico a cargo de las mujeres, sin visibilizar la necesidad de que éste pueda ser revalorizado y respetado.

El trabajo doméstico remunerado

La comprensión del fenómeno del trabajo doméstico –así como la determinación de contextos de discriminación, violencia y exclusión– requiere de un análisis integral que sea capaz de tomar en consideración variantes culturales en torno al género socialmente construido, así como el impacto y la relación que existe con el mundo del mercado y la economía.²⁰ Si bien, la incorporación de una perspectiva de género resulta importante y trascendental para alcanzar una mayor comprensión de las relaciones sociales, es también una realidad que el análisis respecto de una situación multicausal, como el trabajo doméstico, no puede verse reducida únicamente a la consideración de los vínculos y diferencias que existen entre los sexos.

Aun con ello, es importante enfatizar que las condiciones de vulnerabilidad y desventaja que enfrentan las mujeres, en virtud del contexto de discriminación histórica que han experimentado, constituyen un elemento que impacta de manera directa en la posibilidad que tienen de hacerse llegar de recursos económicos, sociales, culturales y simbólicos que les permitan trascender la brecha de desigualdad construida con el paso de los años. A partir de la violencia que se ejerce mediante la reproducción de roles y estereotipos de género, así como de la perpetuación de una estratificación social derivada de la división sexual del trabajo, las mujeres presentan menores y limitadas alternativas de acceder a empleos y condiciones laborales óptimas,²¹ así como a sistemas de educación formal o de capacitación y profesionalización para el empleo que les permita trascender del ejercicio del trabajo reproductivo al que socialmente están determinadas.

Bajo esta perspectiva, el trabajo doméstico, además de ser un trabajo mayormente feminizado, constituye una actividad asociada también a condiciones de po-

¹⁹ N. Papí Gálvez, “Un nuevo paradigma...”, en *op. cit.*, p. 140.

²⁰ M. Eugenia Longo, “Género y trayectorias laborales...”, en *op. cit.*, p. 119.

²¹ Karina Batthyány, “Trabajo no remunerado y división sexual del trabajo. Cambios y permanencias en las familias”, en *Uruguay desde la sociología*, Uruguay, Universidad de la República de Uruguay- Facultad de Ciencias Sociales-Departamento de Sociología, 2010, p. 138.

breza, en tanto su ejercicio y desarrollo son capaces de generarlas y, a la vez, combatir las. Por una parte, el desenvolvimiento del trabajo doméstico produce condiciones de “nueva pobreza”,²² la cual se encuentra relacionada no sólo con la imposibilidad de las personas para hacerse llegar de recursos económicos, sino con la imposibilidad que se les presenta de formar parte de un tejido social, económico y laboral que les permita interactuar y afrontar adecuadamente las fluctuaciones y relaciones existentes en una determinada comunidad.²³ Sin embargo, y desde un borde distinto, el trabajo doméstico también ha significado una posibilidad para que, de manera limitada y condicionada por los factores culturales y sexuales antes expuestos, las mujeres puedan acceder a un escenario laboral remunerado, por medio del desarrollo de actividades de trabajo doméstico en espacios privados ajenos a los propios.

La posibilidad que presenta el trabajo doméstico para combatir condiciones de pobreza, mediante la incorporación de una remuneración por su ejercicio, también se encuentra asociada a algunos otros fenómenos sociales como la reconfiguración de estructuras familiares, la creciente participación de mujeres en procesos de migración o la existencia e incremento de redes de tráfico y explotación de personas; contextos que, sin duda, marcan una pauta importante para la redefinición de diversas categorías e instituciones sociales que requieren de una valoración social e histórica en torno al reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos y laborales de las mujeres.

Si bien el trabajo doméstico ha constituido una actividad social normalizada a cargo de las mujeres, la modificación de ciertos patrones en torno a la estructura de la comunidad, de las familias y de la propia economía han hecho necesaria la participación, cada vez más constante, de mujeres en escenarios laborales a partir de la instrumentación y ejercicio de aquellas herramientas que hayan podido adoptar a lo largo de su vida; ello, con el objetivo de hacer frente a sus necesidades y a las de su familia. Lo anterior quiere decir que, ante la existencia de una desventaja estructurada en contra de las mujeres basada en la reproducción de elementos sexistas que limitan sus opciones de crecimiento y profesionalización, aunado a la carencia de algunas otras alternativas laborales, las mujeres han tenido que comenzar

²² De acuerdo con Zygmunt Bauman, el concepto de “nuevos pobres” se encuentra asociado con aquellas personas que son impedidas de formar parte de la dinámica principal adoptada por cada sociedad. Particularmente, dicho autor señala que “en la actualidad, los pobres son ante todo ‘no consumidores’, ya no ‘desempleados’. Se los define, en primer lugar, como consumidores expulsados del mercado, puesto que el deber social más importante que no cumplen es el de ser compradores activos y eficaces de los bienes y servicios que el mercado les ofrece”. Véase Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumo y nuevos poderes*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 68.

²³ M. Ariza y O. de Oliveira, “Género, trabajo y exclusión social en México”, en *op. cit.*, p. 13.

a mercantilizar los saberes derivados de un proceso de socialización de lo biológico, en términos de lo que apunta Bourdieu.

De esta manera, el trabajo doméstico remunerado surge como una actividad económica-laboral “sesgada por el mantenimiento de relaciones asimétricas de poder”,²⁴ estas relaciones se caracterizan por la perpetuación de patrones culturales que presentan un mayor impacto en las mujeres. Dicha actividad se define normativamente como la relación laboral remunerada que se desarrolla en un domicilio privado o particular a cargo de una persona de sexo indistinto, la cual puede ser contratada por uno o varios empleadores que no obtienen beneficios pecuniarios por dicha labor.²⁵

Las anteriores definiciones permiten hacer ver que el trabajo doméstico remunerado, en tanto actividad económica caracterizada por el ejercicio de una serie de ocupaciones diversificadas, no se configura mediante el tipo de actividades que puedan desarrollarse en el marco de su instauración, sino de la confluencia de dos elementos esenciales: la existencia de una relación de carácter laboral y la consideración de un domicilio ajeno al propio como centro de trabajo.²⁶

La incorporación de una remuneración derivada de la prestación de un trabajo doméstico, sin duda, constituye un paso importante en la visibilización y reconocimiento de los derechos laborales de las mujeres. Sin embargo, tal hecho no es capaz de atacar ni acabar con aquellas problemáticas, preconcepciones y estigmatizaciones que rodean dicha labor. De manera particular, el trabajo doméstico remunerado plantea una relación ambigua en torno a los derechos humanos y oportunidades de desarrollo de las mujeres, pues por una parte el crecimiento y desenvolvimiento que ha presentado durante los últimos años ha permitido a otras mujeres —principalmente a quienes tienen los recursos y posibilidades para contratarlo— equilibrar su vida familiar y fomentar su incorporación a un mercado laboral productivo extradoméstico, mientras que para las mujeres que lo ejercen ha implicado la permanencia en un círculo doméstico de servicio que, en muchas ocasiones, implica un inmovilismo social.²⁷

Así, mientras el trabajo doméstico remunerado siga representando una labor estereotipada sustentada en una división sexual del trabajo, su ejercicio no podrá significar una opción que garantice a las mujeres una libertad completa en torno a la estructura de subordinación cultural e histórica que la construcción del género ha representado. En palabras de Amartya Sen, el proceso de elección entre distintas

²⁴ M. Pedrero Nieto, “Género, trabajo doméstico...”, en *op. cit.*, p. 427.

²⁵ A. D'Souza, *Camino del trabajo...*, p. 11.

²⁶ OIT, “Trabajadores domésticos: estimaciones a nivel mundial y regional”, en *Trabajo Doméstico, Nota de Información 4*, p. 2.

²⁷ A. D'Souza, *Camino del trabajo...*, p. 14.

posibilidades es lo que permite determinar el grado o alcance de la libertad de las personas, así como determinar su grado de ventaja o desventaja dentro de una estructura o comunidad, pues en la medida en que exista un mayor número de alternativas, las personas podrán tener una mayor capacidad de escoger las condiciones y los medios para lograr satisfacer y alcanzar aquellas situaciones o elementos que valoran en su vida.²⁸

Desde este punto de vista, para que el trabajo doméstico remunerado pueda representar un empleo que contribuya a la generación de condiciones de igualdad y justicia laboral a favor de las mujeres, debe representar tan sólo una opción entre un universo amplio de posibilidades que permitan a las mujeres tomar decisiones libres e informadas sobre el tipo de trabajo que desean desarrollar. Es decir, la decisión de ejercer un trabajo doméstico no puede ser analizada desde una perspectiva finalista o consecuencialista de naturaleza económica que garantice únicamente a las mujeres la obtención de un salario, pues ello redundaría en la invisibilización de una serie de problemáticas que contribuyen a la reproducción de estereotipos y a la propagación de escenarios hostiles que propician el ejercicio de actitudes de discriminación y violencia.

Principales problemáticas asociadas al ejercicio del trabajo doméstico remunerado

Las mujeres que ejercen el trabajo doméstico remunerado, en muchas ocasiones, se enfrentan a situaciones de discriminación y violencia que ponen en riesgo el goce y ejercicio de sus derechos humanos. El trabajo doméstico, al ser una labor social y legalmente invisibilizada, expone a las mujeres que lo ejercen a condiciones de abuso que se materializan en la existencia de precarias condiciones laborales o en el ejercicio de actos de violencia física, psicológica y sexual,²⁹ ubicándolas en un grupo en situación de vulnerabilidad³⁰ que requiere de la atención,

²⁸ Amartya K. Sen, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, España, Santillana, 2010, pp. 259-261.

²⁹ José María Ramírez-Machado, *Domestic Work, Conditions of Work and Employment: A Legal Perspective*, OIT, 2013, p. 2.

³⁰ De acuerdo con la Encuesta Nacional de Discriminación 2010, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) determinó que las mujeres trabajadoras domésticas constituyen uno de los diez grupos en situación de vulnerabilidad que existen en México. Entre dichos grupos también se encuentran las personas con discapacidad, las mujeres, las minorías sexuales, las niñas y niños, las personas jóvenes, las personas adultas mayores, las personas migrantes y las personas integrantes de minorías religiosas, étnicas o culturales.

protección e implementación de acciones y medidas de política pública por parte de las autoridades del Estado.

La consideración de los elementos culturales e históricos señalados a lo largo del presente documento permite comprender que los tipos y formas de violencia que pueden ejercerse en contra de las mujeres trabajadoras domésticas o trabajadoras del hogar varían considerablemente dependiendo de la estructura o condición socioeconómica de la familia a la que presten sus servicios, así como de las condiciones sociales, étnicas o económicas de las propias trabajadoras,³¹ sin embargo, en el presente documento, el análisis en torno a las problemáticas más recurrentes que afectan a las trabajadoras del hogar se centra en dos elementos principales: la violencia simbólica y la violencia laboral.

Violencia simbólica en contra de las mujeres trabajadoras del hogar

Para el sociólogo francés Pierre Bourdieu, la violencia simbólica se traduce en “una forma de violencia no ejercida directamente mediante la fuerza física, sino de la imposición de los sujetos dominantes a los dominados de una visión del mundo, de los roles sociales; por tanto, constituye una violencia ‘dulce’ que viene ejercida mediante un consenso que los sujetos aceptan como algo natural y objetivo dentro de su modo de actuar”.³² Tratándose de mujeres trabajadoras del hogar, este tipo de violencia parte de la generación y perpetuación de estereotipos asociados al ejercicio de un trabajo reproductivo socialmente impuesto y constituye la base sobre la cual descansa la legitimación social y cultural de la división sexual del trabajo.

La violencia simbólica es, tal vez, el tipo de violencia que mayor impacto genera en torno a la conceptualización y visibilización del trabajo doméstico como una actividad social y legalmente reconocida y valorada, pues su existencia se coloca en el centro de postulados culturales y morales de los diversos grupos sociales, por lo que para lograr su contención y erradicación se requiere de la implementación de largos procesos de deconstrucción ideológica y cultural en torno al sistema sexo/género predominante.

El campo laboral del trabajo productivo es comúnmente un espacio laboral masculinizado,³³ donde predominan relaciones simbólicas de poder y dominación en contra de las mujeres que se reflejan en la débil consideración y valorización del empleo doméstico. En cambio, el trabajo reproductivo, y su materialización en

³¹ M. Pedrero Nieto, “Género, trabajo doméstico...”, en *op. cit.*, p. 427.

³² P. Bourdieu, *La dominación masculina*, p. 49.

³³ Mercedes Zúñiga Elizalde, “La invisibilidad de la violencia en la dominación de género en el trabajo”, en *Debate Feminista*, año 16, vol. 31, abril de 2005, p. 117.

el trabajo doméstico remunerado implica una apropiación y construcción simbólica del cuerpo de las mujeres que se traduce en el ejercicio de mecanismos de violencia, dominación y subordinación en contra de ellas. Así, a partir de la consideración de que las mujeres naturalmente están determinadas a realizar trabajos asociados al mantenimiento, cuidado y limpieza del hogar es que comienzan a tejerse concepciones desvalorizantes del trabajo doméstico remunerado.

Un primer mecanismo de violencia simbólica en contra de las mujeres trabajadoras del hogar se materializa en la invisibilidad y desvalorización de dicho trabajo, pues culturalmente se considera que el empleo doméstico, al ser una actividad socializada como femenina, lejos de constituir un trabajo económicamente productivo susceptible de regulación, es en realidad el desarrollo de un deber sexual impuesto y normalizado o, en todo caso, una clase de ayuda o apoyo que las mujeres pueden brindar a cambio de una remuneración económica o en especie. De igual forma, en el marco de sociedades estratificadas, a partir de clases sociales y de divisiones sexuales, el trabajo doméstico remunerado, al ser conceptualizado como una actividad feminizada y asociada a ciertos elementos de pobreza, permite la generación de sentimientos de dominación y subordinación no sólo a partir del sexo, sino de la clase social y de las necesidades económicas o materiales que tienen las personas, especialmente las mujeres que lo ejercen. Dichos sentimientos de dominación y apropiación terminan por redundar en la existencia de condiciones laborales denigrantes y excesivas que pueden colocar en riesgo la salud y la integridad de quienes desempeñan actividades domésticas remuneradas.³⁴

Las condiciones anteriores de violencia y dominación simbólica se ven agravadas si se toma en consideración que el trabajo doméstico –incluso el remunerado– es apreciado como el ejercicio de una actividad pactada en el ámbito de lo privado, lo cual limita considerablemente las posibilidades de denuncia y visibilidad de los abusos o agresiones de las cuales las personas trabajadoras pueden ser víctimas.

Un segundo factor de violencia simbólica comúnmente ejercido en contra de las mujeres trabajadoras del hogar se aprecia de manera más clara en la existencia y propagación de condiciones de discriminación asociadas al desarrollo de actividades ejercidas en el ámbito doméstico, así como a las condiciones de las personas que las ejercen. De esta forma, un primer nivel de discriminación en contra de las trabajadoras del hogar, al que se designará *discriminación objetiva*, se relaciona propiamente con las actividades que desarrollan las mujeres en el marco del trabajo doméstico remunerado, pues en un primer momento, éste es considerado como la sustitución del trabajo no remunerado que la mujer realiza en el hogar.³⁵ La discriminación objetiva en torno al empleo doméstico remunerado se aprecia en

³⁴ Anti-Slavery International, *Programme Consultation Meeting...*, p. 3.

³⁵ A. D'Souza, *Camino del trabajo...*, p. 1.

la doble división sexual que existe en la clasificación y el desarrollo de actividades que lo conforman, pues es común que a los hombres que llegan a dedicarse al ejercicio de dicha labor se les asignen actividades masculinizadas como las de chofer o jardinero, mientras que a las mujeres se les encomiendan acciones de limpieza, preparación de alimentos o cuidado de niñas y niños, propias de su naturaleza socialmente determinada.

El segundo elemento de discriminación en contra de las mujeres trabajadoras del hogar –al que se denominará *discriminación subjetiva*– se vincula con las personas quienes lo ejercen; es decir, principalmente mujeres. La discriminación subjetiva puede materializarse a partir de dos principales fenómenos: el primero en cuanto a la consideración y descripción lingüística o verbal que culturalmente se le atribuye a las personas que ejercen el trabajo doméstico remunerado, quienes comúnmente son nombradas con calificativos despectivos o denigrantes como los de “sirvientas”, “criadas”, “muchachas” o incluso “chachas”, por medio de los cuales se construyen apreciaciones de desvaloración y discriminación³⁶ de las personas que realizan dicho trabajo.

Asimismo, el elemento subjetivo de discriminación puede verse asociado con las condiciones o características físicas, culturales, económicas o étnicas de las mujeres que se dedican al ejercicio del trabajo doméstico remunerado. De manera particular, pueden existir situaciones en las que confluyen diversos factores de discriminación en contra de las mujeres que se dedican a dicha labor en virtud de su condición de mujeres migrantes, indígenas o madres solteras, generando contextos de discriminación interseccional que propician el ejercicio de actos de abuso y violencia en su contra.³⁷

Violencia laboral en contra de mujeres trabajadoras del hogar

A nivel internacional aún no existe un consenso en torno a la definición del concepto de “violencia laboral”; sin embargo, en 1994, un grupo de expertos de la Comisión Europea señaló que dicho término puede significar “cualquier incidente, abuso o amenaza en relación con el ejercicio de una determinada actividad laboral que implique un desafío implícito o explícito a la seguridad, bienestar o salud de las personas trabajadoras”.³⁸ Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo

³⁶ M. Zúñiga Elizalde, “La invisibilidad de la violencia...”, en *op. cit.*, p. 124.

³⁷ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la Violencia contra la Mujer sus Causas y sus Consecuencias*, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos y adoptado durante su LII sesión, E/CN.4/1996/53, 5 de febrero de 1996.

³⁸ Duncan Chappell y Vittorio Di Martino, *Violence at Work*, 3a. ed., Ginebra, OIT, 2006, p. 30.

ha considerado que la violencia laboral puede definirse como “toda acción, incidente o comportamiento carente de razonabilidad por medio del cual una persona es agredida, amenazada, dañada o herida en el curso de su trabajo o como consecuencia directa de éste”³⁹.

En el marco del trabajo doméstico, la violencia laboral que sufren las mujeres que lo ejercen se refleja principalmente en la materialización de actos de discriminación⁴⁰ que menoscaban sus posibilidades para acceder a condiciones laborales dignas y bajo parámetros de igualdad en relación con aquellas que gozan los hombres. Así, uno de los primeros obstáculos laborales a los que se enfrentan las mujeres trabajadoras del hogar remuneradas lo constituye la ausencia o el bajo nivel de formalización de la relación laboral⁴¹ que adquieren con la familia empleadora, pues es común que dichos acuerdos se realicen de manera verbal entre ambas partes. La ausencia de una adecuada formalización en las relaciones laborales, a su vez, trae aparejada diversas consecuencias como la poca claridad respecto del tipo de actividades que deben desarrollar en el marco del ejercicio de dicha labor; el desconocimiento o anulación de las prestaciones sociales que por ley les corresponden y, en general, un sentimiento de inestabilidad e incertidumbre en el empleo que propicia condiciones de despido injustificado.

Otros mecanismos de violencia laboral a los que se enfrentan las mujeres trabajadoras del hogar tienen que ver con las largas jornadas laborales, las desmedidas cargas de trabajo, los bajos salarios que perciben y la ausencia de condiciones de privacidad en los domicilios que constituyen sus centros de trabajo.⁴² Respecto de las jornadas laborales a cargo de las trabajadoras domésticas remuneradas, cabe señalar que éstas, en muchas ocasiones, se extienden precisamente por la ausencia de condiciones claras en torno al ejercicio de dicha labor, así como en virtud de que las familias o personas empleadoras deciden retribuir a las mujeres no en virtud de las horas que trabajan al día, sino de las actividades que realizan o por periodos de tiempo que comprenden semanas o quincenas. La configuración de pago

³⁹ OIT, *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*, Ginebra, OIT, 2003, p. 4.

⁴⁰ Al respecto, cabe señalar que el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer ha señalado que la discriminación es una forma de violencia que afecta desproporcionadamente a las mujeres. Véase ONU, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación General núm. 19 “La Violencia contra la Mujer”*, aprobada por dicho Comité en su resolución HRI/GEN/1//REV.1, durante su XI periodo de sesiones, Ginebra, Suiza, párr. 6.

⁴¹ María Elena Valenzuela, “Situación del Trabajo Doméstico Remunerado en América Latina” en Organización Internacional del Trabajo, *Panorama Laboral 2012 América Latina y el Caribe*, Perú, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2012, p. 62.

⁴² José María Ramírez-Machado, *Domestic Work, Conditions of Work and Employment: A Legal Perspective*, OIT, 2013, p. 1.

antes señalada, es decir por semana, suele constituir un riesgo para las condiciones laborales de las mujeres trabajadoras del hogar, pues supeditan el pago del salario no al número de horas que trabajan, sino a periodos de tiempo más largos en los cuales resulta mucho más difícil trazar rutinas de trabajo definidas por actividades y tiempo que lleva realizarlas.⁴³

Si bien la retribución económica es uno de los elementos característicos de una relación laboral y, por tanto, del trabajo doméstico remunerado, el salario que perciben las mujeres trabajadoras domésticas se encuentra, por lo general, carente de toda regulación jurídica y por niveles inferiores respecto de otras actividades laborales.⁴⁴ Lo anterior puede explicarse en virtud de las condiciones y percepciones de subvaloración social y cultural que existen en torno al trabajo doméstico, mismas que se encuentran estrechamente relacionadas con el ejercicio del trabajo reproductivo a cargo de las mujeres, el cual es considerado más que una ocupación, una obligación sexual, cultural y moral. A partir de dicha subvaloración, es común que las personas empleadoras no estén dispuestas a retribuir cantidades proporcionales por el ejercicio y desempeño de un trabajo que es considerado “improductivo”; es decir, un trabajo que a ellas no les retribuye ningún tipo de beneficio económico.⁴⁵

Aunado a lo anterior, las deficientes condiciones en torno al salario que perciben las trabajadoras domésticas remuneradas se ven reforzadas ante la ausencia de marcos normativos que regulen y estandaricen el acceso a salarios mínimos equitativos, acordes con los parámetros internacionales en materia de igualdad laboral, como el Convenio número 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre igualdad de remuneración; así como en virtud de las condiciones de pobreza en las que suelen encontrarse las personas que ejercen el trabajo doméstico, mismas que limitan considerablemente su marco de posibilidades laborales y condicionan la aceptación de tales condiciones laborales.

En lo que toca a la ausencia de privacidad y a las cargas laborales en torno al ejercicio del trabajo doméstico remunerado, éstas se agravan principalmente en aquellos escenarios en los que las mujeres trabajan de tiempo completo y tienen su residencia en el domicilio de la familia o personas empleadoras. Toda vez que,

⁴³ OIT, “Horas de trabajo en el trabajo doméstico”, en *Servicio sobre las condiciones de trabajo y del empleo. Hacia un trabajo decente para las/los trabajadoras/os domésticas/os*, Programa de Condiciones de Trabajo y de Empleo, nota de información 2, p. 2.

⁴⁴ Jenni Gobind *et al.*, “Minimum Wage and Domestic Workers’ Right to Basic Conditions of Employment: Are Employers Complying?”, en *African Journal of Business Management*, vol. 6, núm. 47, noviembre de 2012, p. 11683.

⁴⁵ OIT, “Remuneración en el trabajo doméstico”, en *Servicio sobre las condiciones de trabajo y del empleo. Hacia un trabajo decente para las/los trabajadoras/os domésticas/os*, Programa de Condiciones de Trabajo y de Empleo, nota de información 1, p. 2.

en dichos casos, las condiciones de vida laboral y de vida privada de las trabajadoras domésticas se funden en un mismo espacio físico,⁴⁶ dejando poco margen para el ejercicio y desarrollo de aspectos asociados a la vida privada. De manera adicional, cuando las mujeres trabajadoras del hogar viven en el mismo domicilio de sus empleadores, es común que las cargas laborales se potencialicen en virtud de las condiciones asimétricas entre el número de personas empleadas y personas empleadoras, pues, por lo general, una misma trabajadora doméstica debe atender a una multiplicidad de personas que integran el núcleo familiar y que habitan el espacio que constituye su centro de trabajo.

En general, las problemáticas derivadas de la existencia de condiciones de violencia simbólica y laboral en contra de las mujeres trabajadoras del hogar constituyen un freno importante en la valoración del trabajo doméstico, así como en la modificación de concepciones culturales y sociales en torno a las actividades que tanto hombres como mujeres “deben” desarrollar en el marco de una sociedad. Dichas problemáticas también agravan las condiciones de vulnerabilidad de las mujeres que se dedican al empleo doméstico remunerado y comprometen el goce y ejercicio de sus derechos humanos, por lo que es necesario que los Estados y sus autoridades adopten medidas tendientes a reconocer el trabajo doméstico como una actividad productiva que presenta impactos en el ámbito familiar, cultural y económico de las sociedades,⁴⁷ siempre bajo la consideración de mecanismos de protección y reivindicación del papel de las mujeres en el ámbito laboral y profesional.

Trabajo doméstico remunerado en México: algunas cifras de un quehacer invisible

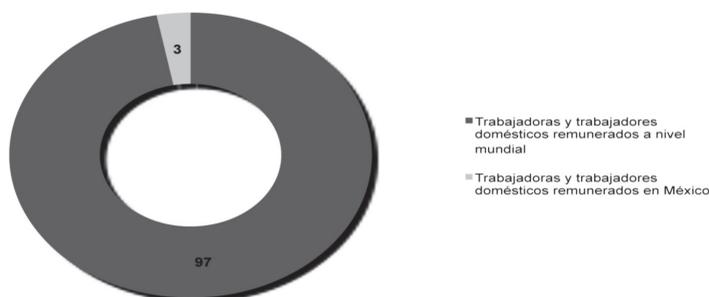
De acuerdo con cifras de la OIT, a nivel mundial existen alrededor de 52.6 millones de personas que se dedican al ejercicio del trabajo doméstico remunerado.⁴⁸ Dicha cifra es incluso mayor a los 42.6 millones de personas que para el año 2010 conformaban la población económicamente activa ocupada en México.

⁴⁶ A. D'Souza, *Camino del trabajo decente...*, p. 13.

⁴⁷ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *El trato social hacia las mujeres indígenas que ejercen trabajo doméstico en zonas urbanas*, México, Conapred, 2008, p. 11.

⁴⁸ OIT, “Trabajadores domésticos: estimaciones a nivel mundial y regional”, en *Servicio sobre las condiciones de trabajo y del empleo. Hacia un trabajo decente para las/os trabajadoras/os domésticas/os*, Programa de Condiciones de Trabajo y de Empleo, nota de información 4, p. 7.

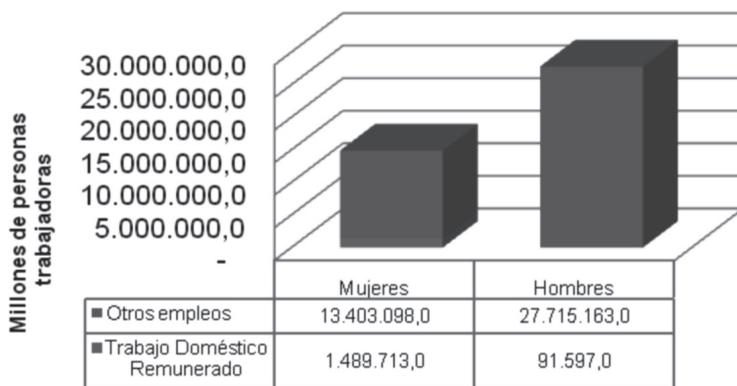
Gráfica 1. *Relación de personas trabajadoras domésticas remuneradas a nivel mundial y en México*



Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en México existen 1 580 000 personas que se desempeñan como trabajadoras domésticas remuneradas; es decir, constituyen 3.7% de la población económicamente activa ocupada en México⁴⁹ y 3% del total de personas dedicadas a dicha labor a nivel mundial.

Gráfica 2. *Proporción de mujeres y hombres trabajadores domésticos remunerados en relación con el total de la población económicamente activa*

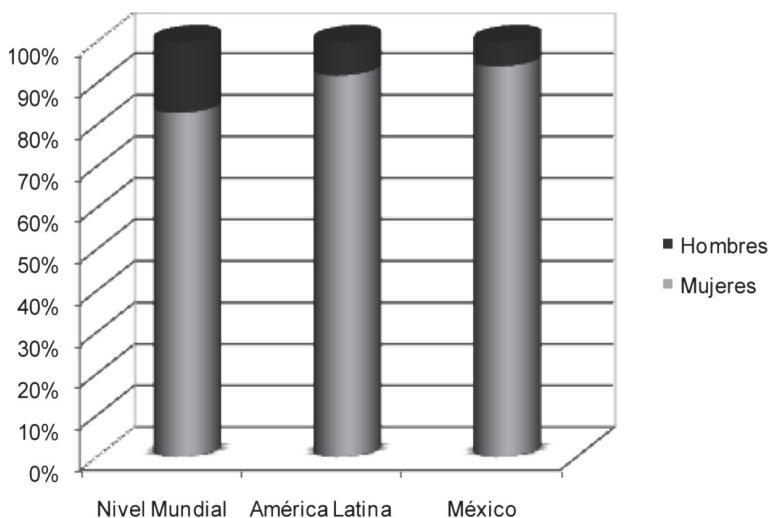


Fuente: Elaboración propia.

⁴⁹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Perfil sociodemográfico de los trabajadores domésticos remunerados*, México, INEGI, 2012, p. 3.

Al igual que las estimaciones existentes a nivel mundial, el trabajo doméstico remunerado en México es principalmente una actividad femenina, pues mientras que a nivel internacional y en América el número de mujeres dedicadas a dicho empleo constituye 83% y 92% respectivamente,⁵⁰ en México, el porcentaje de mujeres dedicadas al empleo doméstico remunerado representa 94.2% del total de personas que hacen de dicha actividad su principal fuente de ingreso.⁵¹

Gráfica 3. *Proporción entre hombres y mujeres que realizan trabajo doméstico remunerado*



Fuente: Elaboración propia.

El trabajo doméstico, pese a ser una actividad económica y laboral invisibilizada, representa una de las principales fuentes de empleo para las mujeres, permitiendo comprender, en mayor medida, la dimensión dicotómica entre las posibilidades que dicho empleo ofrece para combatir y, a la vez, propiciar condiciones de pobreza. Así, en el contexto latinoamericano, el trabajo doméstico remunerado representa 26.6% del empleo asalariado femenino,⁵² mientras que en México constituye 10% del total de mujeres empleadas.⁵³

⁵⁰ OIT, "Trabajadores domésticos: estimaciones a nivel mundial y regional", en *op. cit.*, p. 7.

⁵¹ INEGI, *Perfil Sociodemográfico...*, p. 3.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

Así mismo, es necesario precisar que, en el país, más de 149 000 personas que se dedican al empleo doméstico remunerado son de origen indígena, de las cuales 95.4% lo constituyen mujeres. A este dato se suma el hecho de que 8.6% de las mujeres que se dedican al trabajo doméstico remunerado se encuentran en situación de analfabetismo y 9.7% no cuentan con ningún nivel de escolaridad cursado o aprobado,⁵⁴ lo que permite comprender que, en muchas ocasiones, el trabajo doméstico remunerado constituye la única opción o alternativa condicionada de subsistencia para las mujeres que, por una parte les garantiza el acceso a mecanismos de subsistencia económica y material y, por el otro, limita enormemente sus posibilidades de crecimiento y desarrollo.

No obstante, las condiciones y problemáticas a las que se enfrentan las personas trabajadoras del hogar, y principalmente las mujeres, no son privativas de un contexto o región en específico, sino que, por lo general, derivan de una apreciación en torno a la construcción sexual y cultural de las sociedades. Las incipientes condiciones laborales y la ausencia de prestaciones de seguridad social son algunas de las principales características que identifican al trabajo doméstico remunerado.

De manera particular y a modo de ejemplo, en México, 76.3% de las personas trabajadoras domésticas y aproximadamente 95% de las mujeres trabajadoras domésticas⁵⁵ no reciben ningún tipo de prestación laboral; es decir, no cuentan con servicio médico, vacaciones, aguinaldo, prima vacacional o algún otro tipo de incentivo o apoyo derivado de su trabajo. Bajo este contexto, 44% de las mujeres trabajadoras domésticas remuneradas no cuentan con acceso a servicios de salud en alguna institución pública,⁵⁶ lo cual se torna mucho más grave si se toma en consideración el derecho y la necesidad que tienen las mujeres de acceder a servicios de salud suficientes y de calidad asociados al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Las anteriores consideraciones cobran un mayor sentido si se analiza el hecho de que en México 91.6% de las trabajadoras del hogar no cuentan con un contrato laboral que establezca de manera clara las condiciones laborales que determinan el ejercicio de su labor, así como las obligaciones a cargo de sus empleadores.⁵⁷

Por último, vale la pena destacar que, en términos generales, la sociedad mexicana considera que las trabajadoras domésticas constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad a quienes no se les respetan sus derechos humanos. Lo anterior se reafirma con el dato que indica que 15.3% de las trabajadoras domésticas remu-

⁵⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁵ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, "Resultados sobre trabajadoras domésticas", *Encuesta Nacional de Discriminación 2010 [Enadis 2010]*, Conapred, 2012, p. 34.

⁵⁶ INEGI, *Perfil sociodemográfico...*, p. 11.

⁵⁷ Conapred, *Encuesta Nacional de Discriminación 2010 [Enadis 2010]*, p. 33.

neradas en México señala no estar de acuerdo con la afirmación de que en nuestro país se respetan los derechos de las personas que ejercen dicho trabajo.⁵⁸

Conclusión

A partir de las reflexiones expresadas a lo largo del presente documento se ubicó el trabajo doméstico remunerado como una actividad económica sustentada en la división sexual del trabajo, en cuyo centro confluyen visiones cultural y socialmente estereotipadas, cuya reproducción puede afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos y laborales de las mujeres. No obstante, con ello no pretende afirmarse que el trabajo doméstico remunerado sea una actividad nociva o peligrosa para la sociedad, para la economía o para las propias mujeres; por el contrario, se pretende hacer conciencia respecto de la necesidad de repensar la manera en que la sociedad asigna roles sexuados y da tratamiento a las personas que los reproducen. Si bien el trabajo doméstico remunerado puede constituir un mecanismo viable para la generación de rutas de igualdad y movilidad social de las mujeres, dicho trabajo no puede constituir la única opción a la que ellas puedan acceder.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 42.

TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA DESIGUALDAD RETRIBUTIVA EN LATINOAMÉRICA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Salvador Perán Quesada

La desigualdad social de género

El actual periodo de recesión económica está dejando en evidencia las debilidades de las políticas tradicionales de igualdad de oportunidades y, en particular, la debilidad de las políticas de igualdad de género en un doble sentido, la vía de los hechos y la vía de los resultados. La imposición de un amplio y severo conjunto de medidas de ajuste económico, marcado por la disminución de la tutela y de la intervención social pública se está mostrando –ahora y antes, en Europa y en Latinoamérica– no sólo ineficaz en el objetivo de reflotar las economías de aquellos Estados más afectados por la crisis económica global, sino además como la causante del incremento de las desigualdades sociales en estos países.

El enorme impacto social de estas políticas liberales está haciendo retroceder en los avances sociales de género, y está reforzando una nueva perspectiva del Derecho Social marcada por la desnaturalización de los rasgos tutoriales clásicos.¹ Medidas que se han transformado en hábitos recurrentes y que representan el inmenso pasivo otorgado al capital financiero en la era contemporánea, en detrimento de las acciones de redistribución de riqueza y de poder.

En todo caso, “no todas las noches son igualmente oscuras, ni el polvo disipa todos los amaneceres”.² La situación económica se ve de un modo diferente des-

¹ En este sentido, es interesante la reflexión aportada en el ensayo: A. Sánchez-Castañeda, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

² Carlos Fuentes, *Ceremonias del alba*, México, Siglo XXI, 1991.

de los Estados del ámbito mediterráneo a los países latinoamericanos, marcados en lo económico por un ciclo expansivo y en lo político por una creciente influencia y un decidido fortalecimiento de sus lazos comunes y de su autonomía en la esfera global.³

De modo previo se impone una doble dificultad analítica. Por una parte, la actual coyuntura demanda una mirada diferente a las tradicionales medidas de igualdad de género adoptadas hasta el momento. Y es que, si el conjunto amplio de medidas de igualdad de oportunidades adoptadas hasta la fecha se han mostrado altamente ineficaces para resolver los problemas reales de acceso desigual, en función del sexo, a los bienes socialmente relevantes, la situación actual favorecerá aún más la inaplicación de estas políticas y la obtención de los objetivos deseados.

Especialmente, porque la particularidad de la discriminación por razón de género, esto es, aquel trato desigual y peyorativo hacia la mujer por el hecho de serlo, se ha inclinado a descontextualizarse y alejarse política, pero también doctrinalmente, de los rasgos de clase social, raza, etnia, orientación sexual, nacionalidad u otros mecanismos de relaciones de poder, que venían a configurar y determinar los atributos característicos de las relaciones de género. Lo que nos ha llevado a elaborar políticas de igualdad de oportunidades, tendencialmente desconectadas de medidas de redistribución de la riqueza –y, por ende, de la distribución de poder– y tendencialmente subordinadas a la centralidad de las políticas liberales y mercantilizadoras de la vida pública.

Ciertamente los factores de discriminación no afectan del mismo modo a todas las personas que integran el grupo social, ya que las desigualdades vinculadas al género no siempre se manifiestan de forma igual en contextos sociales e históricos diferentes, sino que se modulan con base en diversos factores que dan lugar a diferentes realidades sociales y a diferentes *identidades constituidas discursivamente*.⁴ Pero de lo que no cabe duda es de la existencia de factores y normas sociales de asignación de roles, que hacen que persistan las desigualdades entre mujeres y hombres. La primera consecuencia es una marcada *división social del trabajo*, lo que permite profundizar en algunos elementos ontológicos de las relaciones discriminatorias por razón de género.

Por otra parte, se manifiesta la dificultad para una visión integradora y coherente de un contexto económico, político y social tan amplio, diverso y complejo como es el latinoamericano desde la perspectiva de género. Es cierto que, aun respetando las diferencias entre los Estados del continente, la desigualdad de género pue-

³ Se espera que el crecimiento regional alcance en 2013 3%. Comisión Económica para América Latina y El Caribe (Cepal), *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*, 2013.

⁴ Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Nueva York, Routledge, 1990.

de ser considerada como un factor transversal que se manifiesta y que atraviesa al conjunto de la realidad social Latinoamericana.

En este sentido, no hay duda de que las mujeres latinoamericanas presentan una mayor dificultad en el mercado de trabajo –son clásicas y bien conocidas sus menores tasas de actividad,⁵ sus mayores tasas de desempleo,⁶ o el marcado carácter feminizado del trabajo informal.⁷ Pero estos indicadores no agotan, ni mucho menos, la desigualdad social respecto al género en el ámbito laboral, más bien dibujan solamente la punta del iceberg. La invisibilidad del trabajo doméstico y de cuidados, y la profunda segregación, tanto vertical como horizontal del mercado de trabajo, vienen a completar un primer cuadro de diagnóstico, de una realidad mucho más compleja y que hace referencia, en definitiva, al acceso desigual de los bienes socialmente relevantes en función del lugar que cada persona ocupa en la sociedad en relación con su sexo.

El objetivo del presente capítulo es centrarse en describir los instrumentos jurídico-laborales adoptados a nivel internacional y regional dirigidos a conseguir la igualdad retributiva efectiva entre mujeres y hombres.

Se ha diseñado un número importante de acciones en este ámbito en la mayoría de los países de Latinoamérica, y que éstas han cumplido el compromiso de desarrollar mecanismos que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres asumido en el acuerdo de la Plataforma de Acción, adoptada en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer realizada en Beijing en 1995, modificando sus marcos jurídicos en la vía de integrar dichos valores. Pero cierto es también que “nada se parece más a una casa en ruinas que una casa en construcción”, de este modo, se apuntarán fortalezas, pero también debilidades de algunas medidas programáticas.

Apunto una reflexión de inicio, ¿se están dando las condiciones materiales para la superación definitiva de los diferenciales salariales en función del sexo?

Existen algunos elementos para el optimismo. Por una parte, el enorme consenso internacional en torno a lo injusto de estas situaciones. Téngase como muestra el alto nivel de ratificación del Convenio número 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre igualdad de remuneración, que, desde su entrada en vigor el 23 de marzo de 1953, ha sido ratificado por la totalidad de los Estados latinoamericanos miembros de la OIT y por 171 países a nivel mundial.

⁵ Tasa de actividad para el conjunto del continente: 49.5%; tasa de ocupación: 45.5%. Claramente inferiores a las de los hombres que tienen tasas de 71.3% y 67.3%, respectivamente. Oficina Regional OIT, *Panorama Laboral*, 2012.

⁶ El desempleo urbano de las mujeres continúa siendo 1.4 veces mayor que la de los hombres. Cepal, *Coyuntura Laboral de América Latina y el Caribe*, 2012.

⁷ Existe una mayor proporción de mujeres (53.7%) que de hombres (47.8%) que están trabajando en condiciones de informalidad, lo cual habitualmente implica bajas remuneraciones y condiciones laborales precarias. Oficina Regional, OIT, *Panorama Laboral*, 2012.

Por otra, debemos señalar una tendencia que deberá ser imparable: desde que las mujeres comenzaron a incorporarse a la población económicamente activa, la desigualdad salarial entre los sexos ha disminuido progresivamente.⁸ Pero lo más importante es que el nivel de cualificación de las mujeres no ha dejado de incrementarse.⁹ Y éste será sin duda un elemento clave. La quiebra de los estereotipos sociales sobre la menor productividad de las mujeres se ha fundamentado en torno a dos elementos importantes y complementarios, la asunción desigual de cargas familiares y la menor cualificación y valor socialmente asignado al trabajo de las mujeres, reforzado por la idea de la necesaria *especialización* de las mujeres en torno a los trabajos domésticos y de cuidados. Sus consecuencias son bien conocidas: la feminización de trabajos menos cualificados y peor remunerados, la feminización del trabajo a tiempo parcial y de la asunción de las cargas familiares, la menor promoción profesional y las espaciales dificultades de las mujeres para asumir trabajos de mayor responsabilidad, fenómeno conocido como el *techo de cristal* o el fenómeno de la *doble jornada* laboral, que implica la incorporación al trabajo por cuenta ajena y las mayores cargas de trabajo doméstico, que influyen en una clara disminución de la productividad de quien las realiza.¹⁰ Además de que se registran mayores beneficios económicos,¹¹ que aportan una mayor equidad de género y una división del trabajo en el hogar más igualitaria.¹²

Entonces, si las características de la nueva economía sitúan un escenario favorable para los rasgos tradicionalmente asociados al trabajo de las mujeres; si las sociedades con una mayor cohesión social por género muestran ventajas notables,

⁸ Graciela Chichilnisky y Elisabeth Hermann Frederiksen, "Análisis del desnivel salarial entre hombres y mujeres con un modelo de equilibrio", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, núm. 4, 2008.

⁹ En los Estados Unidos de América el mayor nivel de cualificación de las mujeres es una realidad. Catherine E. Freeman, *Trends in Educational Equity of Girls and Women*, Documento CES 2005-016, Departamento de Educación de los Estados Unidos, Centro Nacional de Estadísticas de Educación (NCES, por sus siglas en inglés), Washington, Government Printing Office, 2004.

¹⁰ Ello implica que cuanto más tareas efectúe una persona en el hogar, menos productiva será en el mercado de trabajo. G. Chichilnisky y Y. Shachmurove, *An Empirical Analysis of the Gender Gap* (Department of Economics Discussion Paper), Nueva York, Columbia University / University of Pennsylvania, 2006. En este estudio, las autoras examinan el efecto sobre los salarios del tiempo dedicado a las tareas del hogar y constatan que el tiempo dedicado a éstas explica el 8% de las diferencias salariales en Estados Unidos.

¹¹ El último informe del Fondo Monetario Internacional (FMI) cuantifica el impacto de una mayor incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo en el PIB con crecimientos desde 5% en Estados Unidos, hasta más de 34% en México. Katrin Elborgh-Woytek *et al.*, *Women, Work, and the Economy: Macroeconomic Gains from Gender Equity*, FMI, septiembre, SDN 13/10, 2013.

¹² D. H. Shannon, T. H. Greenstein y J. P. Gerteisen Marks, "Effects of Union Type on Division of Household Labour. Do Cohabiting Men Really Perform more Housework?", en *Journal of Family*, vol. 28, núm. 9, 2007.

y si las mujeres están alcanzando una mayor cualificación profesional que los hombres en las economías más avanzadas, ¿por qué los avances no son más claros y decididos?

Como se verá, los progresos en igualdad de género –y en la equiparación salarial, como muestra paradigmática de ello– se enfrentan a importantes resistencias políticas y sociales, y necesita de una acción transversal decidida.¹³ Especialmente porque el escenario que se vislumbra es el de una mayor fragmentación social por razones económicas, que va a penalizar de un modo muy severo aquellas situaciones clásicas de mayor debilidad, sea por género, raza o pertenencia a minoría étnica.

Que la mayor producción de valor en la economía globalizada pase por una tendencia a la *feminización* del trabajo productivo, que estemos acercándonos al momento en que las mujeres sean mayoritarias en las universidades a nivel global, no implica *per se* que la desigualdad social de género vaya a desaparecer. Entender por tanto la discriminación salarial y la discriminación de género como un elemento aislado del conjunto de factores sociales que hacen que las desigualdades sociales se produzcan y se reproduzcan servirá poco para el progreso deseado.

La desigualdad salarial. Evolución e integración en las políticas proactivas de igualdad de género

La eliminación de las diferencias de trato entre mujeres y hombres, junto con otras causas de discriminación prohibidas,¹⁴ ha sido un objetivo prioritario de numerosos instrumentos internacionales. Ha habido una continua evolución, pasándose de una estricta consideración del principio de igualdad por razón de sexo, en donde lo primordial era garantizar la igualdad de tratamiento, a una noción positiva y activa en donde el acento se pone en la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Es decir, de las normas que corresponden a la disciplina formal o de garantía a aquellas otras que se incluye en la llamada normativa promocional o de fundamento de la igualdad de oportunidades. Y, en la actualidad, en lo que puede considerarse normativa proactiva, en donde lo importante es impedir el resultado discrimi-

¹³ En este sentido, es interesante la reflexión de Roberta Bortone, “Discriminazione (divieti di)”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Turín, Utet, 2007, y en Mirella Giannini (coord.), *Uguale salario per uguale lavoro?*, Milán, FrancoAngeli, 2009.

¹⁴ En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia como causas de la conducta prohibida las siguientes circunstancias diferenciadoras: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

natorio que pueda originarse como consecuencia de la tradicional e histórica situación de subordinación de las mujeres en la organización social¹⁵ y, en definitiva, la consecución de la igualdad efectiva.

De igual modo, el principio de igualdad salarial se ha situado en el corazón de esta evolución conceptual, integrando una doble naturaleza formal y material, por medio del cual el mandato de igualdad se traduce en la equiparación de las desigualdades factuales existentes por razón de sexo. Y es que, las desigualdades salariales de género sólo pueden ser afrontadas eficazmente desde la integración de una visión garantista, pero también de una política de género proactiva capaz de superar las normas sociales sobre las que se fundamentan los factores sociales y económicos que permiten que las mujeres reciban un menor salario que los hombres.

En buena lógica, no es de extrañar que las primeras expresiones de igualdad entre mujeres y hombres se concretaran en aspectos tan específicos como la igualdad salarial¹⁶, en coherencia con esta dimensión formalista. Expresión que se vio reforzada en el plano internacional por su decidida integración en la propia Constitución de la OIT que proclamó la *especial y urgente importancia* del principio de *salario igual, sin distinción de sexo por un trabajo de valor igual*¹⁷ y por el Convenio número 100 *sobre igualdad de remuneración*,¹⁸ también de la OIT.

Sin duda, el Convenio número 100 OIT –junto con el 111–¹⁹ son instrumentos destacables, capaces de sentar las bases del tratamiento técnico-jurídico de la igualdad retributiva, al incorporar los conceptos básicos que subyacen al principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y las especificidades de la discriminación salarial por género, teniendo en cuenta, de modo particular, que a menudo mujeres y hombres desempeñan trabajos diferentes.

¹⁵ Rosa Quesada Segura, “La violencia de género como discriminación por razón de género”, en R. Quesada Segura (dir.), Salvador Perán Quesada (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009, p. 5.

¹⁶ Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos disponía en su artículo 23.1 que *toda persona tiene derecho, sin distinción alguna a igual salario por igual trabajo*.

¹⁷ Art. 41 de la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo de 1919.

¹⁸ Convenio Fundamental *relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, de 29 junio de 1951.

¹⁹ El Convenio número 111, *sobre la discriminación en el empleo y la ocupación*, de 1958, es fundamental para definir la discriminación como *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*. Además, dispone que los Estados que lo ratifiquen deberán formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, mediante métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto. Esto incluye la discriminación en relación con el acceso a la formación profesional, al empleo y a determinadas ocupaciones, y las condiciones de empleo.

Desde este momento, se integra en el acervo jurídico laboral un conjunto de medidas tendentes a identificar las implicaciones que tiene tanto para el lugar de trabajo como para la sociedad la desigualdad de remuneración y diseña medidas preventivas, permitiendo una gran liberalidad a los Estados, bajo la lógica de los compromisos mínimos. Pero la acción de la OIT en materia de igualdad de género no se agota aquí, de hecho se ha recorrido un largo camino desde aquellos primeros compromisos hasta el día de hoy y han sido numerosos los Convenios y Recomendaciones de esta organización que han ido incorporando la idea general de que la consecución de la igualdad sustancial y efectiva entre mujeres y hombres pasa por conseguir la igualdad en la vida económica, la igualdad en la participación y representación, la igualdad en la vida social, la igualdad en la vida civil y la modificación de roles y estereotipos sexistas.²⁰

A su vez, debemos destacar, por su capacidad de influencia en el ámbito legislativo de los Estados Latinoamericanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de 18 de diciembre de 1979,²¹ que ha servido como texto básico para las políticas regionales de igualdad²² –junto con la específica e importante Convención Interamericana para Pre-

²⁰ Convenio número 102, *sobre la seguridad social*, de 1952; Convenio número 118, *sobre la igualdad de trato (seguridad social)*, de 1962; Convenio número 156, *sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*, de 1981; Convenio número 161, *sobre los servicios de salud en el trabajo*, de 1985; Convenio número 183, *sobre la protección de la maternidad*, de 2000; Recomendación número 4, *sobre el saturnismo (mujeres y niños)*, de 1919; Recomendación número 13, *sobre el trabajo nocturno de las mujeres (agricultura)*, de 1921; Protocolo número 89, de 1990 relativo al convenio (revisado) *sobre el trabajo nocturno (mujeres)*, de 1948; Recomendación número 90, *sobre igualdad de remuneración*, de 1951; Recomendación número 102, *sobre los servicios sociales*, de 1956; Recomendación número 111, *sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, de 1958; Recomendación número 116, *sobre la reducción de la duración del trabajo*, de 1962; Recomendación número 165, *sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*, de 1981; Recomendación 191, *sobre la protección de la maternidad*, de 2000; Resolución *sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 71a. reunión, de 1985; o la Resolución *relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 98a. reunión, de 2009.

²¹ En la que se incorpora en su artículo 11: d) *el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato respecto a la evaluación de la calidad del trabajo*.

²² Complementado con un cuadro de recomendaciones que lo acompañan. Respecto a las materias aquí referidas deben tenerse en cuenta, la Recomendación General número 13, *igual remuneración por trabajo de igual valor*, de 1989, donde, entre otras materias, se integran pautas para estudiar, fomentar y adoptar sistemas de evaluación del trabajo sobre la base de criterios neutrales en cuanto al sexo, que faciliten la comparación del valor de los trabajos de distinta índole en que actualmente predominen las mujeres con los trabajos en que actualmente predominen los hombres y donde se remarca el importante papel desempeñado por la negociación colectiva en esta materia; la Recomendación General número 16, *mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas*, de

venir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (conocida como Convención Belém do Pará) y los consensos acordados en las Conferencias Regionales sobre la Mujer de América Latina y el Caribe.

Hecho igualmente trascendente se produce con la incorporación en los textos internacionales de la *perspectiva de género*. Fue en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, celebrada en Beijing en 1995, donde se recoge por vez primera, en un texto jurídico la expresión género, definiéndolo como una manifestación de las históricas relaciones de poder que existen y persisten entre hombres y mujeres, que derivan esencialmente de patrones culturales y presiones sociales.

De esta forma se refuerza, en un texto de naturaleza programática, la idea de que la desigualdad entre hombres y mujeres es un problema estructural y social. Lo que va a exigir, en consecuencia, la adopción de medidas complejas, multidisciplinarias y transversales²³ y de cuya resolución deben ser responsables los Estados. La incorporación de la noción de transversalidad –o *mainstreaming*, en terminología anglosajona–,²⁴ como estrategia derivada de la igualdad de género en el conjunto de las políticas públicas, va a inaugurar un nuevo tiempo también para la promoción de la igualdad de remuneración, que no podrá ser desvinculada ya de una política general sobre igualdad de género.

La influencia de los textos internacionales

El principio de igualdad salarial por igual trabajo ha ido asentándose en los diferentes ordenamientos jurídicos de la región de un modo claro y decidido. Es interesante observar cómo el avance en materia de derechos humanos y la mejora de los mecanismos y del reconocimiento de los derechos fundamentales que se ha producido a lo largo de las últimas décadas en América Latina ha servido de impulso para fortalecer la lucha contra la discriminación de las mujeres²⁵ y un *novedoso*

1991 o la Recomendación General número 17 *medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto*, de 1991.

²³ En la Declaración número 19 se dice: "Es indispensable diseñar, aplicar y vigilar, a todos los niveles, con la plena participación de la mujer, políticas y programas, entre ellos políticas y programas de desarrollo efectivos, eficaces y sinérgicos, que tengan en cuenta el género, y contribuyan a promover la potenciación del papel y el adelanto de la mujer.

²⁴ El concepto de *mainstreaming* surge en Suecia a mediados de los años noventa para referirse a la necesidad de aplicar, de forma coordinada y sistemática, una serie de medidas que impliquen la actuación en diversos órdenes normativos, con la finalidad de que el conocimiento del principio sea mayor y su efectividad más completa.

²⁵ Más allá de su significativa ausencia y del excesivo carácter garantista de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, Pacto de San José*.

orden público social,²⁶ en todas las esferas sociales, mediante nuevos procesos constituyentes y la integración de textos internacionales.

De este modo, ha sido decisiva la influencia de determinadas normas, como las ya citadas, CEDAW, Beijing, los Convenios número 100 y 111 de la OIT u otros –tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966–²⁷ para que la igualdad retributiva y de género se hayan integrado definitivamente en la agenda política regional y hayan permitido el desarrollo de estrategias en la línea de la transversalidad y en tres ejes fundamentales: la autonomía económica, la autonomía física y la autonomía en la toma de decisiones de las mujeres.

Efectivamente, estos textos internacionales constituyen los instrumentos jurídicos más importantes donde encontramos los derechos en materia de igualdad de género con carácter vinculante y tienen la virtualidad de reunir los principios aceptados internacionalmente sobre los derechos de las mujeres y los instrumentos, políticas y recomendaciones oportunas para la superación de la desigualdad de género. Constituyen también directrices comunes para las políticas de igualdad, especialmente en aquellos países donde los tratados tienen rango constitucional.²⁸

Sin embargo, el progreso en esta materia ha sido excesivamente lento. Razones de naturaleza jurídica, pero también política, social, económica e incluso de organización de recursos humanos siguen constituyendo un lastre para el cambio deseado. Piénsese que ello supone una alteración fundamental de la estructura salarial, en la propia organización del trabajo, y consecuentemente, una elevación de los costos de producción o distribución en los sectores o actividades de utilización intensiva de mano de obra femenina,²⁹ lo que llevaría a una revisión en los planteamientos empresariales, y un cambio en la división social del trabajo y en sus estructuras de poder asociados al mismo. Vinculado a esta idea, resulta para-

²⁶ Héctor-Hugo Barbagelata, “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, en *El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, España, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, 2003.

²⁷ La Organización de las Naciones Unidas recoge en su artículo 7 que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

“a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

“i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”.

²⁸ Tómese como muestra el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile; artículo 31 de la Constitución de la República Argentina, o el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

²⁹ En este sentido, es interesante ver el siguiente estudio y los efectos sobre el incremento de la desigualdad salarial por género en los procesos de deslocalización de las empresas transnacionales en México. Lilia Domínguez-Villalobos y Flor Brown-Grossman, “Trade liberalization and gender wage inequality in Mexico”, en *Feminist Economic*, vol. 16, núm. 4, octubre, 2010.

digmática la tímida acción de las organizaciones sindicales, que, si bien postulan como principio programático el de la igualdad en todas las condiciones de trabajo y concretamente en materia salarial, tampoco escapan a las presiones tanto de los empresarios como de los propios trabajadores masculinos interesados en mantener su estatus en el momento de la negociación colectiva.

Y existen razones de naturaleza jurídica, porque los mecanismos normativos no han sido capaces de quebrar este conjunto de factores que favorecen la desigualdad entre mujeres y hombres. Los cambios estructurales requieren normas operativas, pero también la acción decidida del conjunto de agentes sociales, la responsabilidad, por tanto, no recae sólo en el legislador, sino también en conjunto de la sociedad.

Por lo demás, es bien sabido que cualquier situación de crisis económica actúa directamente sobre la situación laboral de los colectivos más deprimidos, como las mujeres o los jóvenes que integran ese mercado secundario de mano de obra barata y menos cualificada. Junto a ello, los perjuicios sociales acerca del menor valor del trabajo de las mujeres que justifican la existencia de *empleos masculinos* y *empleos femeninos* con un sentido peyorativo y justificativo de la menor retribución, poseen una raíz psicológica muy profunda y muy extendida en todos los países.³⁰ Es más, las exigencias actuales de un mercado de trabajo competitivo en donde se valora principalmente la disponibilidad y cualificación del trabajador –léase autonomía, adaptación, flexibilidad– convienen más a fórmulas de empleo masculino, sobre todo mientras que sean las mujeres las que principalmente asuman las responsabilidades familiares. Por todo ello, las formas de empleo precario –trabajo informal, a tiempo parcial, contratos temporales, contratos por la vía de las empresas de trabajo temporal, trabajo a domicilio, teletrabajo, trabajo doméstico– son esencialmente formas de empleo femeninas.

En síntesis, sigue siendo válida la aseveración de que la integración igualitaria de la mujer en el mundo del trabajo –pese a los instrumentos internacionales, pese a las disposiciones legislativas nacionales, tanto prohibitivas de desigualdad de trato como potenciadoras de acciones positivas, y a las medidas tutelares y sancionadoras– es hoy una de las principales cuestiones a resolver.

³⁰ Véase sobre el tema el estudio ya clásico: Henry Phelps Brown, *Las desigualdades de salarios*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

Principio de igualdad salarial

El principio de igualdad en Latinoamérica tiene una primera traducción en las cláusulas genéricas antidiscriminatorias integradas tanto a nivel constitucional,³¹ como por las normas específicas de igualdad de género³² y de igualdad salarial³³ o los códigos laborales,³⁴ y que hacen referencia a la prohibición de discriminación retributiva *directa*, obligando a los empresarios a pagar *la misma retribución por el mismo trabajo, sin distinción por razón de sexo*.

Pero estas cláusulas, aun siendo importantes, representan un primer estadio de protección y vienen a impedir las situaciones discriminatorias más claras y evidentes, donde los sistemas retributivos muestran, con poco reparo, situaciones de graves discriminaciones. Como ha quedado señalado, la integración de la dimensión proactiva de las políticas de igualdad de género va a exigir de mayores esfuerzos. A partir de ahora, no será suficiente la igualdad formal por razón de género en el ámbito retributivo, sino que las políticas públicas deberán perseguir una igualdad real y efectiva, lo que lleva consigo la prohibición de las acciones discriminatorias

³¹ Algunas Constituciones optan por integrar una cláusula genérica antidiscriminatoria, y otras por dotar de rango constitucional a la prohibición de discriminación salarial, por todas:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1. “[...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, 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”. *Artículo 4.* “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

Constitución Política del Estado de Bolivia, Artículo 48 v. “El Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, tanto en el ámbito público como en el privado”.

³² Por todas: Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer de Honduras, Artículo 44. “La Secretaría de Estado en los Despachos de Trabajo y Seguridad Social, exigirá que a trabajo igual corresponda salario igual, sin discriminación alguna, siempre que el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y tiempo de servicio sean también iguales”.

³³ Por todas: *Ley 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones de Chile*.

³⁴ Su integración en las normas laborales puede ser también por medio de cláusulas genéricas antidiscriminatorias o específicas, por todas:

Ley 20.744 de Contrato de Trabajo de Argentina, Artículo 17. “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Artículo 74. El empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en esta ley. Artículo 81. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

Ley federal del Trabajo de México, Artículo 86. “A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”.

y la necesidad de adoptar medidas conducentes a superar el cuadro amplio de factores que permiten que la desigualdad salarial sea aun una realidad insostenible.

La operatividad, efectividad y transversalidad del principio de igualdad retributiva requiere de dos niveles de acción complementarios, como son la negociación colectiva y las leyes nacionales de igualdad, y ello en el ámbito de los programas de la OIT sobre *trabajo decente*,³⁵ como paradigma de medidas de desarrollo económico sostenible con base en criterios sociales.

La negociación colectiva ha sido tradicionalmente un espacio privilegiado para la desigualdad salarial. Las diferencias salariales se esconden generalmente bajo clasificaciones profesionales, sistemas de acceso y promoción profesional y tablas salariales contenidas y negociadas en este ámbito, marcadas por el sesgo discriminatorio de género.³⁶ Pero de igual modo, es un ámbito privilegiado para romper el círculo vicioso de la discriminación expresado y alimentado recíprocamente en las relaciones laborales y en la sociedad en la que ellas se desarrollan.³⁷ Pero no será sencillo, por una parte porque la propia naturaleza de la concertación social dificulta una intervención pública que contradice la autonomía colectiva, donde los poderes públicos pretenden concienciar a las partes sin intervenir.³⁸ Y el escaso nivel de representación sindical de las trabajadoras impide mesas de negociación con participación de todos los sujetos involucrados.

Estas dificultades dejan en evidencia las debilidades de las políticas de género latinoamericanas, y en especial que su incipiente cuerpo normativo tiene debilidades significativas que tienen que ver con el lugar y el rol que cumplen en sus orde-

³⁵ Véase Proyecto *Avance de la igualdad de género en el marco del trabajo decente*, Departamento de Desarrollo Social y Empleo de la OEA, CIM. Desarrollado en el marco de las Líneas Estratégicas para Avanzar hacia la Igualdad y la no Discriminación de Género en el Marco del Trabajo Decente, adoptadas en la XV Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo (XV CIMT, Trinidad y Tobago, 2007) y con base en los resultados del estudio sobre Institucionalización del Enfoque de Género en los Ministerios de Trabajo de las Américas.

³⁶ OIT, *Informe Mundial sobre los salarios 2010/2011*, 2010.

³⁷ Mario Akerman, *La Negociación Colectiva como Instrumento para la Aplicación del Convenio 111 de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, 1998.

³⁸ A manera de ejemplo, véase el programa específico de la Secretaría de Estado de Trabajo de República Dominicana para concienciar a los agentes sociales sobre la necesidad de la igualdad de remuneración. Estos programas incluyen campañas mediáticas, folletos, carteles y talleres organizados conjuntamente por el Departamento de Igualdad de Género y la Dirección de Relaciones Laborales.

Programa de la Comisión Tripartita de Igualdad de Oportunidades y de Trato de Género y Raza en el Trabajo de Brasil dirigido a fomentar las buenas prácticas y la incorporación del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor en la negociación colectiva por medio de cláusulas propuestas para los convenios colectivos; y en un sentido similar: III Plan de Igualdad para Mujeres y Hombres 2010-2020 de Chile.

namientos jurídicos,³⁹ –bajo nivel de incidencia normativa o instrumentos debilitados de exigibilidad de los compromisos asumidos–,⁴⁰ y con el lugar y el rol de las políticas públicas de género que cuentan con presupuestos reducidos e insuficientes. Máxime que suelen ser deudoras del impulso internacional tanto a nivel normativo como ejecutivo.

Por ello, es de gran importancia lograr la integración plena de la perspectiva transversal de género que promueven los diferentes programas de la OIT contra la pobreza y por el *trabajo decente que están siendo adoptados en la región*,⁴¹ ya que la igualdad de género no se podrá alcanzar sin la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.⁴²

Esta tendencia debilita el espacio, responsabilidad y protagonismo de los poderes públicos. Es necesario mejorar la implementación y los mecanismos de control a nivel normativo y a nivel jurisprudencial, que permitan mayor operatividad de los principios de igualdad por razón de género, y sean base de un cambio social necesario y deseado, que cree las condiciones de sociedades más justas, cohesionadas, seguras y libres.

³⁹ Sin ánimo de sistematización, tomar como muestra el Decreto 34/2000 Ley de igualdad de oportunidades para la mujer de Honduras; Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de México; Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal de México; Ley 648 de Igualdad de Derechos y Oportunidades de Nicaragua; Ley 4 por la cual se constituye la igualdad de oportunidades para las mujeres de Panamá; Ley 28.983 de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Perú.

⁴⁰ De modo orientativo, sobre la debilidad de los mecanismos administrativos y judiciales dirigidos a combatir la desigualdad salarial, téngase en cuenta que el Gobierno de Brasil, en su memoria de cumplimiento de los compromisos adquiridos por medio del Convenio número 100 OIT para el periodo 2009-2011, solamente indicó un caso donde los inspectores de trabajo examinaron una situación de discriminación salarial, y que a su vez, ninguna de las decisiones judiciales presentadas hacían referencia específica a la aplicación del principio de igualdad salarial.

⁴¹ Como muestra, véase: el Proyecto OIT-PNUD sobre *Género en las Políticas de Pobreza y Empleo en Chile* (GPE-Chile); el proyecto *Políticas de erradicación de la pobreza, generación de empleo y promoción de la igualdad de género dirigidas a los trabajadores y trabajadoras de la economía informal en América Latina* que se ejecuta en Brasil y Ecuador; las acciones que se han desarrollado en Ecuador con el apoyo del Departamento de Integración de Políticas de la OIT en Ginebra (GPE-Ecuador); las acciones que se desarrollan en Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay con el apoyo del *Gender Equality Partnership Fund*; el Proyecto *Promoción del Trabajo Decente para Mujeres Pobres y Migrantes en Centroamérica: Honduras, Nicaragua y Costa Rica*; o el Proyecto *Más y Mejores Empleos para las Mujeres en México*.

⁴² Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, CIT, 98a. reunión, 2009.

Igual remuneración por un trabajo de igual valor

El principio de igualdad salarial como expresión formal del principio de no discriminación por razón de sexo, se muestra como un instrumento apropiado para evitar y sancionar aquellas diferencias de trato directas y evidentes, en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres y concretamente en la remuneración no justificables bajo criterios no objetivos ni razonables y en sí mismos discriminatorios. Pero el problema fundamental que comprende esta fórmula, viene determinado por la necesaria interrelación entre el trabajo realizado, su propia naturaleza y el salario correspondiente. Lo que nos permite establecer una primera cautela. Y es que, entender la igualdad salarial bajo la clave de la igualdad formal ha servido, en realidad, de cobertura legal para el mantenimiento de la desigualdad salarial entre mujeres y hombres. Lo que obliga al legislador a buscar fórmulas diferentes, capaces de llegar al resultado deseado de la igualdad real y efectiva.

De este modo, los preceptos jurídicos dirigidos a este fin van a reclamar no la igualdad salarial para todos, sino el salario igual por trabajos *de igual valor*,⁴³ lo que hace referencia a la idea de un salario *proporcional al trabajo* realizado,⁴⁴ a fin de remunerar equitativamente *trabajos iguales*, con la peculiaridad de que estos conceptos no agotan la problemática en su conjunto. Evidentemente, el principio de una remuneración igual por un trabajo igual implica que mujeres y hombres de cualificaciones similares reciban la misma remuneración cuando realicen el mismo trabajo u otro muy parecido, en condiciones equivalentes. Expresión, que en su modo más evidente, limitaría su aplicación a los trabajos realizados en el mismo ámbito de actividad y dentro de unos parámetros muy cercanos.

Una queja importante viene por el hecho de que este enfoque reduccionista es altamente generalizado. Es común que las normas que integran la igualdad salarial –y la jurisprudencia que la interpreta y aplica–⁴⁵ se centren en aquellas situaciones laborales caracterizadas por condiciones similares o que requieran las mismas

⁴³ Decreto Ley 5452 que aprueba la codificación de las leyes del trabajo, Brasil, Artículo 5. “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

⁴⁴ Decreto Supremo de 24 de mayo de 1939, por el que se dicta la Ley General del Trabajo, elevado a ley el 8 de diciembre de 1942, en su tenor actualizado hasta 1992 de Bolivia, Artículo 52. “Remuneración o salario es lo que percibe el empleado u obrero, en pago de su trabajo. No podrá convertirse salario inferior al mínimo, cuya fijación, según los ramos del trabajo y las zonas del país, se hará por el Ministerio del Trabajo. El salario es proporcional al trabajo, no pudiendo hacerse diferencias por sexos o nacionalidad”.

⁴⁵ En este sentido, véase Sentencia T-707/98 de la Corte Constitucional de la República de Colombia: “[...] está consagrada en el Código Laboral la igualdad de los trabajadores ante la ley, ya que tienen las mismas protecciones y garantías, quedando completamente abolidas las desigualdades en razón al carácter intelectual o material de la labor asignada y su forma de retribución. Pues a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada, y condiciones de eficiencia similares debe corresponder salario

cualificaciones y competencias, en coherencia con el concepto de *igual valor*, lo que limita su aplicación a la comparación entre dos tareas similares. Idea que, sin duda, no se opone al marco jurídico reconocido en los instrumentos internacionales anteriormente citados –especialmente el Convenio 100 OIT– pero tampoco recoge su plena potencialidad.

Entender que la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor cubre no solamente casos en los que las mujeres y los hombres desempeñan un trabajo igual o similar, sino especialmente aquellas situaciones –más habituales– en la que desempeñan trabajos diferentes, es fundamental para remover eficazmente la discriminación y promover la igualdad efectiva. De este modo, el reto se plantea en la posibilidad de crear instrumentos eficaces que permitan comparar el *valor del trabajo desempeñado* en distintos contextos, que pueden implicar diferentes tipos de cualificaciones, capacidades, responsabilidades o condiciones de trabajo, pero que aun así representan un trabajo de igual valor en términos generales.

Así la correlación conceptual va a ir enriqueciéndose e integrando aquellas situaciones es las que exista un trabajo de contenido diferente, que requiere de capacidades o cualificaciones diferentes, que incluso significa responsabilidades diferentes, y que, además, se desempeña en condiciones distintas, pero que, en general, son de un valor similar o un valor equivalente y por ello le deberá corresponder una remuneración igual.

Esta perspectiva es altamente coherente con el contenido y el espíritu del Convenio 100 OIT, donde no se pone tanto el acento en el hecho discriminatorio, sino en la importancia de determinar el valor –real y objetivo– de las prestaciones laborales, y por tanto en el método de medición y comparación del valor de los distintos empleos. No podemos ignorar en este punto, la crítica clásica sobre la incorporación del sesgo de género en los propios sistemas de evaluación, que hacen que los empleos *feminizados*, a menudo reciben una valoración inferior a la de los empleos

igual, ya que no puede haber diferencias por razón de la edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales”.

Sentencia SU-519/97 Corte Constitucional de la República de Colombia: “[...] todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, y éste último aspecto se expresa en términos de igualdad: a trabajo igual, salario igual, sin que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo puedan menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni esos derechos de los trabajadores, sin vulnerar directamente el ordenamiento constitucional vigente. [...] Debe observarse que la indicada norma constitucional (artículo 53), además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad (artículo 13 C.P.), inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas”.

masculinizados.⁴⁶ Crítica que se ha traducido en la elaboración de un conjunto amplio de sistemas de evaluación de trabajo desde la perspectiva de género.⁴⁷ Ahora lo interesante, no es tanto intentar simplemente la homologación del trabajo femenino con el masculino, sino, en un sentido más completo, la valoración –en términos profesionales y económicos– de un trabajo femenino que no pierde su característica específica.⁴⁸

Integrar la perspectiva de la igualdad de oportunidades implica, pues, superar los términos en que ha estado tradicionalmente anclada la relación entre igualdad y especificidad entre los sexos en las condiciones de trabajo. Y esto porque el objetivo perseguido no es la garantía –promoción de situaciones jurídicas o de hecho idénticas, sino la creación de condiciones tales que permitan a los sujetos en sí diferentes, la plena expresión de su potencialidad –referida al trabajo–, y de forma más general, el desarrollo de su personalidad.

Pero además, integrar la perspectiva de la igualdad de oportunidades implica una acción proactiva dirigida a superar desventajas sociales de naturaleza histórica. De este modo, cuando la diferencia salarial en el puesto de trabajo ocupado de forma generalizada por la mujer es consecuencia de situaciones de desventaja socialmente consolidadas –menor educación escolar, escasa formación profesional, reducido acceso a la universidad–, se hacen necesarias acciones dirigidas a conseguir el reequilibrio. En este sentido, las llamadas *acciones positivas* cumplen, dentro de este objetivo general, diferentes finalidades específicas, tales como la eliminación de la desigualdad en la formación, en el acceso al trabajo o en la carrera profesional, entre otras. Pero además, cuando en el mercado de trabajo domina la segregación profesional, existe una tendencia a perpetuar dicha segregación como consecuencia de su influencia en el propio sistema educacional y formativo. Debe, por tanto, romperse esta dinámica de causa-efecto. La formación debe contribuir al cambio estructural del mercado de trabajo, a la superación de situaciones hasta el presente consolidadas y que fundamentan cualificaciones profesionales diferentes y de menor valor en el mercado profesional.

En este sentido, las acciones positivas serán aquellas destinadas a la formación de la mujer en actividades en las que tradicionalmente, o no se haya incorporado,

⁴⁶ Estos sistemas, históricamente, han valorado más la responsabilidad sobre el dinero o el equipamiento sobre las propias personas.

⁴⁷ Algunos ejemplos interesantes: Sistema de Evaluación de Empleos del Consejo Conjunto Nacional del Reino Unido; Evaluación Analítica de Empleos de Suiza; ISOS de España; Método de los pasos hacia la equidad salarial elaborado por el defensor de la Igualdad de Oportunidades de Suecia.

⁴⁸ Muy interesante en este sentido la Ley 1496 de Colombia, por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones que establecen como uno de los factores para evaluar la igualdad salarial, que los criterios respondan a la igualdad de oportunidades.

o esté subrepresentada, en particular en los sectores con mayor futuro y en los niveles de mayor responsabilidad. Así como las que permitan y garanticen el acceso a tales puestos, actividades o profesiones. Vía eficaz para conseguirlo es el establecimiento del sistema de *cuotas* que garanticen la presencia del colectivo menos representado en todos los estamentos, y tanto en el ámbito privado como en el público. Como igualmente se consideran acciones positivas aquellas que promuevan la elección de la mujer a puestos de trabajo de mejor nivel profesional y económico.⁴⁹

La discriminación indirecta

Aunque la finalidad de este estudio es analizar la perspectiva latinoamericana de las medidas dirigidas a la igualdad retributiva, puede resultar interesante una visión más amplia y conceptual, integrando también la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Especialmente, porque en el derecho social europeo, la función de conceptualización y clasificación de las discriminaciones –entre ellas la retributiva– basadas en el género se ha desarrollado en diversos instrumentos y de una forma muy importante por la propia jurisprudencia del TJUE.

La versión formalista de los principios de igualdad y de no discriminación ha quedado ampliamente consagrada en el ámbito latinoamericano mediante importantes textos normativos de carácter internacional⁵⁰, así como por medio de una importante y decidida actividad jurisprudencial.⁵¹ Pero el hecho discriminatorio se esconde generalmente bajo situaciones de aparente neutralidad que encierran un trato desproporcionadamente peyorativo para la mujer. Por ello es determinante analizar no sólo las situaciones más claras y evidentes de la discriminación prohibida, sino también aquellas otras situaciones que dan lugar al trato diferenciado y que suponen una discriminación indirecta.

⁴⁹ Véase, en este sentido, las obligaciones que impone a los poderes públicos en la vía de desarrollar acciones y programas para promover la igualdad salarial, la Ley 1496 de Colombia, por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones.

⁵⁰ En los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José–; en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en las distintas disposiciones de la Convención de Belém do Pará; en el Convenio 111 OIT; y en la CEDAW.

⁵¹ Véase CIDH, Informe de fondo núm. 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra versus Guatemala*, 19 de enero de 2001. Donde la Corte entendió que el Código Civil de Guatemala contenía una situación discriminatoria al asignar responsabilidades y obligaciones exclusivas al varón en el seno del matrimonio, en virtud de su papel como generador de ingresos y, otras diferentes a la mujer, por su papel como esposa, madre y ama de casa.

De este modo, la noción de discriminación indirecta –junto con la discriminación directa, esto es, aquella que hace referencia a normas o prácticas más evidentes, que traen causa en un trato diferenciado con intención abierta de privilegiar al colectivo de los hombres frente al de las mujeres, bien con fundamento exclusivo en el sexo, bien en combinación con otros factores tales como el estado civil o la maternidad y el embarazo– es un concepto legal que vincula los poderes públicos y afecta a las relaciones entre particulares. Téngase presente la importante labor de la CIDH en esta materia y la integración, vía jurisprudencial, del principio de discriminación indirecta en la doctrina latinoamericana, al establecer que el principio de igualdad efectiva y la no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de medidas, aún cuando parezcan neutrales en su formulación, o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado.⁵²

Concepto legal que se caracteriza, en primer lugar, por la existencia de una disposición –entendido de un modo amplio, norma, resolución, decisión, cláusula del convenio colectivo, etc.– en principio indiferente, si bien su utilización supone un impacto desfavorable para personas de un sexo respecto a personas del otro. Y en segundo lugar, por el hecho de que tal disposición no puede justificarse objetivamente, en atención a una finalidad legítima, empleando medios necesarios y adecuados para tal fin. O entendiéndolo en sentido contrario, su justificación objetiva, razonable y proporcional convertirá dicha disposición en apropiada y no discriminatoria.

El modo de determinar la existencia de discriminación indirecta obliga a un juicio comparativo del desigual impacto que la disposición, en apariencia neutra, pueda tener sobre los distintos grupos sociales, sin que en todo caso se exija, que este trato más beneficioso deba ser atribuido única y exclusivamente a uno de los colectivos, si no, más bien, que ésta tenga en la práctica un impacto desfavorable significativamente mayor sobre uno de los grupos en relación con el otro. Es decir, que signifique una desventaja particular de un grupo sobre el otro.

Todo ello va a requerir un especial control judicial cuando se invoque la diferencia de trato basada en circunstancias discriminatorias,⁵³ lo que obliga, no sólo a valorar si esta diferencia de trato puede, en abstracto, tener una justificación objetiva y razonable, esto es, si los medios empleados son adecuados en virtud de una justificación legítima, o necesaria para alcanzar dicha finalidad, sin que, pueda re-

⁵² Caso 12.361, *Gretel Artavia Murillo y otros versus Costa Rica*; 14 de julio de 2010.

⁵³ Interesante la doctrina más avanzada del CIDH sobre la materia, especialmente su reflexión sobre el contenido del principio de igualdad y no discriminación en torno a la prohibición de diferencia de trato arbitrario y la obligación de los Poderes Públicos de crear las condiciones de igualdad reales para aquellos grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas versus Chile*, 17 de septiembre de 2010.

currirse a medidas que supongan un impacto más atenuado sobre el colectivo desfavorecido, sino que por el contrario, el Tribunal deberá analizar si esta medida encubre un trato diferenciado, esto es, si encierra en definitiva un resultado desproporcionadamente diferenciado, un impacto adverso, sobre uno de los colectivos protegidos.

Ejemplo de una norma que produce –o puede dar lugar a– la discriminación indirecta para la mujer es la norma chilena dirigida precisamente a evitar situaciones de discriminación salarial. En la que se dice, después de consagrar el principio general de igualdad de retribución, que “frente a iguales funciones desempeñadas por un hombre y una mujer, es posible asignar remuneraciones distintas, fundándose en criterios objetivos, como pueden ser, entre otros, las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.⁵⁴

Integrar en la propia norma que consagra la igualdad salarial la posibilidad de asignar remuneraciones distintas con base en determinados criterios puede ser un medio que facilite e incentive la desigualdad salarial, porque precisamente, estos criterios aparentemente neutros, si no son observados desde la perspectiva de la discriminación indirecta pueden producir un desproporcionado perjuicio hacia las mujeres, al integrar en el instrumento antidiscriminatorio un posible trato diferenciado en torno a los elementos clásicos que han hecho que las mujeres recibiesen una menor remuneración, esto es, que su trabajo en definitiva es menos productivo o requiere menor responsabilidad, bajo estándares masculinizados de valoración del trabajo realizado.

La discriminación indirecta se configura, por tanto, en torno a tres elementos diferentes pero necesarios para su determinación. En primer lugar, el carácter colectivo del sujeto sobre el que recae el tratamiento perjudicial con base, precisamente, en su pertenencia a un grupo determinado; en segundo lugar, el efecto desproporcionadamente diferenciado que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo; y, en tercer lugar, que el criterio utilizado, que da lugar a los efectos desiguales, no resulte objetivamente justificado.

Estos tres elementos, que deben tenerse en cuenta para la calificación del hecho discriminatorio, han ido depurándose principalmente por la vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,⁵⁵ en el entendimiento de que la existencia de una valoración previa del trabajo de los hombres y de las mujeres

⁵⁴ Véase artículo 62 bis del Código de Trabajo de Chile; Ley 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones; Dictamen número 1187/018, que fija sentido y alcance del artículo 62 bis.

⁵⁵ Pero no exclusivamente, recuérdese la interesante sentencia del CIDH Caso 12.361, *Gretel Artaiva Murillo y otros versus Costa Rica* (fecundación *in vitro*), 14 de julio de 2010, en el que se incluye la doctrina del *impacto específico y desproporcionado* frente a las mujeres de actos aparentemente neutros.

como categorías sociales diferenciadas, es lo que permite el tratamiento desigual de los sujetos en razón del colectivo al que pertenezcan. Y entra de esta forma el concepto de género, ya que la valoración diferenciada del trabajo de las personas, en razón de su condición biológica, es lo que da lugar a la atribución de determinadas aptitudes y funciones que, en cuanto se priman unas sobre otras sin fundamentación suficiente, dan lugar al acto discriminatorio y por tanto, ilícito.⁵⁶

Por tanto, la perspectiva de género ofrece un magnífico criterio para advertir la existencia del acto discriminatorio. Basta someter al impacto de género la decisión, la práctica o la medida, en principio neutra u objetiva de que se trate, para determinar si se vulnera o no, mediante la misma, la igualdad entre mujeres y hombres. Veamos algunos puntos de este aspecto clave.

Sobre el elemento neutro que produce un perjuicio desproporcionado

En cuanto al tipo de elemento en principio objetivo o neutro y, no obstante, que da lugar a un efecto desproporcionadamente perjudicial en el colectivo mujer, la jurisprudencia ha considerado el trabajo a tiempo parcial, la antigüedad, o el vínculo contractual establecido.

Si bien el ejemplo paradigmático de su utilización como vía para producir el efecto adverso ha sido el trabajo a tiempo parcial, respecto al que existe una muy consolidada doctrina del Tribunal comunitario a partir de los años ochenta y que ha culminado, más recientemente, en la STUE de 22 de noviembre de 2012, *Asunto Elbal Moreno*.

En este sentido se ha considerado que van en contra de la Directiva 75/117/CEE⁵⁷ aquellas medidas que suprimen o restringen beneficios a los trabajadores a tiempo parcial, ya que esta medida afecta especialmente a las mujeres.⁵⁸ Cuando un convenio colectivo conceda determinados beneficios a los trabajadores a jorna-

⁵⁶ En todo caso, la Corte Interamericana entiende que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato, sino que diferencia entre *distinciones* y *discriminaciones*, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los Derechos Humanos. CIDH, *Caso Castañeda Gutman versus México*.

⁵⁷ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, refundida en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁵⁸ TJUE de 6 de febrero de 1996, *Caso Lewark*.

da completa.⁵⁹ Cuando se supedita la incorporación de los trabajadores a un plan de pensiones al hecho de que tengan contrato de trabajo cuando el colectivo femenino sea mayoritariamente trabajadores a tiempo parcial.⁶⁰ Cuando en igual situación se les excluye de ciertos beneficios asimilados a las situaciones de incapacidad.⁶¹ O cuando el salario resultase inferior, en cómputo global, del trabajador a tiempo parcial en comparación al realizado por un trabajador a tiempo completo comparable, ya que se partía de una diferente consideración del valor de las horas extraordinarias.⁶²

Otro de los elementos neutros que suele utilizarse comúnmente y que puede producir un efecto desproporcionado respecto al colectivo mujer, es el de la antigüedad. Utilizar el criterio de antigüedad para la fijación de las retribuciones es un factor importante en el mantenimiento de las diferencias retributivas entre los trabajadores y las trabajadoras en cuanto la mujer tiene, por término medio en el conjunto de la Unión Europea, una antigüedad inferior a la de los trabajadores hombres.⁶³

Otro elemento neutro que puede dar lugar a la discriminación indirecta es el tipo de vinculación contractual que une a los sujetos del contrato de trabajo. Así en la STJC de 13 de enero de 2004,⁶⁴ se considera que la exigencia de tener un contrato de trabajo como condición para afiliarse a un plan de pensiones establecido en un colegio, resultaba discriminatoria por razón de sexo al existir un porcentaje mayor de profesoras que de profesores que trabajaban por cuenta propia.

Por último, en la STJUE de 20 de octubre de 2011, *Asunto Brachner*, el Tribunal califica de discriminación indirecta una disposición nacional que implica excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente

⁵⁹ TJUE de 10 de marzo de 2005, *Caso Nikoloudi*: en este caso entendió que existía discriminación en una normativa nacional que reservaba, sólo para las mujeres trabajadoras del servicio de limpieza, la contratación por tiempo indefinido pero a tiempo parcial, lo que suponía la exclusión de ciertas ventajas sociales. De 31 de marzo de 1981, *Caso Jenkins*, en donde se considera la existencia de discriminación indirecta con base en la utilización de criterios porcentuales: *teniendo en cuenta la dificultad que tiene la mujer para desarrollar un trabajo a tiempo pleno*. De 17 de octubre de 1989, *Caso Danfoss*, utilizando, en este caso el dato estadístico: *cuando se cuestione un mecanismo de mejora salarial que no permita al trabajador conocer cual haya sido el criterio de mejora utilizado, la trabajadora no tiene otra forma de probar la existencia de discriminación salarial que comprobando la retribución media femenina y masculina, recayendo, entonces, sobre el empresario la obligación de demostrar que la practica empresarial no ha sido, en realidad, discriminatoria*.

⁶⁰ STJUE de 13 de mayo de 1986, *Asunto Bilka-Faufhaus*, en donde se declaraba que “excluir a los trabajadores a tiempo parcial de un plan de pensiones, es discriminatorio porque afecta sobre todo a las mujeres”.

⁶¹ STJUE de 13 de julio de 1989, *Asunto Rinner-Kühn*.

⁶² STJUE de 6 de diciembre 2007, C-300/06, *Asunto Vob*.

⁶³ STJUE de 17 de octubre de 1989, C-109/88, *Asunto Danfoss*.

⁶⁴ STJUE, C-256/01, *Asunto Allonby*.

más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas, lo que no puede justificarse por el hecho de que las mujeres que han trabajado accedan antes a la pensión de jubilación, o perciban su pensión durante más tiempo.

Conclusión

La desigualdad de género se halla en el corazón mismo del conjunto de desigualdades sociales que configuran nuestro presente. La crisis económica, junto con las desigualdades de naturaleza económicas y la feminización de la pobreza, son expresiones claras del fracaso de la humanidad para imponer una convivencia basada en el respeto de los derechos fundamentales a escala global. Asegurar que el trabajo llevado a cabo por hombres y mujeres sea valorado adecuadamente y poner fin a la discriminación salarial son esenciales para alcanzar la igualdad de género y constituyen elementos claves del objetivo compartido del trabajo decente como instrumento de desarrollo social sostenible.

La incorporación generalizada de la mujer en el mercado de trabajo se está produciendo sin modificar el sistema social basado en la familia y la concepción patriarcal y jerárquica de la misma, lo que está dando lugar a una grave disfunción en el reparto de funciones y unas consecuencias que afectan negativamente al empleo y condiciones de trabajo de la mujer, obligada a compatibilizar, ella misma, las funciones de trabajadora y de responsable de los cuidados familiares. De esta forma, en el mercado de trabajo se reproducen los esquemas sociales tradicionales, lo que ha dado lugar a la segregación profesional por sexos y que supone considerar *a priori* la minusvaloración del trabajo de la mujer y, en consecuencia, el encasillamiento en determinados puestos de trabajo con poca capacidad de promoción y menor salario.

Es más, la nueva dimensión de las normas de género, conserva su sesgo patriarcal al superponer los *viejos* roles femeninos a su *nueva* dedicación laboral, lo que nos permite señalar la persistencia del cuidado familiar y doméstico como cuestión preeminentemente de la mujer, a pesar de que éstas desempeñan una creciente actividad en el ámbito público y de la existencia de políticas específicas para promover la incorporación de los hombres a las actividades del hogar. El reconocimiento de nuevos derechos sociales o la ampliación de los ya existentes, sin a su vez vincular directamente al hombre, produce el efecto contrario a lo que se pretende, ya que sirve para perpetuar los roles sociales de género. Un conjunto de derechos que permite la ausencia al trabajo o la reducción de la jornada, principalmente utilizados por la mujer, puede propiciar que el empresario se retraiga en la contratación de mujeres o que el empleo ofrecido sea de menor calidad –mayor dificultad de promoción, mantenimiento de trabajos de menor cualificación o más

precarios, como el trabajo a tiempo parcial. Y en lo referente a condiciones de trabajo, una repercusión negativa en la retribución ya que, normalmente, serán las mujeres quienes queden fuera de los complementos salariales que van ligados a la productividad, disponibilidad y menor absentismo laboral. A lo que debe sumarse los efectos negativos en el derecho a prestaciones sociales ligadas a una trayectoria larga de cotización.

La superación de la desigualdad salarial por razón de género sólo va a ser posible mediante la integración real y efectiva del principio de transversalidad de la dimensión proactiva de la igualdad de oportunidades. Remover las diferencias de género requiere cambios sociales profundos, medidas valientes y acciones decididas, pero además necesita de un compromiso claro y evidente y de una identificación de las responsabilidades de los poderes públicos en este fin. En este sentido, será necesario un correcto desarrollo normativo, pero también involucrar a los agentes y movimientos sociales en los beneficios e importancia que la igualdad efectiva entre mujeres y hombres representa para el conjunto de la sociedad.

CONCILIACIÓN DEL TRABAJO Y LA VIDA FAMILIAR

Cristina Mangarelli

La irrupción masiva de la mujer en el mercado de trabajo no fue acompañada de cambios en el interior de las familias. Las mujeres –aun cuando trabajen en actividades remuneradas fuera del hogar– siguen teniendo la responsabilidad del cuidado de los hijos menores y de las tareas domésticas. Ello trae aparejado desigualdades en las oportunidades de empleo y en las condiciones de trabajo de las mujeres.

Desde hace años, se vienen señalando las dificultades que tienen las mujeres para conciliar el trabajo y la vida familiar. Sin embargo, los avances en el sentido de suprimir las desigualdades en el empleo que enfrentan las mujeres a raíz de las responsabilidades familiares han sido muy lentos.

Interesa precisar si el derecho del trabajo ha tenido alguna incidencia en el mantenimiento de estas desigualdades de género en el empleo, y si la ley –con un contenido distinto al de antaño– resulta un instrumento adecuado para promover los necesarios cambios.

En este trabajo se analizará la evolución del derecho laboral en materia de conciliación de trabajo y vida familiar, el enfoque actual de esta problemática y los principales problemas y desafíos que presenta esta cuestión. Por último, se hará referencia a las modificaciones recientes en el sistema uruguayo que apuntan a facilitar la conciliación entre trabajo y vida familiar.

El derecho del trabajo tradicional ante el trabajo de la mujer. La protección

El derecho del trabajo, desde sus inicios, protegió a la mujer en el trabajo. Las normas protectoras tomaron en cuenta no sólo consideraciones de tipo biológico sino también de tipo social. La protección especial del trabajo de las mujeres estu-

vo fundamentada en la maternidad, en las diferencias biológicas (constitución física) y en la familia.

De acuerdo con las “costumbres sociales” tradicionales, el trabajo productivo corresponde al hombre y las mujeres son las encargadas del cuidado de los hijos, de la atención de los enfermos en la familia y de las tareas del hogar.

Entre las razones que se exponen para proteger y limitar el trabajo de las mujeres aparecen las argumentaciones de tipo cultural que apuntan a un determinado modelo de familia y a la distribución de roles dentro de la familia y en la sociedad.

Veamos cómo explican los autores en el derecho del trabajo tradicional la protección especial del trabajo de las mujeres.

Al respecto, De Ferrari señala:

El valor social de la familia, la conservación de la especie y su propia naturaleza, más débil que la del hombre, indujeron en todos los países del mundo, a introducir en el régimen común de sus leyes del trabajo, determinadas variantes en beneficio de la mujer, las cuales indirectamente, procuraban favorecer al mismo tiempo a la sociedad y a la especie.¹

Plá Rodríguez distingue las razones biológicas y las sociales que justifican dicha protección particular:

Por razones biológicas, porque el organismo femenino es más débil o menos resistente que el del hombre o, por lo menos, puede serlo en ciertos periodos y porque la mujer es potencialmente madre [...] Por razones sociales, porque la mujer –aunque sea trabajadora y cumpla, como tal, una jornada normal o, incluso, extraordinaria– debe cumplir, además, en su casa, funciones imprescindibles, que se adicionan inexorablemente a las primeras. Las costumbres sociales y, en parte la propia naturaleza de las cosas hacen que sea la mujer la que deba cumplir ineludiblemente ciertas tareas. Por ejemplo, la atención de los hijos, especialmente si son pequeños; el cumplimiento de las funciones asistenciales de la familia –como el cuidado de enfermos y ancianos– y, en general, las tareas propiamente domésticas”. Concluye señalando que a estas razones –que entienden subsisten en la actualidad– hay que agregar que en los inicios del derecho del trabajo el trabajo de la mujer era objeto de mayores explotaciones.²

Barbagelata expresa que además de los hechos biológicos, la normativa considera que:

¹ Francisco de Ferrari, *Derecho del trabajo*, vol. III, Buenos Aires, Depalma, 1970, p. 173.

² Américo Plá Rodríguez, *Curso de derecho laboral*, t. III, vol. I, Montevideo, Idea, 1988, p. 195.

Las obligaciones que por condicionamientos sociales, las madres deben tomar a su cargo o reivindicar para sí.³

Por su parte, De la Cueva, haciendo referencia a la Declaración de derechos sociales de 1917 (México), señala:

En la conciencia de los constituyentes bullían los principios en torno al trabajo de las mujeres anteriores a 1910. Era preciso, se decía, limitar su trabajo para conservar el vigor físico, a fin de que fueran aptas para la maternidad; y por otra parte, convenía defender la familia, su moralidad y sus buenas costumbres, evitando que permanecieran fuera de sus casas durante la noche.⁴

Y De Buen L. menciona a Castán Tobeñas, quien, citando a Spencer, sostiene con relación a las mujeres que:

Es incuestionable que, debido a la preñez y al parto, se hallan en serias desventajas, incapacitadas de tiempo en tiempo y en un grado considerable, de usar las facultades y el poder que tengan. Los pesados deberes de las mujeres, la atención incesante a los niños desde la mañana hasta la noche y día tras día, las ligan más estrechamente al hogar y generalmente limitan su desenvolvimiento individual en mucho grado.⁵

De los párrafos transcritos se aprecia la coincidencia de los autores en admitir que la protección y limitación del trabajo de las mujeres tuvo en cuenta pautas sociales: el “valor social de la familia” (se protegía a la familia si la mujer permanecía en el hogar cuidando a los hijos); las mujeres tienen obligaciones “imprescindibles” que deben cumplir en sus casas por “costumbres sociales” o por “condicionamientos sociales” o por “la propia naturaleza de las cosas”.

El cuidado de los hijos, la atención de los enfermos en la familia y las tareas domésticas eran considerados deberes exclusivos de las mujeres. La familia tiene un valor esencial en la sociedad y dentro de la familia se asigna una función fundamental a la mujer referida a la maternidad, pero también con el cuidado de los niños y otros dependientes familiares.

Como vemos, esta “construcción social”, sobre las tareas que se consideraba sólo debían cumplir las mujeres, vinculaba la maternidad con el cuidado de los hijos.

³ Héctor Hugo Barbagelata, *Derecho del trabajo*, t. II, Montevideo, FCU, 1981, p. 87.

⁴ Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 435.

⁵ Néstor de Buen L., *Derecho del trabajo*, t. II, 12a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 400.

Esta concepción de familia y de la mujer responde al modelo de familia de la burguesía de la segunda mitad del siglo XIX.⁶

La legislación laboral, en sus inicios, priorizó las razones que apuntaban a proteger la maternidad (que incluían no sólo la maternidad, sino también pautas sociales relativas a roles y tareas de hombres y mujeres en la sociedad) y, con ello, favoreció las desigualdades de género contribuyendo a mantenerlas.

No puede perderse de vista además que, la división de los roles de hombres y mujeres en la sociedad obedece a una construcción social que encuentra sustento en la dominación de los hombres respecto de las mujeres.

La segunda etapa: la igualdad en las normas

Se observó, en forma ajustada, que las normas que prohibían o limitaban el trabajo de las mujeres eran en sí mismas discriminatorias.

El derecho del trabajo evolucionó en lo que respecta al trabajo de la mujer, suprimiendo las limitaciones para desempeñar trabajos, restringiendo la protección especial del trabajo de la mujer a la protección de la maternidad.

Dicha evolución tuvo lugar en las normas internas de los países⁷ y en las normas internacionales. Distintos trabajos señalaron que correspondía revisar y eliminar las normas internacionales del trabajo que limitaban la igualdad en el empleo.⁸

Asimismo, diversas normas se aprobaron a nivel nacional e internacional promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo de hombres y mujeres y prohibiendo la discriminación por motivo de sexo.⁹

⁶ Eduardo Caamaño Rojo, "Mujer y trabajo: Origen y ocaso del modelo de padre proveedor y la madre cuidadora", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. xxxiv, Valparaíso, 2010, p. 193.

⁷ Por ejemplo, Uruguay denunció el Convenio Internacional de Trabajo núm. 89, relativo a la prohibición de trabajo nocturno de las mujeres en la industria, y aprobó la Ley 16.045 de 2 de junio de 1989 que prohíbe toda discriminación por motivo de sexo que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos.

⁸ Petra Ulshoefer, "La igualdad de oportunidades y trato para la mujer trabajadora. ¿Ideología o prioridad para la acción?", en *Crítica & Comunicación 7*, Lima, Organización Internacional del Trabajo (OIT)-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 1991, p.5.

⁹ Entre las normas internacionales de fomento a la igualdad pueden mencionarse los Convenios Internacionales del Trabajo: núm. 100, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor; núm. 111, referido a la promoción de la igualdad y la eliminación en materia de empleo y ocupación que prohíbe la discriminación por motivo de sexo, y núm. 156, sobre igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores con responsabilidades familiares. Estos convenios han sido ratificados por Uruguay por Ley 16.063 de 6 de octubre de 1989.

Sin embargo, pese a la igualdad declarada en la normativa, las investigaciones señalaron la existencia de una importante brecha entre la igualdad reconocida en las normas y la realidad.

Los estudios destacaron la persistencia de la desigualdad de oportunidades y de condiciones en el empleo entre hombres y mujeres, incidiendo en la referida desigualdad las responsabilidades familiares a cargo de las mujeres, las que deben “hacer equilibrios” para trabajar y cuidar a la familia.¹⁰ En este sentido, Serna Calvo –en un análisis comparado sobre la regulación del trabajo de la mujer en América Latina (1993)– afirmó que “las tasas de desempleo femenino son superiores a las de los hombres [...] La mujer sigue responsabilizándose de las tareas domésticas y familiares y los ingresos obtenidos por la misma se consideran como un mero complemento de la renta familiar”.¹¹

Estereotipos de género y dificultades de las mujeres para conciliar la vida familiar y laboral

En el mantenimiento de la desigualdad de oportunidades y condiciones de trabajo de las mujeres respecto de los hombres son relevantes los estereotipos de género que tienen que ver con los roles que la sociedad asigna a los hombres y a las mujeres.

Interesa considerar los estereotipos de género para observar su incidencia en las dificultades de las mujeres para conciliar trabajo y vida familiar y con ello en el mantenimiento de la desigualdad en materia de empleo y ocupación.

Tradicionalmente, la sociedad ha asignado distintos roles a los hombres y a las mujeres: al hombre el trabajo productivo y a la mujer el cuidado de los hijos y las tareas del hogar. Los modelos de “hombre proveedor” y “mujer cuidadora” son los que han prevalecido, por lo menos en América Latina.

Ahora bien, pese al ingreso masivo de las mujeres al mercado de trabajo, estos roles se han mantenido en muchos países. Ello ha aparejado desigualdades en el empleo y la ocupación, dado que además del trabajo remunerado fuera del hogar, las mujeres deben trabajar en el hogar. Ello conduce a que busquen trabajos que les permitan conciliar el trabajo remunerado con los “deberes” familiares, y que, como consecuencia, tengan menores oportunidades de acceder y de ascender en determinados trabajos.

¹⁰ Véase, por ejemplo, OIT-Programa de Actividades Sectoriales, *El acceso de las mujeres a puestos de dirección*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, p. 4.

¹¹ María del Mar Serna Calvo, *Regulación del trabajo de la mujer en América Latina*, España, Ministerio de Asuntos sociales/Instituto de la Mujer, 1993, pp. 53-55.

Si bien en la actualidad, los hombres cada vez más colaboran con las mujeres en el cuidado de los hijos y en las tareas domésticas, todavía no existe un reparto equitativo de cuidados y tareas.

Las mujeres enfrentan obstáculos y conflictos —en el trabajo y en la familia— para conciliar el trabajo productivo, el trabajo doméstico y la vida familiar. Con acierto se ha señalado que la vida de las mujeres es “un acto de malabarismo mediante el cual las mujeres tratan de conciliar la supervivencia del hogar con las tradiciones culturales y religiosas que definen el trabajo como territorio exclusivamente masculino”.¹²

La mujer con responsabilidades familiares debe trabajar más que el hombre y se encuentra en una situación de desigualdad en materia de empleo y condiciones de trabajo (acepta empleos que le insumen menos tiempo de labor y, por ende, menor remuneración para poder atender a su familia y realizar las tareas domésticas, las responsabilidades familiares son tomadas en cuenta por los empleadores a la hora de la contratación y de los ascensos, las propias mujeres se establecen un techo en sus carreras teniendo en cuenta las responsabilidades familiares, etcétera).¹³

Me interesa destacar, además, que en algunas sociedades todavía existe una “sanción social” respecto de la mujer que trabaja y se independiza del hombre. Esta sanción social a la mujer que trabaja (sin que tenga necesidad de trabajar para su subsistencia) en determinados estamentos sociales, responde a ideas preconcebidas acerca del papel de la mujer en el interior de la familia. Se mira de mejor modo a la mujer que se queda en el hogar cuidando de los hijos (cumpliendo sus “deberes sociales”) o que dedica menor tiempo al trabajo productivo que “a la mujer que trabaja como el hombre” (no cumple debidamente sus deberes sociales). Estas ideas generan conflictos en la familia (se reclama a la mujer determinado papel y se cuestiona su rol maternal) y conducen a las desigualdades en el acceso y en las condiciones en el empleo mencionadas precedentemente.

En el libro de Julián Marías *La mujer y su sombra*, a mi modo de ver, aparece la referida sanción social a la mujer que trabaja: “La tentación de la mujer en nuestro tiempo, y en ciertos estratos sociales [...] es disminuir o atenuar o regatear su función maternal, cambiarla por otras que le parecen más atractivas o importantes, pero que acaso no lo son”.¹⁴

¹² Kathryn Ward, *Women Workers and Industrial Restructuring*, Nueva York, 1990, citado en Banco Interamericano de Desarrollo (BID), *La mujer en las Américas. Cómo cerrar la brecha entre los géneros*, Washington D. C., BID, 1996, p. 24.

¹³ En este sentido, en el Informe del BID citado se indica que las decisiones sobre el trabajo productivo se encuentran bajo la influencia de las responsabilidades domésticas, p. 24.

¹⁴ Julián Marías, *La mujer y su sombra*, Madrid, Alianza, 1987, p. 90.

Estos patrones culturales inciden en las decisiones que adoptan las mujeres respecto del trabajo remunerado, y en las de los empleadores a la hora de contratar y de resolver acerca de una remuneración o un ascenso.

La situación de desigualdad es mayor cuando se trata de mujeres de bajos recursos que no pueden pagar la ayuda que necesitan para el cuidado de los hijos pequeños y las tareas del hogar. En el caso de las trabajadoras domésticas, las dificultades para conciliar trabajo y vida familiar son mayores.¹⁵

Ahora bien, llama la atención que la diferenciación de roles y de tareas se haya mantenido pese a la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo. Si bien podía explicarse que la mujer se encargara del cuidado de los hijos y de las tareas domésticas cuando el hombre era el único que trabajaba fuera del hogar, en la actualidad no encuentra explicación que se continúe asignando estas tareas en forma exclusiva a la mujer.¹⁶

Pese a los cambios acontecidos en la realidad, se ha observado que el modelo del hombre proveedor sin responsabilidades en el cuidado de la familia se ha mantenido.

Las investigaciones indican que se han producido cambios en los modelos de familias en América Latina y el Caribe. Del modelo tradicional de familia en el cual sólo el hombre trabaja en forma remunerada (hombre proveedor y mujer ama de casa), se ha pasado a un modelo en el que ambos trabajan y aportan ingresos. Y han aumentado las familias que cuentan con jefas de hogar.

Pero se observa que los hombres no han asumido “la corresponsabilidad de las tareas domésticas”, siendo las mujeres las que, además del trabajo remunerado, tienen a su cargo el cuidado de los niños y las tareas del hogar.¹⁷ Sigue existiendo una brecha de género en el uso del tiempo.¹⁸

¹⁵ Véase OIT-Servicio sobre las condiciones de trabajo y empleo, *Trabajo doméstico. Nota de información 6, Mi familia también me necesita, Protección de la maternidad y medidas de conciliación entre trabajo y vida familiar para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, p. 2, disponible en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/-protrav/-travail/documents/publication/wcms_216942.pdf>, consulta: 29 de noviembre de 2013.

¹⁶ En 1996, el BID señaló que “los quehaceres que le corresponden a cada sexo siguen distribuyéndose de una forma tal que las mujeres se encuentran en desventaja a la hora de cosechar el fruto de su esfuerzo. La persistencia de estereotipos que determinan lo que hombres y mujeres hacen y deben hacer impide observar con objetividad los cambios que están ocurriendo en el mundo real”. BID, *La mujer en las Américas...*, p. 21.

¹⁷ *La carga de trabajo remunerado y doméstico de las mujeres supera en una hora diaria la de los hombres*, Cepal, 2007, citado en OIT y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Santiago de Chile, 2009, p. 67, disponible en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-sro-santiago/documents/publication/wcms_180267.pdf>, consulta: 29 de noviembre de 2013.

¹⁸ *Ibid.*, p. 69.

Incidencia de las normas del derecho del trabajo (y de la seguridad social) en la persistencia de la desigualdad

El derecho laboral de los inicios, al regular el trabajo de la mujer mediante una protección especial que incluía limitar el trabajo, tomó en cuenta las tareas que en la sociedad tradicionalmente se asignaron a la mujer (cuidado de los hijos y tareas domésticas), contribuyendo a mantener la situación de desigualdad en el empleo y la ocupación de las mujeres respecto de los hombres.¹⁹

Esta concepción restringida del rol de la mujer en la sociedad que la legislación del trabajo de esa época recogió, ha llevado a Caamaño Rojo a señalar que se trató del “pecado original” del derecho del trabajo.²⁰

La Constitución de Uruguay, todavía hoy, contiene una disposición que da cuenta de la primera etapa del derecho del trabajo en torno al trabajo de la mujer, en la que la protección consistía en limitar el trabajo al igual que el de los menores. El artículo 54 de la Carta establece que el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será “especialmente reglamentado y limitado”.

De todos modos, debe señalarse que, de acuerdo al artículo 41 de la Constitución uruguaya, el “cuidado y educación de los hijos” es responsabilidad de la madre y del padre, reconociendo además que no se trata sólo de un deber sino también de “un derecho” (“El cuidado y educación de los hijos [...] es un deber y un derecho de los padres”), con lo que se sitúa en una concepción moderna de esta cuestión.

La dimensión actual de la cuestión de la conciliación del trabajo y la vida familiar

En la actualidad se ha producido una evolución en la temática de la conciliación del trabajo y la vida familiar, tendiente a promover cambios en los patrones de comportamiento de hombres y mujeres que trabajan, que ya se han incorporado en algunas legislaciones.²¹

¹⁹ La seguridad social también recogió un modelo determinado de familia y una concepción particular acerca del trabajo de la mujer.

²⁰ E. Caamaño Rojo, “Mujer y trabajo...”, en *op. cit.*, p. 195.

²¹ Con relación a las modificaciones en el derecho español para conciliar la vida familiar y laboral, puede verse Raquel Aguilera Izquierdo, “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, disponible en <www.mtss.es>, consulta: 29 de noviembre de 2013.

Los avances en la legislación social respecto de la conciliación de la vida familiar y laboral varían según los países y regiones.²²

En el derecho español, ante la observación de que mediante los poderes públicos no puede imponerse determinados modelos de convivencia familiar, se ha advertido que –aun en dicha postura– deben suprimirse los obstáculos para que, dentro de las familias, las personas tengan posibilidades reales de elección.²³

Veamos algunas de las ideas que hoy se destacan en la cuestión de la conciliación de vida familiar y laboral.

La “corresponsabilidad” de madres y padres en el cuidado de los hijos

En distintas investigaciones y trabajos se viene sosteniendo la idea de la “corresponsabilidad” de madres y padres en el cuidado de los hijos. Con ello se hace notar que el cuidado de los hijos no es responsabilidad exclusiva de las mujeres, sino también de los hombres. Serán necesarios cambios en los modelos de hombres y mujeres que trabajan; para ello, se pretende incidir desde la normativa y de la organización del trabajo.

Entre las propuestas para nuevas políticas de conciliación del trabajo y vida familiar que contiene el informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, se mencionan: modificar la noción de cuidado como responsabilidad exclusiva de las mujeres para redistribuirla entre mujeres, hombres y toda la sociedad; “desmantelar” los modelos del hombre trabajador sin responsabilidades domésticas y mujer como fuerza de trabajo complementaria a la del hombre; promover modelos alternativos de maternidad, paternidad y masculinidad; organizar el trabajo a favor de la corresponsabilidad social.²⁴

²² Véase, por ejemplo, Richard N. Block, Joo-Young Park y Young-Hee Kang, “Droit aux congés et conciliation entre travail et vie familiale dans les pays développés: pourquoi les travailleurs des Etats-Unis sont perdants”, en *Revue Internationale du Travail*, vol. 152, núm. 1, 2013, pp. 146-152. La temática de la conciliación de la vida familiar y laboral presenta menor desarrollo en América Latina. En Uruguay, la idea de corresponsabilidad de las responsabilidades familiares aparece de forma más clara en la reciente Ley 19.161 de 1 de noviembre de 2013, que extendió la licencia por paternidad y reconoció una licencia parental pagada por la seguridad social. Con anterioridad a dicha ley, sólo existía una licencia por paternidad de tres días (el día del nacimiento y los dos días siguientes) a cargo del empleador.

²³ Véase en este sentido R. Aguilera Izquierdo, “Los derechos de conciliación...”, en *op. cit.*, p. 70.

²⁴ OIT y PNUD, *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, 2009, pp. 31-32.

También se ha observado con acierto que el mercado laboral “no está pensado” para personas que tienen responsabilidades familiares.²⁵ El modelo de hombre proveedor, dedicado a su trabajo, implicaba que no asumía responsabilidades familiares, dado que el cuidado de la familia estaba a cargo de la mujer. La problemática para conciliar trabajo y vida familiar la deben enfrentar en el mundo actual los hombres y las mujeres con responsabilidades familiares.

A mi modo de ver, el quiebre más destacado con las ideas del pasado, en este nuevo enfoque de la conciliación de trabajo y vida familiar, lo constituye el concepto de “maternidad” que se propone, por la ruptura que conlleva con costumbres arraigadas y consideraciones sociales e incluso religiosas.

Resulta de interés la propuesta de cambiar el modelo tradicional de políticas en torno a la maternidad hacia la noción de “parentalidad”, en el sentido de que ambos progenitores tienen a su cargo el cuidado de los hijos e hijas.

Asimismo, debe señalarse el relevante papel que tiene el derecho del trabajo en este cambio cultural que se promueve en torno al cuidado de los hijos, desde la legislación laboral. La normativa que recoge estas ideas se presenta como una moderna legislación laboral de protección de la maternidad.²⁶

La consideración del cuidado como “derecho” (a cuidar y a ser cuidado)

También merece destacarse la consideración actual del cuidado como derecho y, por ende, su exigibilidad.

Asimismo, interesa precisar que la titularidad de este derecho no la tienen las mujeres, sino que son titulares de este derecho tanto las mujeres como los hombres. Es decir, titularidad neutra²⁷ de los derechos de conciliación.

Se presenta el cuidado como un derecho de ciudadanía y se postula universalizar la responsabilidad y los recursos para los cuidados.²⁸ Se trata de dos derechos fundamentales: a cuidar y a ser cuidados.²⁹ Y el Estado debe garantizar este derecho al cuidado, diseñando políticas públicas que posibiliten la conciliación del trabajo y la vida familiar y proveyendo servicios de cuidados.³⁰

²⁵ *Ibid.*, p. 74.

²⁶ OIT y PNUD, *Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad*, Santiago, 2013, p. 8, disponible en <<http://www.oitcinterfor.org/publicacion/C3%B3n/trabajo-decente-cuidado-compartido-hacia-propuesta-parentalidad>>, consulta: 29 de noviembre de 2013.

²⁷ *Ibid.*, p. 27.

²⁸ *Ibid.*, p. 19.

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰ *Ibid.*, pp. 20 y 27.

La sociedad debe hacerse cargo del cuidado

En el enfoque actual de la cuestión, se entiende que la seguridad social debe hacerse cargo de los subsidios por cuidados.

Con ello, no se trata sólo de facilitar los cambios en los modelos de hombres y mujeres que trabajan (por ejemplo, las licencias por paternidad y parentales pueden tener mayor extensión si no están a cargo del empleador), sino que dicha solución se apoya en la idea de que los cuidados también son responsabilidad de la sociedad.

La redistribución de las responsabilidades familiares comprende a los hombres, a las mujeres y a la sociedad completa. Se considera que el cuidado es responsabilidad pública y que desde el Estado deben partir políticas de conciliación y corresponsabilidad, por ejemplo, diseñando estímulos para la utilización de los permisos parentales por los hombres.³¹

Medidas que promueven la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos: la licencia por paternidad y la licencia parental para cuidados

Las recomendaciones del informe de la OIT y el PNUD *Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad* para las nuevas políticas de parentalidad que promuevan la corresponsabilidad de los cuidados, refieren a: organizar el trabajo a favor de la parentalidad, conocimiento y sensibilización para el logro de la transformación cultural, y promover el diálogo social y las responsabilidades compartidas.³²

Vemos que se reitera la idea de la necesidad del “cambio cultural”, requiriéndose para ello la información y sensibilización acerca de esta temática.

Asimismo, se recomienda la modificación de la legislación del trabajo para “incorporar” a los hombres en el cuidado de los hijos y de otras personas en la familia, por lo que los servicios de cuidado (guarderías, etc.) y licencias para el cuidado de los hijos no pueden estar asignadas exclusivamente a las mujeres sino también a los hombres.

Por ello, se aconseja el otorgamiento de licencias por paternidad a cargo de la seguridad social, y de licencias parentales (también pagadas por el sistema de seguridad social) que pueden ser utilizadas por padres y madres, con un tiempo “in-

³¹ *Ibid.*, p. 96.

³² *Ibid.*, pp. 92-107.

transferible” para cada uno, y así asegurar que el padre las utilice para el cuidado de los niños.³³

Entre las medidas referidas a la modificación de la organización del trabajo para compatibilizar trabajo y responsabilidades familiares están: flexibilizar los horarios de trabajo y los descansos, admitir permisos para urgencias e instalar guarderías y servicios de cuidados.³⁴

Lucha contra los estereotipos de género

En las dificultades de las mujeres para conciliar el trabajo remunerado y la vida familiar inciden en forma relevante los estereotipos de género acerca del rol de la mujer en la familia y en la sociedad. Por ello, es necesario que acontezcan cambios en las costumbres y condicionamientos culturales.³⁵

Y para ello es esencial la información y la educación. Debe tenerse presente que las mujeres –por lo general y en principio– no conocen las dificultades que deberán enfrentar si deciden trabajar fuera del hogar y tener una carrera además de una familia.³⁶

Quizá una de las cuestiones más importantes en esta temática es la toma de conciencia de que las funciones que se consideraron “imprescindibles” de las mujeres en la familia son ideas preconcebidas, que responden a determinados modelos, que carecen de fundamento y que constituyen prejuicios causantes de desigualdades en el empleo y ocupación. Y de ahí la necesidad de su modificación.

Se requiere informar acerca de esta problemática, capacitar a los actores y educar y formar en los distintos niveles y ámbitos (escuelas, empresas, sindicatos, organismos públicos, etc.) y en general a toda la sociedad.

³³ *Ibid.*, p. 95.

³⁴ Véase OIT, *Trabajo y familia: ¡Compartir es la mejor forma de cuidar!*, La igualdad de género en el corazón del trabajo decente, Ginebra, Oficina para la Igualdad de Género, p. 6. Disponible en <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms103430.pdf>>, consulta: 29 de noviembre de 2013.

³⁵ En un sentido similar, véase OIT y PNUD, *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, p. 42.

³⁶ Como advierte Rossetti, a la mujer se la educa en forma ambigua, no se la educa exclusivamente para ser “dueña de casa” pero tampoco para ser una verdadera trabajadora con lo que ello implica; se la estimula a que tenga autonomía económica pero no se le advierte ni prepara acerca de los obstáculos que encontrará, en *Educación: la igualdad aparente entre los géneros. Informe de la investigación “El papel de los docentes en la transmisión de roles de género”*, Santiago de Chile, CIDE, 1989, citada por Rosario Aguirre, *Sociología y género. Las relaciones entre hombres y mujeres bajo sospecha*, Montevideo, Doble Clic, 1998, p. 80.

El diseño de políticas públicas y su aplicación tienen en esta cuestión un papel preponderante, sin perjuicio de que –como en toda temática en la que se requiere una transformación cultural– también son fundamentales las acciones de los actores del sistema y de la sociedad civil.³⁷

Entre las medidas que en materia de educación se han tomado en algunos países pueden mencionarse la eliminación en los textos y programas de estudio de los estereotipos sexistas, y la capacitación a docentes.³⁸

Los cambios culturales pueden promoverse desde la ley, sin perjuicio de la aplicación en forma complementaria de otros instrumentos, como la negociación colectiva.

La ley como instrumento del cambio cultural

Ante la persistencia de la desigualdad en materia de empleo y condiciones de trabajo de las mujeres, pese a la aprobación de leyes que prohíben la discriminación y establecen la igualdad de oportunidades y de condiciones de trabajo, se sostuvo que la ley no era el instrumento adecuado o que se debían instaurar mecanismos para asegurar la aplicación efectiva de la ley.

Ulshoefer sostiene que el logro de la igualdad real entre hombres y mujeres en el empleo se debe buscar no por la ley, sino por el fortalecimiento de mecanismos que garanticen su aplicación, entre los que menciona: la negociación colectiva, la inspección del trabajo y las oficinas gubernamentales de promoción de la mujer.³⁹

A mi modo de ver, la ley es una herramienta eficaz para promover el cambio cultural en los modelos y modos de comportamiento en general. Por lo que considero que leyes con un enfoque distinto a las del pasado, en materia de conciliación de trabajo y vida familiar, pueden incidir en la modificación de algunos comportamientos y concepciones sociales acerca de las responsabilidades en el cuidado de los hijos (por lo menos en el mediano plazo).

Considero que las leyes que otorgan licencias por paternidad y licencias parentales para ser utilizadas por el padre o la madre del recién nacido en forma alternativa incentivan los cambios culturales en lo que tiene que ver con el cuidado de los hijos pequeños.

³⁷ En los informes de la OIT y PNUD citados se pone el acento en las acciones de los gobiernos, de los sindicatos y empresas, y de la sociedad civil.

³⁸ Véase las medidas en materia de educación en OIT, *El acceso de las mujeres a los puestos de dirección*, pp. 49-56.

³⁹ P. Ulshoefer, “La igualdad de oportunidades...”, en *op. cit.*, p. 7.

Otros instrumentos que promueven el cambio cultural. La negociación colectiva. Los códigos de conducta de las empresas

Otros instrumentos pueden coadyuvar en el cambio de los patrones culturales relativos a las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.

La negociación colectiva en la que sindicatos y empleadores se comprometan a luchar y a tomar medidas contra la discriminación por motivo de género puede complementar la acción de la ley.⁴⁰

Asimismo, no puede perderse de vista que, en la actualidad, es frecuente que las empresas multinacionales adopten en forma voluntaria códigos de conducta – en el marco de la responsabilidad social– en los que se prohíbe la discriminación por motivo de sexo o de género. En dichos códigos, las empresas indican que no se tolerarán prácticas discriminatorias y, en ocasiones, reconocen el derecho a no ser discriminado, extendiendo la prohibición de discriminar a todas las etapas de la relación laboral (ascenso, formación, etc.), en la contratación y en el cese. En muchos códigos también se expresa que las oportunidades en la empresa sólo dependerán de las capacidades de cada trabajador. Estos códigos, una vez comunicados a los trabajadores, pasan a regir las condiciones de las relaciones laborales y de ahí su eficacia y exigibilidad.⁴¹

Las empresas también formulan códigos de conducta para proveedores, que contienen una nómina de derechos laborales mínimos que, por lo general, incluye el derecho a no ser discriminado por motivo de sexo. Si bien en este caso se trata de instrumentos de *soft law*, de todos modos con ellos se logra el respeto del referido derecho en las empresas proveedoras.

El “derecho” de conciliar el trabajo y la vida familiar. Derecho de mujeres y de hombres

En la actualidad, a nivel interno de los Estados y a nivel internacional, se promueve la idea de que las responsabilidades familiares se compartan entre hombres y mujeres. Y se diseñan políticas para apoyar esta concepción.

⁴⁰ En Uruguay, en los últimos años, muchos convenios colectivos acordados en el ámbito de los Consejos de Salarios contienen el compromiso de combatir la discriminación en el empleo por motivo de género.

⁴¹ Un análisis más detallado del contenido de estos códigos de conducta con relación a la prohibición de discriminar y al respeto del principio de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo puede verse en Cristina Mangarelli, *Códigos de conducta. En el marco de la responsabilidad social de la empresa*, Montevideo, FCU, 2009, pp. 60-62.

En esta temática, uno de los avances más significativos ha sido la consideración de la conciliación del trabajo y la vida familiar como “derecho”, cuya titularidad no corresponde sólo a las mujeres, sino a mujeres y hombres.

Este enfoque supone admitir una concepción distinta a la tradicional acerca de los patrones sociales y culturales que asignaban sólo a las mujeres el cuidado de los niños. Su consideración como derecho da lugar a su exigibilidad.

Muchos hombres reclaman hoy este derecho al cuidado de los hijos. Y también se ha visto que los niños resultarán beneficiados con el cuidado compartido de mujeres y hombres.

En este sentido, señala Kurczyn Villalobos, que se trata del reconocimiento del derecho de los hombres para ejercer su paternidad y compartir el cuidado de la familia.⁴²

La conciliación del trabajo y la vida familiar. El importante rol del derecho del trabajo actual

Considero que el derecho del trabajo en la actualidad tiene un importante papel con relación a la conciliación del trabajo y la vida familiar. Ya vimos que la ley y otros instrumentos pueden promover los cambios en los modelos de comportamiento y en las concepciones sociales acerca de las tareas que corresponden “a cada sexo”.

Justamente se trata de “deconstruir”⁴³ conceptos acerca de roles de hombres y mujeres en la sociedad y en la familia, roles y tareas que lejos de estar “en la naturaleza de las cosas” como algunos creían, fueron “construidos” atendiendo a un modelo de familia y de hombres y mujeres dentro de ella que hoy nada tienen que ver con la realidad.

Este importante rol del derecho del trabajo en la temática en análisis ha llevado a algunos a señalar que la conciliación del trabajo y la vida familiar es un nuevo fin del derecho del trabajo del siglo XXI.⁴⁴

Esta nueva legislación o normativa tiene que estar inserta en el campo de las políticas públicas a diseñar.

⁴² Patricia Kurczyn Villalobos, *Derechos de las mujeres trabajadoras*, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura / Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 4. Pone como ejemplo, alternar las licencias para cuidar a un hijo enfermo y el derecho de utilizar guarderías para hijos pequeños. Sin perjuicio de mejorar los servicios de cuidados y guarderías para ser utilizados por trabajadoras y trabajadores. Por lo general, se propone que estas medidas se alcancen por medio del diálogo social. Véase Regina M. A. Galhardi de Pujalt, “Conciliación entre la vida familiar y la vida laboral”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 4, México, UNAM-IIJ, enero-junio 2007, p. 92. En apoyo del diálogo social en esta materia véase OIT y PNUD, *Trabajo decente y cuidado compartido...*, pp. 102-103.

⁴³ Esta expresión está utilizada en OIT y PNUD, *Trabajo decente y cuidado compartido...*, p. 102.

⁴⁴ En este sentido, véase E. Caamaño Rojo, “Mujer y trabajo...”, en *op. cit.*, p. 199.

Licencias por maternidad, por paternidad y parental. El caso uruguayo a partir de la Ley 19.161 del 1 de noviembre de 2013

El sistema laboral y de seguridad social uruguayo ha experimentado algunos cambios partir de la Ley 19.161 del 1 de noviembre de 2013, que se encuentra en la postura de admitir la corresponsabilidad de la madre y del padre (y de la sociedad) en el cuidado del recién nacido.

La Ley 19.161 introduce cambios de significación, entre los que destacan los siguientes: aumenta la licencia por maternidad a catorce semanas,⁴⁵ otorga el subsidio maternal a las trabajadoras no dependientes, concede una licencia por paternidad a cargo de la seguridad social a trabajadores dependientes y no dependientes, y otorga un subsidio “parental” para el cuidado del recién nacido a trabajadores dependientes y no dependientes, que es pago por la seguridad social, para ser utilizado por el padre o la madre en forma indistinta y alternada.

La ley, al admitir la licencia por paternidad y el “derecho” de la madre y del padre a la reducción de la jornada con el consiguiente subsidio para el cuidado del recién nacido, promueve el cambio cultural en lo que tiene que ver con la conciliación del trabajo y el cuidado de los hijos, reconociendo que el cuidado del recién nacido no es tarea exclusiva de la madre.

A continuación, se estudiará el contenido de esta ley en lo que tiene que ver con las licencias por maternidad, por paternidad y parental (para el cuidado del recién nacido).

Subsidio por maternidad

Esta ley concede el subsidio por maternidad pagado por la seguridad social (Banco de Previsión Social) no sólo a las trabajadoras dependientes de la actividad privada, sino también a las trabajadoras no dependientes (si desarrollan actividades amparadas por el Banco de Previsión Social)⁴⁶ y a las titulares de empresas monotributistas.

Se trata de un beneficio de la seguridad social otorgado por primera vez por el sistema general de seguridad social a trabajadoras no dependientes, con lo que se amplía el sistema de protección de la seguridad social. De todos modos, este subsidio sigue estando vinculado al sistema contributivo de la seguridad social.

⁴⁵ Antes de esta ley la licencia maternal era de doce semanas.

⁴⁶ Y si no tienen más de un trabajador subordinado. Deben estar al día con los aportes a la seguridad social.

También reciben el subsidio por maternidad las trabajadoras despedidas si quedaron grávidas durante el amparo al subsidio de desempleo.

La ley aclara que el derecho a percibir íntegramente el subsidio se mantiene aún cuando se suspenda o se extinga la relación laboral durante el periodo de gravedad o de descanso puerperal.

En cuanto al monto del subsidio por maternidad: *a)* en el caso de las trabajadoras dependientes, es el promedio mensual o diario⁴⁷ de las asignaciones computables de los últimos seis meses (más la cuota parte de la licencia, el salario vacacional y el sueldo anual complementario que genere el periodo de amparo), y *b)* en el caso de las trabajadoras no dependientes, es el promedio mensual de sus asignaciones computables de los últimos doce meses. La ley indica que dichos plazos corresponderán a periodos de trabajo efectivo (si ello resulta más favorable para la trabajadora). La ley también asegura un monto mínimo del subsidio por maternidad.

El descanso por maternidad (periodo de amparo al subsidio por maternidad) se extendió por la Ley 19.161 a catorce semanas.

Las beneficiarias deben cesar el trabajo seis semanas antes de la fecha presunta del parto y no pueden reiniciarlo hasta que se cumplan las ocho semanas después del parto. Sin perjuicio de que puedan modificar dichos periodos de licencia (con la autorización correspondiente), pero manteniendo un periodo mínimo de descanso no inferior a catorce semanas.

Si el parto sobreviene antes de la fecha presunta, el descanso puerperal se prolonga hasta las catorce semanas o hasta las ocho semanas posteriores a la fecha de parto prevista si dicho término vence en fecha posterior.

Si el parto sobreviene después de la fecha presunta, la ley establece que el descanso anterior se extiende hasta la fecha real del parto y la duración del descanso puerperal obligatorio no se reduce.

En caso de enfermedad como consecuencia del embarazo o del parto, el descanso prenatal o puerperal se prolonga, percibiendo la beneficiaria un subsidio por enfermedad. La ley dispone que los descansos suplementarios no podrán exceder los seis meses.

Inactividad compensada por paternidad

También, por vez primera, la ley otorga una licencia remunerada por paternidad a cargo de la seguridad social. La Ley 19.161 denomina este “derecho” a ausentarse del trabajo como “inactividad compensada por paternidad”.

⁴⁷ Si es remunerada por día o por hora.

Si bien, desde la Ley 18.345 de 11 de septiembre de 2008, el sistema uruguayo ya contaba con una licencia remunerada por paternidad de tres días en el caso de los trabajadores dependientes de la actividad privada, esta licencia es remunerada por el empleador.

Este periodo de inactividad compensada por paternidad establecido por la Ley 19.161 también comprende a los trabajadores no dependientes que realicen actividades amparadas al Banco de Previsión Social (si no tienen más de un trabajador subordinado) y a los titulares de empresas monotributistas. En ambos casos se requiere que estén al día en los aportes al sistema de seguridad social.

Se excluye del beneficio de inactividad compensada por paternidad a los deudores alimentarios morosos que figuren inscriptos en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones.

La duración del descanso por razones de paternidad establecido por la Ley 19.161 es de un máximo de tres días continuos, iniciándose en el caso de trabajadores dependientes luego de concluida la licencia por paternidad a cargo del empleador. Tratándose de trabajadores no dependientes y de trabajadores monotributistas este descanso se inicia el día del parto.

La ley prevé la extensión de la duración del descanso por paternidad a un máximo de siete días continuos a partir del 1 de enero de 2015 y a un máximo de diez días continuos a partir del 1 de enero de 2016.

En cuanto al monto del subsidio: *a)* en el caso del trabajador dependiente, es el promedio diario de sus asignaciones computables recibidas en los últimos seis meses (más la cuota parte del sueldo anual complementario, la licencia y el salario vacacional correspondientes al periodo de amparo), y *b)* en el caso del trabajador no dependiente, es el promedio diario de las asignaciones computables de los últimos doce meses.

Los periodos de seis y doce meses indicados corresponderán a periodos de trabajo efectivo (si resultan más favorable para el trabajador). La ley también asegura un monto mínimo del subsidio por paternidad.

Para hacer uso de este “derecho”, el trabajador dependiente debe comunicar al empleador –en forma fehaciente– la fecha probable de parto, con un mínimo de antelación de dos semanas (deber de preaviso).

Subsidio “parental” para cuidados

La Ley 19.161 otorga el derecho a la jornada laboral reducida y a percibir un subsidio parental para el cuidado del recién nacido a las trabajadoras (depen-

dientes⁴⁸ y no dependientes⁴⁹) y a los trabajadores (dependientes⁵⁰ y no dependientes⁵¹), para que lo utilicen en forma indistinta y alternada el padre y la madre, luego de terminado el periodo del subsidio por maternidad y hasta que el hijo cumpla cuatro meses de edad.

La ley prevé la extensión del plazo máximo del goce de este subsidio hasta los cinco meses de edad a partir del 1 de enero de 2015, y hasta los seis meses de edad a partir del 1 de enero de 2016.

El horario de labor se reduce durante el periodo del subsidio para cuidados, indicando la ley que no puede exceder de la mitad del horario habitual, ni puede superar las cuatro horas diarias.

El monto del subsidio es la mitad del subsidio por maternidad o de la mitad del subsidio por paternidad.

Sólo se puede acceder a este subsidio si la trabajadora permanece en actividad o amparada al seguro de enfermedad. La ley establece que el subsidio parental es incompatible con la percepción de cualquier subsidio por inactividad compensada.

Como vemos, para el legislador uruguayo el cuidado del recién nacido es responsabilidad de la madre y del padre, y es el sistema de seguridad social el que se hace cargo de los costos de este subsidio.

Si bien este subsidio apunta a tener carácter universal desvinculado de la relación laboral, ya que ampara a trabajadores y trabajadoras dependientes y no dependientes, sigue estando vinculado a la existencia de aportes a la seguridad social (prestación contributiva).

La titularidad de este derecho que comprende el horario reducido y el subsidio por cuidados no la tiene la madre sino ambos padres, lo cual constituye un avance en la materia.

Están presentes en la Ley 19.161 con este subsidio “parental” para cuidados los elementos que en la actualidad se requieren en el concepto de corresponsabilidad social en materia de cuidados (madre, padre y toda la sociedad mediante el sistema de seguridad social), sin perjuicio que se encuentra en la órbita de las prestaciones contributivas.

La ley además pretende impedir que se utilice la reducción del horario de labor en tareas ajenas al cuidado del recién nacido disponiendo que el beneficiario del

⁴⁸ De la actividad privada.

⁴⁹ Amparadas por el Banco de Previsión Social. También las titulares de empresas monotributistas, y trabajadoras despedidas que quedaron grávidas durante el subsidio de desempleo.

⁵⁰ De la actividad privada.

⁵¹ Que realicen actividades cubiertas por el Banco de Previsión Social, y que no tengan más de un trabajador subordinado. También tienen derecho los titulares de empresas monotributistas.

subsidio no podrá desempeñar actividad remunerada durante las horas de ausencia para cuidados.⁵² En caso contrario, se pierde el subsidio.

Es de esperar que –por lo menos– en el mediano plazo, esta Ley 19.161 contribuya a modificar en la sociedad uruguaya los estereotipos de género vinculados al cuidado de los niños recién nacidos.

Conclusión

En sus inicios la legislación del trabajo al proteger y limitar el trabajo de la mujer, se basó en consideraciones sociales y culturales acerca del papel de la mujer en la familia y en la sociedad, contribuyendo a mantener los estereotipos de género y con ello a mantener la desigualdad de oportunidades y de condiciones en el empleo entre hombres y mujeres. Sin embargo, esta tendencia del derecho del trabajo tradicional hoy se ha modificado.

La cuestión de la conciliación del trabajo y la vida familiar tiene en la actualidad una nueva dimensión: su consideración como un “derecho” cuya titularidad no es privativa de las mujeres, sino también de los hombres, así como la idea de que el cuidado de las personas es responsabilidad de mujeres, de hombres, y de toda la sociedad.

Se promueven hoy –desde la legislación– cambios en los patrones culturales, de modo que el cuidado de los hijos no sea sólo tarea de mujeres. La ley es una herramienta adecuada para coadyuvar en los cambios culturales que se requieren, sin perjuicio de que la negociación colectiva u otros instrumentos también intervengan en ello de modo complementario.

Sin embargo, considero que en la cuestión de la conciliación del trabajo y la vida familiar, los avances relativos a que el cuidado de los hijos y las tareas domésticas sean compartidos entre hombres y mujeres serán muy lentos si no se modifican los estereotipos de género. Y para ello la ley no es suficiente.

De muy poco servirá una legislación que conceda una licencia parental para el cuidado de los hijos recién nacidos a cargo de la seguridad social, si luego dicha licencia es utilizada casi exclusivamente por las mujeres.

Es necesario que, además de la ley, se instrumenten medidas eficaces tendientes a modificar los estereotipos de género que asignan a las mujeres en forma exclusiva el cuidado de los hijos y las tareas del hogar.

Para ello se requiere –entre otras medidas– que se encare esta cuestión desde la escuela y se emprendan campañas de información, capacitación y discusión de esta temática en los distintos niveles y ámbitos (empresas, sindicatos, organismos del Estado, sociedad civil y medios de comunicación).

⁵² Tampoco pueden desempeñar actividad remunerada durante el periodo de percepción de los subsidios por maternidad y por paternidad.

¿SUJETOS DE DERECHOS O SUJETADAS A LA SERVIDUMBRE? TRABAJADORAS DEL HOGAR REMUNERADAS EN MÉXICO

Mary R. Goldsmith Connelly

Muchos aspectos del trabajo doméstico remunerado en México se han modificado con el paso de los años: el contenido mismo (debido a la simplificación de algunas tareas, el uso de electrodomésticos y alimentos industrializados, familias más pequeñas); los conocimientos y habilidades que implica (leer y escribir para tomar recados y seguir instructivos, dominio de diversas actividades debido a la menor especialización), y algunas condiciones en las cuales se desarrolla (mayor importancia del trabajo de “entrada por salida”, menos presencia de las empleadoras, quienes ahora a menudo participan en el mercado laboral).

En contraste, existen otras facetas que son más resistentes al cambio: la invisibilización y discriminación a las trabajadoras del hogar;¹ la desvalorización de su actividad; la noción de que el trabajo doméstico es una obligación inherente de las mujeres; las ambigüedades y contradicciones respecto a qué tipo de relación se

¹ El léxico para referir a las y los trabajadores del hogar remunerados ha despertado discusión teórica y política. La Constitución y la legislación laboral en México utilizan el término trabajador doméstico para hacer referencia a ellos, con esto refuerzan la idea de que las amas de casa no trabajan. Esto ha llevado a algunas investigadoras a hablar de trabajadoras del servicio doméstico, trabajadoras domésticas remuneradas o trabajadoras domésticas asalariadas. Hacer mención del salario o la remuneración tampoco resuelve totalmente el problema porque no todas reciben un pago.

En sí, la palabra *doméstica* ha sido rechazada por casi todas las afiliadas de la Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar, porque les remite a la noción de la domesticación, como si fueran animales. En México, con base en una encuesta de opinión entre el sector en el Distrito Federal en el año 2000, algunas organizaciones adoptaron el término “empleada del hogar”, que si bien evita la confusión con las amas de casa, disfraza el estatus de las trabajadoras. En vista de que el nombrarse es un acto político importante, en este texto procuro usar “trabajadora del hogar”.

establece en esta actividad: familiar, de servidumbre, de contrato laboral. Lo que predomina es su caracterización como una relación pseudofamiliar y servil, repleta de acuerdos tácitos, obligaciones y deberes “naturales”, en la cual se subordinan los derechos humanos laborales de las trabajadoras a la dinámica de la vida cotidiana del hogar de sus empleadores. Es un ejemplo de la colonialidad del trabajo, proceso que permite su apropiación mediante su racialización y feminización.² El trabajo del hogar remunerado ejemplifica la desigualdad persistente descrita por Charles Tilly,³ que está arraigada en categorías binarias y asimétricas, mismas que fomentan la explotación y el acaparamiento de oportunidades. Es una desigualdad que perdura a tal grado que se naturaliza y se reproduce no sólo por la violación de los derechos laborales, sino también por medio del uso del lenguaje, la indumentaria, los espacios en la casa y los patrones de consumo. Es una especie de socialización permanente envuelta en relaciones de dominio para las y los miembros del hogar y la trabajadora. De la misma forma, el hecho de contratar a una mujer para la realización de estas actividades confirma la división sexual del trabajo en el interior del hogar.

Debido a lo anterior, se puede afirmar que se ha ignorado en gran medida a las trabajadoras del hogar dentro de la agenda política. Durante las últimas tres décadas, las propuestas para cambiar la legislación laboral que han sido formuladas por algunos grupos de apoyo y organizaciones de las propias trabajadoras, no han prosperado debido al poco eco por parte de las y los legisladores. La reforma laboral aprobada en noviembre de 2012 reafirma la discriminación a las trabajadoras del hogar. Respecto a las políticas públicas, tanto en lo federal como en lo estatal y en mucho menor grado en lo municipal, sólo ha habido unos cuantos intentos de diseñar e implementar acciones enfocadas a esta población, casi todas elaboradas en el presente siglo. En este trabajo se describen y analizan el contenido, la orientación y los alcances de algunas de estas acciones. Se cuestiona si estas acciones se encuentran enmarcadas en un discurso de derechos o de favores, y si éstas contribuyen a socavar la desigualdad persistente y endémica al trabajo del hogar remunerado.

Antes de entrar a la discusión de estas propuestas, se hace una revisión del marco normativo que regula esta actividad y de la evolución y condiciones del trabajo remunerado del hogar en México, así como las respuestas de las trabajadoras a estas condiciones.

² Encarnación Gutiérrez-Rodríguez, *Migration, Domestic Work and Affect. A Decolonial Approach on Value and the Feminization of Labor*, Nueva York, Routledge de 2010, pp. 42-44.

³ Charles Tilly, *La desigualdad persistente*, Buenos Aires, Manantial, 2000.

El marco normativo⁴

El marco jurídico que regula el trabajo doméstico remunerado ha permanecido casi intacto desde la aprobación de la Ley Federal del Trabajo de 1931.⁵ En comparación con la legislación de otros países, la legislación mexicana fue muy avanzada respecto al trabajo del hogar remunerado: se les reconocían los derechos a ser tratadas con consideración; se les otorgaba un día de descanso semanal, vacaciones pagadas, aguinaldo, asistencia médica y el pago de su salario en el caso de una enfermedad no crónica; también se les apoyaba con gastos funerarios y con una indemnización en caso de despido injustificado.⁶ Sin embargo, la ley seguía discriminando a este sector, ya que se les excluyó de manera explícita del derecho a una jornada de ocho horas (y por ende, del pago de horas extras), derecho consagrado para las y los trabajadores domésticos en la Constitución Política de 1917. Otros elementos como la no obligatoriedad de un contrato por escrito (donde se fijan las condiciones y los términos del trabajo); la imprecisión de las características del alojamiento y de los alimentos y la inclusión de la frase, “salvo lo expresamente pactado”, que está en el artículo 131 acerca del monto de la remuneración, han contribuido a que se practiquen abusos en contra de las trabajadoras del hogar. Con el paso de los años les fueron restados los derechos a la reinstalación y el reparto de utilidades; se eximió a sus empleadores del pago de aportaciones para el fondo de vivienda. Asimismo, aunque se asentó que la Comisión Nacional de Salarios Mínimos les debería de fijar un salario profesional, esto nunca sucedió. En las reformas a la ley en 1970, se introdujo el término “trabajador doméstico” en lugar de “doméstico” con el fin de otorgarles el estatus de otros trabajadores; pero en lugar de reconocerles el derecho a la jornada de ocho horas (como otros trabajadores y trabajadoras), se incorporó un artículo en el cual se es-

⁴ En México existen muchos escritos sobre la legislación de previsión social y laboral, así como sobre la jurisprudencia respecto a las trabajadoras del hogar. Considero que un texto muy agudo es: Ileana Moreno Ramírez, “Los derechos fundamentales de las trabajadoras del hogar y sus garantías en México”, *Publicaciones de los Becarios de la Corte*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 150, de 2013, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/150/Becarios_150.pdf>, consulta: 15 de enero de 2014.

⁵ Texto completo expedido el 18 de agosto de 1931, reproducido en Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Origen y repercusiones de la primera Ley Federal del Trabajo: Publicación conmemorativa del cincuentenario de la primera Ley Federal del Trabajo, 1931-1981*, México, 1981, pp. 229-375.

⁶ No se hace mención explícita del día de descanso semanal, vacaciones pagadas, aguinaldo e indemnización en el capítulo XIV: “Del trabajo de los domésticos”; sin embargo, de acuerdo con el artículo 41 de dicha ley, se rigen los contratos (aunque sean verbales) de las y los trabajadores del hogar por las disposiciones generales en cuanto no hayan conflicto con las disposiciones especiales. De acuerdo con ese artículo, teóricamente las trabajadoras del hogar también tenían el derecho a la licencia pagada por maternidad y periodos de lactancia.

tipula que los y las trabajadoras del hogar deben tener suficiente tiempo para ingerir sus alimentos y descansar en la noche. De la misma forma, aunque se suprimió la cláusula de la ley anterior donde se les excluía de la jornada de ocho horas, esto no quiere decir que ahora sí les fuese reconocido este derecho. Más bien, la regulación de los descansos (redactada de manera bastante vaga) fue vista como una alternativa a la regulación de la jornada.⁷ También se introdujeron nuevas obligaciones para las trabajadoras del hogar. Así, la tónica diferenciada entre las obligaciones de las y los empleadores y de las y los trabajadores es sintomática de la desigualdad: mientras que los primeros tienen que abstenerse de todo maltrato, los segundos tienen que guardar respeto. Tanto en la Ley Federal del Trabajo de 1931 como en la versión reformada en 1970, el trabajo del hogar remunerado es tratado de manera separada: en la primera en el capítulo XIV, que consiste en tres artículos dedicados a los “domésticos”; en la segunda, “los trabajadores domésticos” son tema de los 13 artículos del capítulo XIII del título sexto “Trabajos especiales”. En ambos casos, estar dentro de un régimen específico significó: diferenciar para discriminar.⁸

En la reforma laboral de noviembre de 2012⁹ se regulan con más precisión los periodos de descanso incorporados a las reformas de 1970; para las trabajadoras que habitan la casa donde prestan sus servicios, se fija un descanso nocturno mínimo de nueve horas consecutivas y otro de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas. Es decir, es totalmente permisible una jornada de 12 horas. Como “compensación” a esta situación, se amplía el descanso semanal a un día y medio. Esto da como resultado que la jornada semanal de una trabajadora del hogar pueda llegar hasta 66 horas semanales. Además, se define en términos más concretos la calidad de los alimentos y la habitación¹⁰ que son considerados equivalentes al 50% del salario pagado en efectivo. Esta reforma sólo hace referencia a las y los trabajadores que pernoctan en la casa de sus empleadores, dejando fuera a los que no residen en el lugar, quienes conforman la inmensa mayoría de

⁷ En la reforma de 1970 se ampliaron las obligaciones de los empleadores al incluir la asistencia médica en el caso de una enfermedad crónica y se fijaron obligaciones especiales para las y los trabajadores del hogar, entre éstas: cuidar el menaje de la casa y tratar a su empleador, familiares y visitas con consideración y respeto. Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, *Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada. Comentarios, jurisprudencia y bibliografía*, 31a. ed., México, Porrúa, 1977.

⁸ Cabe señalar que estas decisiones fueron tomadas de manera unilateral por parte del lado patronal. En la discusión sobre el proyecto de ley de 1931 y las reformas posteriores, en el diario de los debates de la época, en varios párrafos se hace alusión a que ellos son empleadores.

⁹ “Ley Federal del Trabajo, texto vigente con reformas publicadas”, en *Diario Oficial de la Federación*, 30 de noviembre de 2012.

¹⁰ Se especifica que la parte empleadora tiene la obligación de brindar una habitación (en lugar de un local) cómodo e higiénico para dormir, y alimentación sana y suficiente (este término es menos subjetivo que el de satisfactorio, utilizado en la ley anterior).

esta población. En este sentido, se puede apreciar que las y los legisladores tengan una visión totalmente desactualizada del gremio, conformado por trabajadoras de planta (casi enraizadas en la casa).

Con la adopción de la Ley del Seguro Social de 1943,¹¹ una vez más se discrimina a las y los trabajadores del hogar, al no incluirlos en el régimen obligatorio; porque de acuerdo con la legislación laboral, el empleador ya tenía la obligación de cubrir la atención médica de la o el trabajador del hogar en el caso de enfermedad. Así, quedó totalmente fuera de consideración el acceso a guarderías, pensión y seguro en caso de accidente. Aun así, a partir de 1973 se permite su inscripción voluntaria en el régimen obligatorio. Sin embargo, dado que su registro sólo se podía hacer en periodos eventuales, muy esporádicos, y a iniciativa del/a empleador/a, hubo resultados muy exiguos.¹² Con la reforma de 1995, se restringió la cobertura de las trabajadoras del hogar a las prestaciones en especie de los seguros de riesgos de trabajo y de enfermedades; el de maternidad, y los correspondientes a los seguros de invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.¹³ Se estipuló que la cuota tendría que ser pagada anualmente, suprimiendo así la flexibilidad del esquema anterior. Se abrió el periodo de inscripción a cualquier día del año, lo anterior significó un avance. Sin embargo, al no trastocar la no obligatoriedad de la inscripción y dejar ésta en manos del empleador/a, se mantuvo la idea de que el seguro social (aun en su forma mutilada) es una concesión que el/la empleador/a otorga, en lugar de un derecho.

En la jurisprudencia se invoca el “carácter especial” del trabajo doméstico para justificar la exclusión de las y los trabajadores del hogar de la jornada de ocho horas (inclusive si trabajan de entrada por salida); el pago de horas extras; el sobresueldo por trabajar en días feriados y séptimo día; las cuotas patronales para la vivienda y el fondo del ahorro; y su registro en el régimen obligatorio en el seguro social. Los argumentos proporcionados se remiten al sitio, objetivo, dinámica y “naturaleza” misma de la actividad; las relaciones entre las trabajadoras del hogar y sus empleadores y las consideraciones que tienen las y los trabajadores. Se plantea que debido a que el trabajo doméstico no genera ganancias no está sujeto a la misma normatividad que una empresa, ni a un horario como otras actividades, sino

¹¹ “Ley del Seguro Social”, en *Diario Oficial de la Federación*, 19 de enero de 1943, t. cxxxvi, núm. 16, disponible en <<http://dof.gob.mx/>>, consulta: 2 de septiembre de 2013.

¹² “Reglamento para la incorporación voluntaria al régimen obligatorio del Seguro Social de los trabajadores domésticos”, en *Diario Oficial de la Federación*, 28 de agosto de 1973, reproducido en *Ley del Seguro Social y disposiciones complementarias*, 24a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 322-331. Se discuten los resultados de esta iniciativa en Mary Goldsmith, *Female Private Household Workers in the Mexico City Metropolitan Area*, Connecticut, University of Connecticut, 1990, pp. 475-476.

¹³ “Ley del Seguro Social”, en *Diario Oficial de la Federación*, 21 de diciembre de 1995, disponible en <<http://www.dof.gob.mx/>>, consulta: 2 de septiembre de 2013.

a las necesidades de una familia y por tanto, es discontinuo.¹⁴ Asimismo, se les retiran algunos derechos básicos a cambio de otros “beneficios” reconocidos en la ley, tales como: descansos, hospedaje, alimentos, el pago de atención médica y salario por el/la empleador/a en caso de enfermedad. Sin embargo, estos “beneficios” están sujetos a la buena voluntad de el/la empleador/a.¹⁵ En 2011, se revisó el pago de tiempo extra a las y los trabajadores del hogar “de entrada por salida” en la Suprema Corte de Justicia y se otorgó la facultad de decidir la viabilidad del pago de horas extras a la Junta de Conciliación.¹⁶

La dinámica del trabajo del hogar remunerado

El trabajo del hogar remunerado fue una fuente muy importante de empleo para las mujeres a lo largo del siglo XX y lo sigue siendo hoy en día.¹⁷ A finales del porfiriato, una de cada cinco mujeres ocupadas laboraba en el servicio doméstico; esta proporción aumentó a una de cada tres para inicios de la década de los años treinta. A partir de mediados del siglo XX se inició un descenso en su importancia: en 1950 una de cada cuatro trabajadoras se concentraba en esta ocupación, veinte años después era una de cada cinco, y en 1980, sólo una de cada ocho mujeres ocupadas se dedicaba al trabajo del hogar remunerado. Estas fluctuaciones se relacionan con las alternativas laborales para las mujeres; la composición de las fa-

¹⁴ Para otros trabajadores se considera que el tiempo laboral es el periodo en el cual una persona está a disposición del empleador, pero no es así para las y los trabajadores del hogar. El argumento de que el trabajo doméstico no remunerado no genera valor ha sido cuestionado por muchas feministas desde hace cuatro décadas; este debate se ha agudizado a raíz de la crisis de los cuidados, sin embargo, rara vez se han trasladado estas consideraciones al caso de las trabajadoras del hogar remuneradas.

¹⁵ Esto es particularmente evidente en tres tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia que corresponden a 1948, 1977 y 2005. Amparo directo 5740/47. Adelaida Montañez. 21 de octubre de 1948. Unanimidad. No se nombra el ponente. *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época. Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia. t. XCVIII, p. 675, disponible en <www.scjn.gob.mx>, consulta: 5 de enero de 2013.

¹⁶ “Trabajadores domésticos denominados de entrada por salida. Procedencia del pago de tiempo extraordinario”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro IV, t. 4, enero de 2012, p. 3745. En este caso, de nuevo un punto de contención fue si el tiempo de presencia en el hogar del empleador/a es efectivamente tiempo de trabajo, véase <www.scjn.gob.mx>, consulta: 5 de enero de 2013.

¹⁷ En otros textos he desarrollado con más profundidad la discusión sobre la historia del trabajo del hogar remunerado en México. Entre éstos, *Female Private Household Workers...*; “De sirvientas a trabajadoras del hogar remuneradas. La cara cambiante del servicio doméstico en México”, en Marta Lamas (coord.), *Miradas feministas sobre las mexicanas del siglo XX*, México, Conaculta / Fondo de Cultura Económica, 2007.

milias contratantes y el decrecimiento en la capacidad adquisitiva de los sectores medios.¹⁸ Durante las últimas tres décadas la proporción de mujeres ocupadas que se dedican al trabajo del hogar remunerado se ha mantenido más o menos estable. Lo que sí ha cambiado dramáticamente es la proporción de las trabajadoras del hogar que pernoctan en la casa de sus empleadores. Hace dos décadas aproximadamente una de cada cinco trabajadoras del hogar laboraba y dormía en el mismo lugar; hoy en día, una de cada 20 trabajadoras sigue este patrón.¹⁹ Lo anterior es una modificación muy importante ya que, por un lado, permite discernir la extensión de la jornada laboral, y por otro, otorga a las trabajadoras mayor posibilidad de crear una vida propia al no estar inmersas en la vida íntima y doméstica de sus empleadores.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE),²⁰ una pequeña minoría de los hogares mexicanos —alrededor de 5.5%— contrata a personas para realizar el trabajo doméstico; la mayoría de estos emplea personal de entrada por salida, sólo 0.3% de los hogares cuentan con trabajadoras de planta.²¹ Casi la mitad de los empleadores son del estrato más alto, pero sorpresivamente sólo 28% de los hogares de este estrato emplean trabajadoras del hogar. La conformación de los hogares que contratan a trabajadoras es diversa. 22% de estos tienen un modelo de hombre que labora fuera, mientras la cónyuge no tiene participación laboral. En 33.1% de los hogares ambos cónyuges están ocupa-

¹⁸ Para comparaciones sobre la dinámica del mercado del trabajo del hogar remunerado, véase Janine Rodgers, “Cambios en el servicio doméstico en América Latina”, en María Elena Valenzuela y Claudia Mora (eds.), *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago de Chile, OIT, 2009; *La institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: El trabajo doméstico remunerado*, San Salvador, COMCA/SICA, 2010; Eduardo Arango y Carlos Esteban Posada, “Determinantes de la probabilidad de tener servicio doméstico en Colombia”, ponencia presentada en la Reunión Latinoamericana de la Econometric Society, Santiago de Chile, 28 al 30 de julio de 2004.

¹⁹ De acuerdo con Felicia Marie Knaul, “Behind Closed Doors: Domestic Labor and Domestic Service among Young Female Workers in Mexico” (manuscrito inédito, Banco Mundial, proyecto LSPR XXXX, 1998), en 1991, 31.6% de las trabajadoras del hogar en zonas urbanas en México pernoctaban en la casa de sus empleadores; en 1995, este porcentaje descendió a 21%. En 2012, 6.4% de las y los trabajadores del hogar dormían en la vivienda donde laboraban de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Estadísticas a propósito del día del trabajador doméstico”, Aguascalientes, 30 de marzo de 2013.

²⁰ Al menos que se indique lo contrario, los datos citados en este diagnóstico son del primer trimestre de 2013 de la ENOE, disponibles en la página para la consulta interactiva del INEGI: <<http://www.inegi.org.mx>>.

²¹ Esto significa que hay una población de 1 650 602 de empleadores/as. Probablemente estos no se identifican como tales, en el sentido de estar en un contrato laboral negociado que implica derechos y obligaciones. Hay entidades en las cuales es mucho más común contratar a personal doméstico, en un extremo está el Distrito Federal donde 11.2% de los hogares emplea una trabajadora, y en el otro, Tlaxcala donde es así para 1.1% de los hogares.

dos.²² Efectivamente el hecho de que los dos tengan trabajo es un elemento que contribuye al empleo de una trabajadora del hogar; sin embargo, hay que tomar en cuenta que 92.3% del total de los hogares en los cuales ambos cónyuges están ocupados, NO contratan trabajadoras del hogar y tienen que hacer malabaris-mos para resolver el trabajo doméstico y los cuidados. Como han planteado muchas autoras,²³ la contratación de una trabajadora del hogar va mucho más allá de una decisión de racionalidad económica de pagar a otra persona para lavar, planchar, limpiar, cocinar y cuidar a menores. Figuran poder, estatus, prestigio y distinción.

También existen trabajadoras del hogar que no están registradas en las encuestas oficiales. Lo anterior es debido a que tanto empleadores como trabajadoras contribuyen a su invisibilización. Hay empleadores/as que niegan su presencia-existencia, les consideran como alguien que les “echa una mano” o una trabajadora por cuenta propia. Hay amigos/as y parientes que “ayudan” a cambio de alguna compensación, pero que no se reconocen como trabajadoras del hogar y, sobre todo, los y las menores de edad que bajo la promesa de su manutención y la oportunidad de asistir a la escuela, hacen estas actividades. Es preferible identificarse como una familiar generosa y solidaria o un ahijado protegido y querido que asumir el estigma de ser trabajadora del hogar. En el trabajo del hogar remunerado –igual que en el no remunerado– existe una división sexual. Las mujeres se contratan principalmente para el trabajo doméstico en general (84.2%) y en mucho menor grado para el cuidado de adultos mayores, niños o personas con discapacidad (8.5%); pocas son empleadas como lavanderas y planchadoras (6.2%) y cocineras (1%). 54.1% de los hombres se dedica al trabajo doméstico en general, 40.4% son choferes y 4.9% cuidadores.²⁴ Las actividades de las mujeres,

²² En 23.1% del total de los hogares, el jefe y el/la cónyugue están ocupados.

²³ Mary García Castro, “¿Qué se compra y qué se vende en el servicio doméstico? El caso de Bogotá: una revisión crítica”, en Elsa M. Chaney y Mary García Castro (eds.), *Muchacha, cachifa, criada, empleada, empregadinha, sirvienta y... más nada. Trabajadoras del hogar en América Latina y el Caribe*, Caracas, Nueva Sociedad, 1993; Bridget Anderson, “Just Another Job? Paying for Domestic Work”, en *Gender and Development*, vol. 9, núm. 1, 2001.

²⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Estadísticas a propósito del día del trabajador doméstico”, Aguascalientes, 30 de marzo de 2013, disponible en <<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/domestico0.pdf>>, consulta: 20 de diciembre de 2013.

En este documento del INEGI no se incluye a los jardineros en el grupo ocupacional “trabajadores domésticos” porque no se podía definir con precisión si eran trabajadores por cuenta propia o asalariados. Se supone que las y los trabajadores del hogar son asalariados, no por cuenta propia. El Censo de Población de 2010 reportó que la mayoría de los hombres eran contratados como choferes (48%), y en segundo lugar como trabajadores del hogar en general (45.1%). Calculado con base en Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Perfil sociodemográfico de los trabajadores domésticos remunerados en México 2010*, Aguascalientes de 2012, p. 4.

semejantes a las de las amas de casa y las madres, son menos especializadas y más difusas, en cambio las de los hombres se consideran más calificadas y se acotan con más precisión.

Las y los trabajadores del hogar conforman un grupo ocupacional numéricamente importante. En el primer trimestre de 2013, había 2 269 077 personas empleadas en el trabajo doméstico remunerado en todo el país; esta cifra representa 4.7% del total de la población ocupada; de estas personas, 89.3% (2 026 776) eran mujeres.²⁵ Alrededor de una de cada nueve mujeres ocupadas (11.2%) es trabajadora del hogar remunerada; en contraste, menos de uno de cada 100 hombres ocupados es trabajador del hogar. Sólo el comercio fijo (19.1%) y los servicios personales en establecimientos (11.6%) concentran un mayor porcentaje de las mujeres ocupadas. En comparación con otros empleos, se considera que el trabajo del hogar ofrece ventajas como horarios flexibles, que les permite a las mujeres conciliar trabajo y familia; la posibilidad de obtener mayores ingresos y una cotidianidad menos monótona; pero por otro lado, no se puede negar sus desventajas, como el incumplimiento de derechos, la falta de seguro social y prestaciones, el peso del trabajo y la discriminación.²⁶

Como se puede apreciar en el cuadro 1, el porcentaje de población ocupada que se concentra en el trabajo del hogar remunerado varía por estado. Existe mayor participación en esta ocupación en Tabasco, Yucatán, Veracruz-Llave y Morelos. En contraste, Baja California es la entidad con un porcentaje menor de mujeres ocupadas en esta actividad, seguida por Nayarit, Sinaloa y Durango. En Baja California y Durango, el trabajo fabril absorbe mucha mano de obra femenina; en Nayarit, cobran mayor importancia las actividades agrícolas y de pesca, y en Sinaloa, estas últimas y la manufactura. Las diferencias regionales respecto a la relevancia del trabajo del hogar remunerado, en comparación con otras ocupaciones, reflejan la desigualdad social y económica, las oportunidades de empleo y las costumbres locales respecto a cómo se resuelven los trabajos de la reproducción.

²⁵ Calculado con base en grupos ocupacionales, no el tipo de la unidad económica.

²⁶ Con base en entrevistas realizadas en septiembre de 2009 a integrantes del Centro de Apoyo y Capacitación para Trabajadoras del Hogar en la Ciudad de México y los resultados de estudios recientes llevados a cabo por los institutos de las mujeres de Chihuahua, Oaxaca y Tabasco, citados en la bibliografía.

Cuadro 1. *Población femenina ocupada en el trabajo del hogar remunerado por entidad federativa I trimestre 2013*

	<i>Mujeres ocupadas</i>	<i>Trabajadoras del hogar</i>	<i>Porcentaje de la población femenina ocupada en el trabajo del hogar remunerado</i>
Estados Unidos Mexicanos	18049 745	2 026 776	11.2
Aguascalientes	186 713	19 814	10.6
Baja California	537 428	36 104	6.7
Baja California Sur	126 239	12 683	10.0
Campeche	136 852	16 813	12.3
Coahuila de Zaragoza	441 834	45 681	10.3
Colima	139 103	15 628	11.2
Chiapas	567 105	73 766	13.0
Chihuahua	513 990	52 750	10.3
Distrito Federal	1 778 957	193 574	10.9
Durango	218 352	18 509	8.5
Guanajuato	902 221	104 780	11.6
Guerrero	505 235	49 964	9.9
Hidalgo	419 442	41 242	9.8
Jalisco	1 296 823	139 861	10.8
México	2 274 593	263 536	11.6
Michoacán de Ocampo	679 987	68 792	10.1
Morelos	307 297	42 030	13.7
Nayarit	206 742	17 251	8.3
Nuevo León	748 742	86 390	11.5
Oaxaca	620 563	56 779	9.1
Puebla	953 826	128 281	13.4
Querétaro de Arteaga	272 995	29 099	10.7
Quintana Roo	261 206	26 576	10.2
San Luis Potosí	370 535	37 941	10.2
Sinaloa	467 377	39 711	8.5
Sonora	438 165	41 297	9.4
Tabasco	286 760	48 661	17.0

Tamaulipas	542 874	66 643	12.3
Tlaxcala	194 519	21 357	11.0
Veracruz-Llave	1 087 815	153 667	14.1
Yucatán	378 379	55 371	14.6
Zacatecas	186 887	22 225	11.9

Fuente: Elaboración propia con base en los datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, I trimestre de 2013, INEGI.

Características de las trabajadoras del hogar remuneradas

Las trabajadoras del hogar constituyen un grupo con características sociodemográficas particulares dentro la población de mujeres ocupadas. Éstas tienden a ser ligeramente mayores que las mujeres ocupadas en su conjunto. Un porcentaje superior (27.5%) de aquéllas tienen 50 años o más, en comparación con el total de las mujeres ocupadas (21.7%). Es menos frecuente que las trabajadoras del hogar sean jóvenes, sólo 22.2% tiene menos de 30 años,²⁷ cuando es así para 39.4% de las mujeres ocupadas en su conjunto. Los hombres en esta ocupación son mayores en comparación con las trabajadoras del hogar como de otros trabajadores varones; 34.2% tiene 50 años o más. Parece que esta ocupación ofrece una fuente de ingreso para hombres que ya se han retirado de otras ocupaciones.

La mayoría relativa de las trabajadoras del hogar (47.6%) –ligeramente menos que la población femenina ocupada en su conjunto (51.6%)– vive en pareja. En segundo lugar se encuentran las solteras (29.9%), y en tercero, las que alguna vez estuvieron unidas (22.6%). 29.3% son jefas del hogar.²⁸ En contraste, los hombres que desarrollan esta actividad tienden a estar unidos (66.4%) y con menos frecuencia son solteros (25.6%) o vivieron en pareja con anterioridad (8%).

Al igual que la población femenina ocupada en su conjunto, la inmensa mayoría (79%) de las trabajadoras del hogar son madres. 31% tiene uno o dos hijos/as, y 48% tres hijos/as o más. 21% no tiene hijos, una proporción menos que la totalidad de las mujeres ocupadas (27.4%). Una de cada tres trabajadoras del hogar es madre soltera o no vive en pareja.

Las trabajadoras del hogar alcanzan niveles de instrucción más bajos que la población femenina “ocupada” y que los hombres que se emplean en esta actividad.

²⁷ Esto es sintomático de la menor importancia del trabajo de planta, donde predominan las jóvenes migrantes.

²⁸ Como punto de comparación: 21.9% de las mujeres ocupadas son jefas, y así es para 63.1% de los hombres ocupados y 63.2% de los trabajadores del hogar.

25.8% de las trabajadoras del hogar tienen estudios incompletos de primaria, 35% cursó este nivel en su totalidad, 32.2% terminó la secundaria, y 7% cuenta con estudios medio superior o superiores.

De acuerdo con el Censo de Población de 2010, 7.3% de los trabajadores y 9.6% de las trabajadoras del hogar hablan alguna lengua indígena;²⁹ esta actividad concentra una mayor proporción de hablantes de lenguas indígenas (HLI) en comparación con la población ocupada en su conjunto. Las y los trabajadores del hogar HLI tienden a ser más jóvenes que los no hablantes. En una investigación previa con base en la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos del Hogar (2008), encontramos que las y los HLI tenían niveles educativos mucho más bajos que los demás trabajadores del hogar. Al igual que las mujeres no hablantes de alguna lengua indígena, las HLI se dedicaban sobre todo al trabajo doméstico en general (con mucho más frecuencia que los hombres no hablantes). Los hombres HLI se desempeñaban en primer lugar como trabajadores del hogar en general, y en orden descendiente como cuidadores de casas, jardineros y rara vez como choferes.³⁰ Es decir, si bien se conserva la división sexual del trabajo doméstico, frecuentemente los hombres HLI hacían tareas realizadas por mujeres. Racializados y feminizados, los trabajadores del hogar HLI se distancian del modelo hegemónico de la masculinidad.

Condiciones laborales

De acuerdo con fuentes gubernamentales, tales como la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), la Encuesta Nacional de Ingreso y Gastos de Hogar (ENIGH) y la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México 2010 (Enadis 2010), este trabajo se desarrolla en condiciones injustas respecto a la jornada, el salario, y prestaciones, inclusive peores que las de la población femenina ocupada en su conjunto.

Sólo 0.5% de las trabajadoras del hogar tienen un contrato por escrito; en cambio, una proporción mayor (5.3%) de los hombres que realizan este oficio sí cuenta con ello. Esta situación se encuentra lejos de la que prevalece para las y los trabajadores remunerados en general, en la cual un contrato por escrito rige la relación laboral en un poco más de la mitad de los casos. El trabajo del hogar remunerado es la ocupa-

²⁹ Calculado con base en INEGI, *Perfil sociodemográfico de los trabajadores domésticos remunerados en México 2010*, Aguascalientes, INEGI, 2012, p. 6.

³⁰ Mary Goldsmith y Laura Saavedra, "Los entrecruces sociales de la discriminación: condiciones de las trabajadoras del hogar remuneradas en México" (ponencia presentada en el II Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas, Puebla, 21 al 24 de septiembre de 2010). En esa investigación encontramos que 7.6% de las trabajadoras y 8.4% de los trabajadores del hogar eran hablantes de alguna lengua indígena.

ción en la cual se celebra menos un contrato por escrito. La ausencia de un contrato refuerza la idea de que no son trabajadoras con derechos laborales, sino “miembros de la familia”, “ayudantes” o en el caso de las de entrada por salida, trabajadoras por cuenta propia casi *freelance*. Todo lo anterior limita el cumplimiento posterior de sus derechos (aun restringidos) estipulados en la Ley Federal de Trabajo.

Si bien un poco más de la mitad (53.7%) de las trabajadoras del hogar desarrolla sus actividades entre cinco y seis días semanales, una proporción relevante (34.3%) trabaja menos de cuatro días.³¹ Relacionado con lo anterior, 39.1% tiene una jornada semanal de 24 horas o menos. Estas mujeres trabajan menos días con un tiempo parcial en comparación con la población femenina “ocupada” en su conjunto. No queda claro si esta situación se debe a una falta de demanda por sus servicios o por la carga de trabajo doméstico y cuidado en sus propias casas, sin embargo, parece que se debe al primer factor.³²

En contraste, los hombres de esta ocupación tienden a desenvolverse en condiciones más parecidas a las de las y los trabajadores en general. 60.7% de ellos se emplean entre cinco y seis días semanales, y 19.8% menos de cuatro días semanales. Si bien 23.6% trabaja menos de 24 horas semanales, el 29.1% labora entre 40 y 48 horas.

28.4% de los trabajadores y 10.4% de las trabajadoras del hogar tienen una jornada aún más extensa de 48 horas y 10.3% y 3.0% respectivamente trabajan todos los días de la semana. Esto significa un enorme desgaste que no necesariamente está compensado por el pago de tiempo extraordinario, dado que la jurisprudencia y la misma Ley Federal del Trabajo no les reconocen este derecho; en el caso de que se pague, es común que se considere que es debido a que la empleadora es “buena gente” y no porque es un derecho de la trabajadora.

En el cuadro 2 se observa que las trabajadoras del hogar perciben salarios muy bajos: 35.1% gana un salario mínimo o menos, y 40.8% más de uno y hasta dos salarios mínimos; otro 0.2% no recibe compensación monetaria.³³ Es decir, 76.1%

³¹ De acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional sobre la Discriminación (Enadis), 76.9% de las y los trabajadores del hogar tienen un solo empleador o empleadora. Esta situación tiene ventajas y desventajas: les permite organizar mejor su trabajo; es menos estresante y pesado que trabajar en varias casas porque no tienen que adaptarse a las necesidades de varios/as empleadores/as y pueden distribuir las tareas en varios días. Por otro lado, el tener un solo empleador o empleadora les pueda generar mayor dependencia.

³² De acuerdo con las mujeres que atiendan la bolsa del trabajo del Centro de Apoyo y Capacitación para las Empleadas del Hogar, una organización no gubernamental en la Ciudad de México, hay una falta de demanda; casi todas las empleadoras sólo quieren contratar una persona una vez cada semana e inclusive cada quince días. En la Enadis 2010, muchas trabajadoras se quejaron de la escasez de empleo, sobre todo para personas mayores.

³³ Durante 2013, el salario mínimo fue de 64.76 pesos diarios para Baja California Sur, Baja California, Distrito Federal y varios municipios de Chihuahua, Jalisco, el Estado de México, Nuevo León, So-

de las trabajadoras del hogar percibe dos salarios mínimos o menos. El nivel de ingreso de las trabajadoras del hogar rara vez rebasa los tres salarios mínimos. Definitivamente las remuneraciones de las trabajadoras del hogar NO corresponden a un salario familiar. Esto es particularmente alarmante en vista de que casi tres de cada diez trabajadoras es jefa del hogar. Dada esta situación, se comprende por qué la mayoría de las trabajadoras del hogar dijeron que su principal problema era de índole económico en la Enadis 2010.

Las trabajadoras del hogar ganan mucho menos que los hombres en esta actividad y la población de ambos sexos insertos en alguna actividad laboral. 54.6% del total de mujeres ocupadas, 50.6% de los trabajadores del hogar y 39.2% de los hombres ocupados perciben hasta dos salarios mínimos. 15.2% de los trabajadores del hogar, 18.2% de las mujeres ocupadas, y 26.9% de los hombres ocupados devengan más de tres salarios mínimos. Es notable que los trabajadores del hogar tengan la posibilidad de acceder a ingresos más altos por su condición de género que no les obliga a asumir el trabajo doméstico y los cuidados de su familia. Aun así, sus ingresos quedan muy por debajo de los hombres ocupados en general. Al comparar estos ingresos se aprecian brechas salariales por género y también se nota la desvalorización del trabajo doméstico en general.

Existe una muy ligera correlación entre el nivel educativo y el salario. Por ejemplo, 16.1% de las trabajadoras que tienen estudios incompletos de primaria gana más de dos salarios mínimos, es así para 30.3% de las que han cursado estudios de nivel medio superior y superior. Esto puede reflejar una mayor capacidad para negociar salarios más altos.³⁴ Sin embargo, se debe tener presente que esta capacidad es muy limitada, ya que sólo 4.9% de las trabajadoras con estudios de nivel medio superior y superior acceden a ingresos superiores a 3 salarios mínimos. Sobresale el hecho de que los hombres que son trabajadores del hogar tengan ingresos superiores a los de las mujeres, sin importar su nivel educativo. De los que no han terminado la primaria, si bien 28.1% gana hasta un salario mínimo y 31% más de uno y hasta dos salarios mínimos, 7.2% con este nivel de estudio percibe más de tres salarios mínimos; es decir, un porcentaje superior al de las trabajadoras con estudios medio superior y superior. Es más, 27.5% de los hombres que cuentan con estudios medio superior y superior generan un ingreso mensual superior a los tres salarios mínimos.

nora, Tamaulipas y Veracruz. Fue de 61.38 pesos diarios para el resto del país.

³⁴ De cualquier forma, las mujeres ocupadas en general con estudios medio superior y superior ganan más: 35.7% de éstas perciben más de tres salarios mínimos.

Cuadro 2. Comparación entre población ocupada y trabajadores del hogar por sexo y nivel de ingreso. I trimestre 2013

	Total	Hasta 1 s. m.	Más de 1 y hasta 2 s. m.	Más de 2 y hasta 3 s. m.	Más de 3 y hasta 5 s. m.	Más de 5 s. m.	No recibe \$	No específico
Hombres ocupados	N	2 974 837	6 624 283	6 837 382	5 490 740	2 498 620	2 058 210	3 243 333
	%	10.0	22.3	23.0	18.5	8.4	6.9	10.9
Mujeres ocupadas	N	3 278 320	5 073 805	3 091 062	2 229 030	1 057 288	1 493 066	11 827 174
	%	18.2	28.1	17.1	12.3	5.9	8.3	10.1
Trabajadores del hogar	N	48 933	72 849	63 050	32 676	4 166	741	19 886
	%	20.2	30.1	26.0	13.5	1.7	.3	8.2
Trabajadoras del hogar	N	710 784	827 763	315 243	54 784	4 102	3 381	110 719
	%	35.1	40.8	15.5	2.7	.2	.2	5.5

Fuente: Elaboración propia con base en los datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, I trimestre de 2013, INEGI.

Otro elemento que incide en el monto del ingreso de las y los trabajadores del hogar es el número de días y horas de dedicación. El hecho de contratarse menos días y horas repercute negativamente en su nivel de ingreso. Por ejemplo, 68% de las trabajadoras y 48.5% de los trabajadores del hogar que laboran menos de cuatro días semanales ganan hasta un salario mínimo al mes. 90% de las trabajadoras que tienen una jornada inferior a las quince horas perciben un salario mínimo o menos. Sin embargo, se debe subrayar que no necesariamente hay una correlación entre la jornada y el salario; así, 15% de las trabajadoras del hogar que laboran más de 48 horas semanales ganan un salario mínimo o menos. En vista de que la Ley Federal del Trabajo no establece una jornada máxima para las trabajadoras del hogar, éstas se encuentran totalmente desamparadas en materia del pago de horas extras. Debido a que la Comisión Nacional de Salarios Mínimos no ha fijado un salario para esta ocupación, no hay una base clara para negociar sus salarios.

De acuerdo con los datos de la ENOE para el primer trimestre de 2013, las trabajadoras del hogar ganan en promedio 22.89 pesos la hora, los hombres en esta ocupación perciben salarios superiores a 25.89 pesos la hora. Aunado a lo anterior, hay que tomar en cuenta que los hombres se contratan por más días y horas, lo que les permite acceder a ingresos más altos que los de las mujeres. Sin embargo, estos hombres ganan menos que la población ocupada en general (31.92 por hora para los hombres y 31.26 para las mujeres). Asimismo, los salarios de las trabajadoras del hogar demuestran discriminación por edad, las adolescentes de 14 a 19 años ganan en promedio 18.22 pesos la hora. Los hombres de todos los rangos de edad ganan más que las mujeres.

Sobresalen las diferencias salariales por hora entre entidades y entre los géneros. Para las trabajadoras del hogar, el rango de salarios es desde 13.06 hasta 33.96 pesos y para los trabajadores desde 15.24 hasta 44.76 pesos. Las trabajadoras del hogar tienen mejores remuneraciones en Colima, Nuevo León, Baja California Sur y Distrito Federal, y las peores en Chiapas, Puebla, Hidalgo, Guerrero y Tlaxcala. Para los hombres, los salarios son superiores en Baja California Sur, Sinaloa, Baja California y Tamaulipas, e inferiores en Durango, Hidalgo, Aguascalientes y Chiapas.³⁵

Al examinar los datos para los años anteriores, sí bien hay algunas variaciones, también hay constantes como salarios muy bajos en Chiapas y más altos en Baja California Sur para ambos sexos y Nuevo León para las mujeres. Considero que los salarios tan reducidos en Chiapas son reflejo del racismo y el servilismo que per-

³⁵ Vale la pena notar que no hay una correlación entre los salarios de las trabajadoras del hogar y los de las mujeres ocupadas. Es decir, hay estados donde las mujeres ocupadas tienen salarios promedios más altos, pero las trabajadoras del hogar, no. También se da la situación contraria.

mean la vida laboral, mientras los salarios más altos en el norte se relacionan con las alternativas de empleo.

De acuerdo con el INEGI, 10.7% de las trabajadoras del hogar están en condiciones críticas de ocupación, que consisten en trabajar menos de 35 horas a la semana por razones de mercado, más de 35 horas semanales con ingresos mensuales inferiores al salario mínimo, o más de 48 horas semanales ganando hasta dos salarios mínimos.³⁶ Este indicador es útil para detectar las condiciones extremadamente precarias a las cuales se enfrentan las y los trabajadores del hogar, sobre todo en algunas entidades. En este sentido, se destaca Chiapas donde una tercera parte de las trabajadoras del hogar se encuentran en condiciones críticas de ocupación. Estos casos son aún más alarmantes porque estas condiciones parecen endémicas y no coyunturales.

En el caso de las mujeres que se dedican al trabajo doméstico asalariado, las adolescentes y las jóvenes son quienes experimentan más precariedad: 18.8% de las mujeres de entre 14 y 19 años y 14.5% de las de entre 20 y 29 años tienen condiciones críticas. En contraste, para los trabajadores del hogar, los adultos mayores son quienes están en mayor riesgo; 31% de los trabajadores mayores de 60 años padecen tales condiciones. Así, los trabajadores de entre 40 y 49 (15.7%) y de más de 60 (15.6%) son quienes tienen más frecuentemente condiciones críticas de ocupación.³⁷

Una pequeña minoría de las trabajadoras del hogar tiene prestaciones y acceso a servicios de salud por medio de su trabajo. 73.3% de las trabajadoras carecen completamente de estos beneficios, y sólo 26.4% gozan de alguno, a continuación se enumeran en orden descendiente: aguinaldo, vacaciones con goce de salario, y servicio médico. De las trabajadoras de medio tiempo o menos, sólo 18% tienen alguna prestación. Si bien las trabajadoras que laboran de tiempo completo o inclusive, horas adicionales tienen mayor acceso a prestaciones, sólo 32.9% de las que trabajan de 40 a 48 horas y 34.2% de las que laboran más de 48 horas disfrutan de alguna de ellas.

Es más frecuente que los hombres tengan alguna prestación; 38.6% tiene por lo menos una. Esto tiene que ver con el mayor tiempo de dedicación de los hombres (inclusive 33% trabaja más de 48 horas), pero sobre todo con la condición genérica. En la medida que se laboran más horas se incrementa aún más su acceso:

³⁶ En la definición de “condiciones críticas de ocupación” no se consideran prestaciones ni la existencia o no de un contrato por escrito; si así fuera, casi todos los trabajadores del hogar estarían en tales condiciones.

³⁷ Las mujeres mayores de 60 años de la población de mujeres ocupadas son quienes frecuentemente tienen condiciones críticas: así es para 16.8% de ellas, seguidas por las adolescentes, con 13.3%. El patrón para los hombres ocupados es similar: 17.1% de los de 60 años y más, 14.5% de los adolescentes tienen condiciones críticas.

45.6% y 56.5% de los hombres que tienen respectivamente jornadas de 40 a 48 horas y más extensas tienen alguna prestación.³⁸

Las y los adolescentes y los trabajadores mayores de 60 años se encuentran en desventaja respecto al acceso a prestaciones. Además en el ENIGH de 2008, se nota que las y los trabajadores hablantes de lenguas indígenas, sobre todo los hombres, carecen aún más de prestaciones.

El acceso a guardería o cuidados maternos es casi inexistente para las trabajadoras del hogar; sólo 0.16% lo tiene. Esta situación es muy alarmante si consideramos que 79% de esta población tiene hijos o hijas. Irónicamente, un porcentaje ligeramente superior de los trabajadores del hogar (1.4%) dispone de servicio de guardería o cuidados paternos. Como punto de contraste, 21.8% de las mujeres y 9.6% de los hombres subordinados y remunerados tienen esta prestación.

Las cifras dan cuenta de la violación al derecho humano constitucional de las trabajadoras a la salud: sólo 2.3% tiene acceso a una institución de salud pública, y solamente menos de 0.1% cuentan con un seguro privado para gastos médicos.³⁹ Así es respectivamente para 11.8% y .9% de los hombres en esta ocupación. De nuevo se ven las diferencias de género en el reconocimiento de los derechos.

Tampoco se respeta el derecho a la educación de los menores: de las trabajadoras jóvenes que tienen entre 14 y 17 años, el 64.1% no asiste a la escuela, lo mismo ocurre en 24.7% de los trabajadores de este mismo cohorte de edad.

Existen muchas coincidencias entre lo anteriormente expuesto y la información arrojada por la Enadis de 2010, en la cual también son evidentes las malas condiciones de las y los trabajadoras del hogar y la falta de cumplimiento de sus derechos humanos laborales: 86% no tiene seguro médico, 57% no tiene vacaciones y 46.3% no cuenta con aguinaldo. Se reportó un salario promedio de 500 pesos semanales. Aunado a lo anterior, 19.3% manifestó que su mayor problema es el abuso, maltrato, humillación y discriminación (en plena violación de lo que marca la Ley Federal del Trabajo). La Enadis registra prácticas discriminatorias no tratadas en la mayoría de las encuestas: tal como destinarles a las trabajadoras del hogar comida en menor cantidad o peor calidad (por ejemplo, sólo 56.9% de las trabaja-

³⁸ Como punto de comparación: 34.0% de las trabajadoras y 41.8% de los trabajadores subordinados y remunerados carecen de prestaciones; 51.5% de las trabajadoras y 41.4% de los trabajadores tiene alguna de las tres prestaciones básicas (aguinaldo, vacaciones con sueldo o repartición de utilidades). En este sentido, es notable que se da lo contrario a lo que sucede con las trabajadoras y los trabajadores del hogar.

³⁹ Sólo se consideran a las y los trabajadores que tengan seguro mediante su empleo, mas no a las y los beneficiarios que son asegurados por medio de algún familiar. Es más frecuente que las mujeres sean beneficiarias indirectas, sin embargo, esta dependencia les hace vulnerable en el caso de una separación o divorcio.

doras del hogar comen lo mismo que sus empleadores). Escatimar la comida no sólo es violatorio a la Ley Federal de Trabajo, sino que forma parte de los actos pedagógicos cotidianos que recalcan las diferencias y las jerarquías sociales, en palabras de Bourdieu, el *habitus*. A la luz de lo anterior, las opiniones de las trabajadoras del hogar sobre sus condiciones pueden parecer contradictorias. No obstante la falta de prestaciones, jornadas largas y su inconformidad con su salario, la mayoría dicen ser tratadas con respeto; se aprecia que no necesariamente asocian la noción de respeto a su persona con el respeto a sus derechos. Su noción de respeto gira en torno a la lógica de la economía moral y el cumplimiento de los acuerdos tácitos que forman esta relación de reciprocidad asimétrica. Tienen puntos de referencia “peores” en los cuales no se respetan los acuerdos tácitos entre las partes e impera el abuso físico y psicológico. Es decir, algunas trabajadoras del hogar han internalizado parte del discurso que observamos en la jurisprudencia y la legislación mexicana al conformarse con condiciones discriminatorias.

En resumen: Las trabajadoras del hogar tienen condiciones precarias de trabajo, carecen de contratos legales; a menudo laboran medio tiempo o menos y tienen bajos ingresos. Asimismo, carecen de prestaciones básicas, incluyendo las reconocidas por ley (vacaciones pagadas, aguinaldo); no tienen acceso a guarderías, ni a servicio de salud. Difícilmente pueden compaginar responsabilidades familiares con su vida laboral. Aunado a lo anterior padecen humillaciones y maltrato.

Los hombres que conforman una minoría de quienes se dedican a esta ocupación, también tienen condiciones deplorables. Sólo hay que recordar que uno de cada tres tiene una jornada semanal superior a las 48 horas y que la mayoría tampoco tiene prestaciones. Sin embargo, existe un mayor reconocimiento de sus derechos en comparación con las mujeres.

Las jóvenes, las y los adultos mayores, y las y los indígenas tienen condiciones especialmente indignantes, ganan menos y tienen menos prestaciones. Los grados de explotación y violación de los derechos varían mucho por entidad. Sin embargo, hay que destacar que no existe ciudad ni estado en el cual se respeten los derechos de la mayoría de las y los trabajadores del hogar.

Organizaciones no gubernamentales que trabajan en torno a las trabajadoras del hogar remuneradas

En respuesta a las condiciones deplorables a las cuales han sido sujetadas, las trabajadoras del hogar han formado organizaciones civiles en varias entidades: la Red de Mujeres Empleadas del Hogar en Guerrero, Red de Trabajadoras del Hogar en Morelos, el Colectivo de Empleadas del Hogar de los Altos de Chiapas (Cedach), y con su base en el Distrito Federal, el Colectivo de Mujeres Indígenas Tra-

bajadoras del Hogar (Colmith) y el Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar (Caceh). Además, existen dos organizaciones no gubernamentales de apoyo: el Colectivo Atabal (en el Distrito Federal) y el Centro de Apoyo a Trabajadoras Domésticas Asalariadas (CATDA, Morelos).⁴⁰ La mayoría de estas organizaciones forman parte de la Red Nacional de Trabajadoras del Hogar. En términos numéricos, estas asociaciones aglutinan una pequeña minoría de las trabajadoras del hogar; sin embargo, su irrupción en el escenario público ha representado un resquebrajamiento de la imagen de las trabajadoras de hogar.

Estos grupos han visibilizado las condiciones de las trabajadoras del hogar y su aportación a la sociedad, han promovido y defendido sus derechos y han proporcionado capacitación y otros servicios con el fin de mejorar sus vidas.⁴¹ Al romper con el silencio y manifestar su deseo para el cambio, han jugado un papel fundamental en lo que Joyce Outshoorn⁴² ha definido como el primer paso hacia una política pública. Parten de su experiencia común de sentirse invisibilizadas y discriminadas para denunciar la violación de sus derechos humanos laborales en los medios, foros nacionales e internacionales y materiales de divulgación propia. Estas mujeres resisten ser infantilizadas, al afirmar en reiteradas ocasiones que no son “como de la familia” de sus empleadores, sino trabajadoras. En rechazo a estos términos despectivos que les deshumanizan, se han autodenominado empleadas o trabajadoras del hogar y han reivindicado su profesionalización. Ocupan plazas públicas y muy de vez en cuando, hasta las calles para protestar por sus malas condiciones de trabajo y vida, así como para difundir y reclamar sus derechos (reconocidos o no en la LFT) cada 30 de marzo (Día Internacional de las Trabajadoras del Hogar) y 22 de julio (Día Internacional del Trabajo Doméstico).⁴³ Las trabajado-

⁴⁰ En México se han ensayado modelos de organización en los cuales participan profesionales y trabajadoras del hogar, y otros, en los cuales las trabajadoras fueron impulsadas (y pueden seguir siendo asesoradas) por integrantes de otras ONG, y en su minoría, por mujeres que actualmente o anteriormente han trabajado en casa. Lo que sí es notable es que en la última década las propias trabajadoras del hogar han asumido mayor liderazgo, saliendo así del esquema de los grupos de apoyo de mujeres de otros sectores sociales.

⁴¹ Las trabajadoras domésticas han buscado mejorar las condiciones laborales y de vida en general mediante: la certificación laboral (Morelos, Distrito Federal, Guerrero), la educación básica, la capacitación en derechos humanos y laborales (todas), la colocación (Distrito Federal, Morelos), la divulgación (Distrito Federal, Morelos, Guerrero), un proyecto estatal para seguro (Guerrero), la sindicalización (CACEH y Guerrero) y los derechos culturales (Colmith y CECACH).

⁴² Joyce Outshoorn, “Is This What We Wanted? Positive Action as Issue of Perversion”, en E. Mehan y C. S. Sevenhuijsen (ed.), *Equality Politics and Gender*, Londres, Sage, 1991, p. 106, citada por Eva Martínez Hernández, “Políticas públicas para la igualdad entre los sexos: reflexiones sobre el caso español (1975-1997)”, en Edurne Uriarte y Arantxa Elizondo (ed.), *Mujeres en política*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 214.

⁴³ El 30 de marzo se conmemora la fundación de la Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar en Bogotá en 1988, y el 22 de julio fue elegido en el II Encuentro Feminista La-

ras del hogar han planteado frente al gobierno y la sociedad en general, la necesidad de una reforma laboral en la cual se equiparen sus derechos con los del resto de las y los trabajadores, la ratificación del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos” y el diseño y la implementación de programas que favorecen su acceso a la capacitación, la justicia laboral y el respeto a sus derechos culturales.

De hecho, todas han colaborado en la elaboración de propuestas⁴⁴ para reformar el capítulo 13 del VII título de la LFT, donde se reconocen las especificidades de

tinoamericano (Lima, 1983) como fecha para reivindicar el valor del trabajo doméstico. En años más recientes, las trabajadoras del hogar también se movilizan el 10 de diciembre (Día de los Derechos Humanos) y el 1 de mayo.

⁴⁴ En este sentido, es notable la iniciativa de reforma laboral presentada por la diputada Rosario Ortiz Magallón, en la LX Legislatura del Congreso de la Unión el 22 de noviembre de 2007. Esta iniciativa fue producto de una discusión larga y tendida con las organizaciones de las propias trabajadoras del hogar en las aulas del Congreso; fue excepcional en el sentido de que las trabajadoras se sintieron por primera vez como ciudadanas; como lo dijo una integrante de CACEH: “Jamás me imaginaba entrando a este lugar”. La iniciativa incluyó una definición de las modalidades del trabajo, la reglamentación de la jornada, la fijación de un salario mínimo profesional y además una propuesta de seguridad social que abarca salud, guardería, pensión, maternidad y accidentes en el trabajo. Propuso el término trabajador/a del hogar en lugar de trabajador doméstico. Además se incluyeron derechos culturales. “Que reforma diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de la diputada Rosario Ignacia Ortiz Magallón, del grupo parlamentario del PRD”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2379-I, 8 de noviembre de 2007, disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/nov/20071108-I.html#ini20071108-17>>.

Lamentablemente la iniciativa se quedó en la Comisión de Trabajo y Previsión Social. Lo fundamental de esta propuesta fue retomado después en las iniciativas presentadas por legisladores del PRD, Claudia Edith Anaya Mota, Francisco Hernández Juárez y Margarita Elena Tapia Fonllem. Ninguna de éstas prosperaron. Tampoco fue exitosa una propuesta menos amplia de la diputada Ana Estela Durán Rico. Véase, para detalles: “Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las Leyes Federal del Trabajo, y del Seguro Social, a cargo de la diputada Claudia Edith Anaya Mota, del grupo parlamentario del PRD”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2993-I, 21 de abril de 2010, disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/gaceta/61/2010/abr/20100421-i.html#ini20100421-7>>.

“Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del Diputado Francisco Hernández Juárez, del Grupo Parlamentario del PRD”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2992-IV, 20 de abril de 2010, disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/gaceta/61/2010/abr/20100420-iv.html>>.

“Que reforma los artículos 12 y 13 de la Ley del Seguro Social y el capítulo XIII de la Ley Federal del Trabajo, a cargo del diputado Juan Enrique Ibarra Pedroza, del grupo parlamentario del PT”, *Gaceta Parlamentaria*, año XIII, núm. 3105-II, 28 de septiembre de 2010, disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/sep/20100928-II.html#Iniciativa15>>.

“Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las Leyes Federal del Trabajo, y del Seguro Social, a cargo de la diputada Margarita Elena Tapia Fonllem, del grupo parlamentario del PRD”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 3746-VI, 11 de abril de 2013, disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/gaceta/62/2013/abr/20130411-vi.html#iniciativa2>>.

“Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, a cargo de la diputada Ana Estela Durán Rico, del grupo parlamentario del PRI”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 3226-VI, 23 de

esta actividad (tiempo de disponibilidad, remuneración en especie) y el reconocimiento del mismo piso de derechos de las demás trabajadoras, incluyendo la jornada de ocho horas, pago de tiempo extraordinario, y seguridad social. A continuación, veremos cuáles han sido las acciones respecto a las trabajadoras remuneradas del hogar adoptadas por el gobierno federal y si éstas están enmarcadas en una política de derechos laborales o de una que perpetúa las relaciones coloniales y patriarcales.

Acciones gubernamentales respecto a las trabajadoras del hogar remuneradas

En los últimos 16 años,⁴⁵ el gobierno federal y algunas dependencias a nivel estatal y municipal han propuesto varias acciones focalizadas a las y los trabajadores del hogar. Entre éstas se encuentran la capacitación técnica en el trabajo doméstico; la formación sobre los derechos humanos y laborales; educación básica; previsión social; asesoría jurídica y psicológica; campañas de concientización sobre el valor del trabajo del hogar y para denunciar atropellos a los derechos de quienes lo realizan; programas más integrales que han incluido varios aspectos de lo anterior.

La primera iniciativa a nivel federal se centró en la capacitación de las y los trabajadores del hogar en el marco del Consejo de Normalización y Certificación de Competencia Laboral (*Conocer*).⁴⁶ En 1998 se creó el Comité de Normalización de Competencia Laboral en Servicios Comunales y Sociales, y posteriormente el Subcomité en Servicios Domésticos que tenían a su cargo la elaboración de normas de competencia laboral relacionadas con el trabajo del hogar remunerado.⁴⁷

marzo de 2011, disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/gaceta/61/2011/mar/20110323-vi.html#iniciativa22>>, consulta de todas: 10 de enero de 2014.

⁴⁵ Se examinan las acciones entre 1998 y 2013. Hasta donde tengo conocimiento, previamente no había acciones federales (solamente contadas excepciones a nivel estatal) focalizadas a las trabajadoras del hogar.

⁴⁶ *Conocer* es un fideicomiso creado en 1995 con el objetivo de establecer mecanismos para evaluar las formas en que las personas aprenden a desempeñarse en el trabajo y para otorgarles el reconocimiento a su competencia en el mercado laboral mediante la emisión de un certificado. No estaba dentro de sus funciones la capacitación. Nació en el marco del Programa de Modernización de la Educación Técnica y la Capacitación (PMETYC), un proyecto que contó con el financiamiento del Banco Mundial.

⁴⁷ La discusión sobre la capacitación, evaluación y certificación retoma los resultados de investigación reportados por Mary Goldsmith, Ana Lau Jaiven, Ma. del Pilar Cruz Pérez y Ma. Del Carmen Mejía Argote, en "La incorporación de la perspectiva de género a la política laboral y social: los programas de atención a las empleadas del hogar en México" (proyecto copatrocinado por Indesol y la UAM, diciembre, 2004).

Debido al alto número de mujeres concentradas en el servicio doméstico, hubo una estrecha colaboración entre el *Conocer* y el Programa Nacional de la Mujer.⁴⁸ En total el subcomité emitió cuatro normas: servicios generales de limpieza; servicios de lavado y planchado de prendas del hogar; servicios generales de alimentación y servicios generales de cuidado de niños y niñas.⁴⁹ La elaboración de las normas de competencia laboral en relación con el servicio doméstico fue positiva porque desnaturalizó esta actividad, visibilizó su complejidad e hizo evidente que requiere de cierto grado de calificación.⁵⁰ Sin embargo, existía una contradicción entre la perspectiva del Subcomité que trataba de incorporar la perspectiva de género en sus labores y el marco general de *Conocer*, que conceptualizaba la elaboración de las normas y el mismo proceso de capacitación como parte de la dinámica de un mercado laboral neutro, no sujeto a ningún sesgo.

Se realizaron ensayos en la evaluación y la certificación en las normas de servicios generales de limpieza y lavado y planchado en Aguascalientes, Distrito Federal, Quintana Roo y Zacatecas.⁵¹ No hay plena coincidencia en el número de certificados expedidos entre *Conocer*, los organismos certificadores, los centros de evaluación, y las dependencias locales; sin embargo, se puede calcular que alrededor de unas 200 trabajadoras fueron certificadas entre 2001 y 2002. El año siguiente, la certificación cobró mayor importancia al formar parte de un proyecto del Gabinete Social de la Presidencia.

Sin duda, el proyecto más ambicioso en lo que va del siglo XXI fue el Programa para el Desarrollo Integral de los Trabajadores Domésticos. Surgió en 2002 a partir de una comunicación de Xóchitl Gálvez, entonces jefa de la oficina de representación de la Presidencia de la República para la atención a pueblos indígenas, en la cual expresó al presidente de la República, Vicente Fox Quezada, su preocupación

⁴⁸ Congruente con la política general de *Conocer*, este subcomité incorporó a representantes de trabajadoras y representantes de empleadoras del hogar; en el primer caso, el Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar (CACEH), el Colectivo Atabal, la Casa de la Trabajadora Doméstica, A. C. (CATDA), Mujeres Trabajadoras Unidas A. C. y la Asociación Nacional de Trabajadoras Domésticas, y en el segundo, la Federación Nacional de Amas de Casa.

⁴⁹ Las normas sobre servicios de limpieza y las de lavado y planchados fueron emitidas originalmente sólo en función del trabajo del hogar; en 1999 fueron reformuladas en términos más generales para propiciar la movilidad laboral a hoteles, lavanderías y otras empresas.

⁵⁰ No se propuso una norma general que abarcara todas las competencias, y por tanto fue congruente con el planteamiento de CATDA, Atabal y CACEH, que la profesionalización implicaba cierto grado de especialización.

⁵¹ En el Distrito Federal, la capacitación y evaluación en las normas laborales estuvo a cargo del Hogar de la Joven Vicenta María, que pertenece a religiosas de la congregación de la Inmaculada Concepción; éste contó con el apoyo de la Secretaría de la Mujer y el Servicio de Empleo del Distrito Federal. En Zacatecas y Quintana Roo se capacitaron muy pocas personas, en la primera entidad con el apoyo del Instituto Zacatecano de la Mujer y en la segunda, por el Hotel Mayab Princess para personal de su empresa.

en torno a la ausencia del tema de las y los trabajadores del hogar en las políticas públicas. Lo anterior dio lugar a que el presidente Fox encargara a su Gabinete de Desarrollo Humano y Social⁵² realizar un estudio sobre el aseguramiento de las y los trabajadores domésticos de hogar con el fin de proveerlos de servicios públicos básicos.

El grupo de trabajo propuso mejorar la situación de las y los empleados del hogar, respecto a sus necesidades económicas, la atención a sus hijos, la inestabilidad en el empleo y el abuso de las/los empleadores. Formuló un plan de acción a partir de las cuatro vertientes de la estrategia de política social *Contigo* (capacidades, oportunidades de ingresos, patrimonio y protección social). Esto se tradujo en la capacitación, la evaluación y la certificación en dos normas técnicas de competencias laborales reconocidas por *Conocer* (los servicios básicos de limpieza en el hogar y lavado y planchado de prendas del hogar); la distribución del módulo “Tu casa, mi empleo” mediante los círculos de estudios para educación para adultos del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos-Consejo Nacional de Educación para la Vida y el Trabajo (INEA-Conevyt),⁵³ la inscripción de las trabajadoras del hogar al Seguro Popular y la creación de patrimonio por medio del Banco de Ahorro Nacional y Servicios Financieros (Bansefi). Fueron consultadas organizaciones de la sociedad civil que trabajaban con empleadas del hogar tales como el Colectivo Atabal, A. C. y el Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar (CACEH), sin embargo, estas opiniones no necesariamente fueron tomadas en cuenta.

El 1 de abril de 2003, el secretario técnico del Gabinete de Desarrollo Humano y Social de la Presidencia de la República, Alejandro Ramírez Magaña hizo la primera presentación pública del “Programa para el desarrollo integral de los trabajadores domésticos” dentro del foro: “Dale la mano a tus manos, propuestas para dignificar el trabajo doméstico”; en aquella ocasión se enfatizó la capacitación labo-

⁵² Participaron las siguientes dependencias del Gabinete de Desarrollo Humano y Social: la Secretaría de Desarrollo Social, Secretaría de Trabajo y Previsión Social, la Secretaría de Salud, la Secretaría de Educación Pública, el Instituto Nacional de las Mujeres, el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. A éstas se sumaron el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

⁵³ El módulo incluía un libro de texto (con una unidad sobre derechos), manuales sobre limpieza, lavado y planchado, manipulación de alimentos y primeros auxilios; una revista y pliegues sobre temas diversas y un directorio de organizaciones de apoyo. Los contenidos del módulo fueron trabajados en colaboración con organizaciones sociales: Centro de Apoyo y Capacitación para Empleadas del Hogar, el Colectivo Atabal, el Colegio Alhucema, el Hogar de la Joven Vicente María, el Centro de Apoyo a Trabajadoras Domésticas, Instituto de Investigación y Familia y Población. Cuando se empezó a utilizar el módulo, estuvo incluido en el conjunto de temas sobre familia; ahora ya está en la temática “Mi negocio”.

ral y la corresponsabilidad entre empleadas y empleadores, y afirmó que la novedad del programa consistía en tener una sola sede logística donde las beneficiarias tendrían capacitación, educación, asesoría de salud y protección financiera, así como la plaza comunitaria del INEA-Conevyt. Si bien se hacía referencia a que habría que reformar la legislación laboral, esta propuesta no fue concretada, ni tampoco se precisó en qué consistiría la dignificación del trabajo doméstico. El foro fue orientado en gran medida por una visión idealizada del hogar y la familia y una valoración moral del trabajo del hogar.⁵⁴ El mismo nombre del foro transmite la idea de que los empleadores fueron invitados a “ayudar” a sus “manos”, evocando la metáfora de que la familia es como un cuerpo, donde el amo era la cabeza y el resto de sus integrantes, sus miembros. Ramírez adelantó que después de replicar la experiencia piloto en Aguascalientes en las localidades de Pachuca, Morelia y Zacatecas, se lanzaría el programa a nivel nacional en 2004.⁵⁵

Se realizó el programa piloto a inicios de 2003 en el estado de Aguascalientes por tener experiencia previa en la certificación en las normas de limpieza general y servicios de lavado y planchado, y a finales del mismo año se echó andar el programa en Morelia.⁵⁶ En Aguascalientes y Michoacán, los resultados quedaron cortos: en el primero, se logró la certificación de aproximadamente 500 personas en las dos normas, lejos de la meta de 1 200 trabajadoras certificadas (aproximadamente 10% del total de trabajadoras del hogar de la entidad) y en Michoacán, donde se tenía proyectado la certificación de 500 personas, no se certificó a ninguna

⁵⁴ María O. Reyes Córdova, entonces directora general de Equidad y Género de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, ejemplifica en su ponencia la orientación de dicha dependencia respecto a la familia, el trabajo doméstico y las relaciones de género: “Cuando hablamos de trabajo doméstico, ante todo nos referimos a ese espacio sagrado, el hogar. Ese lugar donde están presentes nuestros principales valores”. Y con referencia a las trabajadoras, dijo: “Ese trabajo que se realizaba no solamente con competencias laborales, sino además con un amor especial para realizarlo, quien cuida a los hijos ahora”. Al preguntarse qué es lo que una empleadora espera de una trabajadora del hogar, Reyes responde: “Que sepa, y puede hacer las cosas con el amor y la calidad que ella lo haría en su casa. Espera que atienda y pueda participar en la formación de sus hijos como ella lo haría, que pudieran hacer de comer y limpiar la casa con el amor y el detalle como ella lo haría. Espera de la empleada doméstica un trabajo competitivo y un trabajo de calidad”. María O. Reyes Córdova, “Análisis y diagnóstico de la situación actual de las personas y el trabajo de los empleados del hogar”, en *Dale la mano a tus manos. Propuestas para dignificar el trabajo doméstico*, México, STPS, 2003, pp. 18-20.

⁵⁵ Alejandro Ramírez Magaña, “Programa para el desarrollo integral de los trabajadores doméstico”, en *Dale la mano a tus manos. Propuestas para dignificar el trabajo doméstico*, México, STPS, 2003, pp. 37-42.

⁵⁶ En Aguascalientes, los organismos estatales encargados del programa fueron el Instituto para la Educación de las Personas Jóvenes y Adultos (INEPJA) y el Servicio Estatal de Empleo (SEE), y en el segundo, el Instituto de la Mujer con la Secretaría de Desarrollo Social y el INEA, Conalep, ICATMI, SEEM. En ambos casos, se suscribieron a un convenio las autoridades federales y estatales. Fueron dotados de recursos federales para la evaluación y certificación y las participantes fueron becadas.

debido a que *Conocer* suspendió sus funciones en diciembre de 2003.⁵⁷ Además, hubo muy poco interés por parte de las trabajadoras del hogar en el Seguro Popular debido a los costos y en el ahorro de patrimonio por los bajos salarios de las trabajadoras del hogar.

A finales de 2003, se reestructuraron las cuatro vertientes del programa: acciones para promover el desarrollo integral de las trabajadoras del hogar; acciones para difundir la valoración del trabajo doméstico; análisis y prospectiva respecto a cambios legislativos y el contacto con organizaciones de la sociedad civil. Se le renombró como *Valora* por su énfasis en la valoración del trabajo del hogar, tanto remunerado como no remunerado. Se dio mayor énfasis a la educación para la vida con la elaboración del módulo “Tu casa. Mi empleo”, y la certificación laboral fue desplazada por los contenidos de capacitación más generales en este módulo. Asimismo, se entabló una relación más estrecha con las organizaciones civiles, quienes impartieron talleres sobre derechos laborales en Michoacán y en el Distrito Federal;⁵⁸ de hecho, se promovió la afiliación a estas organizaciones. La campaña en torno a la valoración del trabajo del hogar –a cargo del Instituto Nacional de las Mujeres– dio mayor prioridad al trabajo del hogar no remunerado. Este programa consistió en la publicación de *spots* en los medios y carteles con el lema: “Trabajo doméstico. Todos tenemos mucho que hacer”; sin embargo, debido a su ambigüedad solamente contribuyó a la invisibilización de las trabajadoras del hogar.

Debido a los costos de la certificación, el alcance muy limitado de las metas del número de personas certificadas y el bajo registro en el seguro familiar y en el esquema de ahorro patrimonial, la estrategia *Valora* fue abandonada. Dentro de la evaluación que hicimos del programa, encontramos problemas en su conceptualización, objetivos y operación. Existían ambigüedades respecto a quién era una trabajadora doméstica y el carácter del mismo trabajo. Se reivindicaba el valor del trabajo doméstico, sin embargo se mantenía intacto el marco legislativo que discriminaba a las trabajadoras del hogar. De hecho, *Valora* no fue orientada por los derechos laborales, sino por la noción del desarrollo integral de las personas participantes que podrían acceder al Seguro Popular y ahorro con miras al retiro, no como derechos derivados de su condición de trabajadora, sino por pertenecer a un sector pobre de la población. El programa tampoco contaba con presupuesto

⁵⁷ Esto se relacionó con el retiro de su financiamiento por parte del Banco Mundial de acuerdo con Lourdes Álvarez Medina y Claudia de la O Pérez, “Evaluación y certificación de competencias laborales en México. El caso de las dependencias del gobierno federal”, *Contaduría y Administración*, núm. 216, mayo-junio de 2005, p. 18. Cuando suspendió sus actividades cedió sus derechos y obligaciones a la SEP; en abril de 2005 se hizo un nuevo fideicomiso y a partir de julio del mismo año, la SEP le cedió los derechos para operar los Sistemas Normalizado y de Certificación de Competencias Laborales.

⁵⁸ El Distrito Federal no se incorporó propiamente a *Valora*, sin embargo, fue sede de capacitación laboral y de círculos de estudio que utilizaron el módulo “Tu casa. Mi empleo”.

propio, lo que limitó la posibilidad de planeación y cumplir con las metas establecidas.

A finales de la administración de Vicente Fox, el programa de capacitación, evaluación y certificación fue asumido por la organización Estudios de Administración Aplicada, A. C. (Edac); ésta que guardaba cercanía con el *Opus Dei*, diseñó materiales para la capacitación, incluyendo la publicación de cuatro manuales y un video que les permitiría a las trabajadoras estudiar y hacer las prácticas en el hogar de sus empleadores.⁵⁹ Edac planteó que la capacitación debería de ser encaminada a que el trabajo doméstico se profesionalizara, tanto de la trabajadora como del ama de casa. Este programa partía de la premisa de que el hogar debería de funcionar como una “verdadera pequeña empresa”, cuyos recursos humanos, temporales, económicos, espaciales y materiales deberían de ser administrados con responsabilidad y compromiso.⁶⁰ Las relaciones laborales se traducen en trabajar en equipo, fomentar una buena comunicación y buscar la ayuda mutua. Se consideran el sueldo, los horarios, descansos, prestaciones y funciones al inicio de la relación dentro del discurso de la buena comunicación humana, más no dentro de un discurso de derechos. El Centro Capacitador y Evaluador de Edac fue inaugurado en 2005, en las instalaciones anteriores de una escuela del *Opus Dei*, Alhucema. En este lugar se ofreció un diplomado en Administración de Recursos y Servicios a amas de casa y la capacitación y evaluación para personal profesional del servicio. Posteriormente se cerró este centro, y con el giro en la orientación de *Conocer* hacia los estándares de competencia, en lugar de las normas técnicas de las competencias laborales, Edac dejó de funcionar como un centro de evaluación.⁶¹

La capacitación para las trabajadoras del hogar es una propuesta que ha ganado muchos adeptos—incluyendo dependencias gubernamentales— en América Latina en la última década. Habrá que verla con una mirada crítica. Desde hace años, el *Opus Dei* ha organizado cursos de profesionalización del servicio doméstico como un medio hacia la perfección laboral y la santificación. La socióloga Mary Ro-

⁵⁹ En otras palabras, se perdió uno de los elementos positivos de la capacitación, la participación en un espacio de sociabilidad donde se podía hablar sobre las condiciones laborales.

⁶⁰ Se plantea que por los cambios en la sociedad, ahora toda la familia tendría que participar en su funcionamiento, pero es la mujer como esposa, madre y ama de casa quien es “directora de la empresa hogar”. Cabe señalar que uno de los manuales versa sobre la administración de recursos del hogar, considerado como el fundamento para las demás actividades y como una nueva competencia para la certificación. Sus manuales están dirigidos al binomio de la “trabajadora profesional del servicio doméstico” y a la ama de casa “directora del hogar”. Las ideas presentadas en estos manuales están más desarrolladas en la serie *Ser mujer hoy*, publicado por Trillas, en la cual se celebran las “virtudes femenina” frente a estos retos. Reafirma como fundamentos de la sociedad: la familia y el matrimonio, ambos fincados en la relación hombre-mujer.

⁶¹ Cabe señalar que actualmente en *Conocer* no hay estándares de competencia directamente relacionados con el trabajo del hogar remunerado.

mero argumenta que las propuestas en torno a la profesionalización del trabajo del hogar están arraigadas en la idea de que el problema de las trabajadoras del hogar reside en las características propias de las trabajadoras domésticas y no en las condiciones del trabajo del hogar remunerado.⁶² Se espera que mediante su capacitación, una trabajadora acumule capital humano, y así podrá acceder a tener un mejor desempeño en su trabajo y por ende mejores salarios, o inclusive tener acceso a otra ocupación. Como señala Luis Reygadas,⁶³ este planteamiento está totalmente desvinculado de las cuestiones estructurales y las relaciones sociales de la desigualdad que inciden en las posibilidades de inserción en el mercado de trabajo, más allá del capital humano acumulado. Por otro lado, al fijar como objetivo acceder a otro tipo de ocupación, se da por entendido que la única forma que una trabajadora pueda tener mejores condiciones de vida es colocándose en otro tipo de trabajo; en otras palabras, se termina por desvalorizar la ocupación que se supone se busca dignificar. Asimismo, se menoscaba la posibilidad de que las condiciones del trabajo del hogar remunerado puedan ser transformadas por la intervención del Estado y la acción colectiva de las mismas trabajadoras del hogar.

Seis años después de la desaparición de *Valora*, se lanzó una campaña para la afiliación de las y los trabajadores del hogar dentro del programa voluntario “Infonavit para Todos”.⁶⁴ Esto les permitiría tener un ahorro para acceder a un crédito para vivienda y un fondo para su retiro. Aunque en un principio se planteó que la campaña estaba destinada a todos los “trabajadores domésticos asalariados que te apoyan en las labores del hogar como: nanas, empleadas del hogar, jardineros, choferes, cocineras o mozos”, en los medios estuvo enfocada a las mujeres. La publicidad de la campaña presenta a “María”: “Ella cuida de tu casa y sueña con la suya [...] apóyala. Tu puedes cambiar su vida”.⁶⁵ El empleador/la empleadora estaba empoderado/a con la capacidad de cambiar la vida de la trabajadora a quien

⁶² Mary Romero, “Immigration, the Servant Problem, and the Legacy of the Domestic Labor Debate: Where Can You Find Good Help These Days”, en *University of Miami Law Review*, vol. 53, núm. 1, 1998-1999, p. 1054.

⁶³ Luis Reygadas, “The Construction of Latin American Inequality”, en Paul Gootenberg y L. Reygadas (eds.), *Indelible Inequalities in Latin America. Insights from History, Politics and Culture*, Durham, Carolina del Norte, Duke, 2010, p. 37.

⁶⁴ Infonavit es el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.

⁶⁵ En los *spots* en radio y televisión se transmitía el siguiente mensaje: “Ella es María, tú Mary. Ya lleva tiempo trabajando contigo. Y le echa muchas ganas. Siempre pone cariño y algo más en todo lo que hace. Y eso se encuentra en tu vida diaria. No hacer algo más para ella es como no verla, como si no existiera. Mary es tu gente. Y todos los días sueña con tener su casa. Tú puedes cambiar su vida. Con el programa voluntario ‘Infonavit para todos’ y menos de 350 pesos al mes, te das de alta como patrón y le inscribes a ella. La apoyas ahorrando juntas para que tenga un crédito y luego, su casa, su sueño. Infonavit para todos”, disponible en <<http://www.youtube.com/watch?v=fxJxdl-wo5g&feature=endscreen&NR=1>>, consulta: 15 de febrero de 2012.

se presentaba como un ser pasivo, bondadosa con las demás pero sin recursos para realizar sus sueños. La publicidad estaba dirigida a las y los empleadores, los responsables de la inscripción de la trabajadora en el programa y del pago de una aportación mensual que va de 230 a 365 pesos.⁶⁶ En junio de 2011, al cumplirse un año del programa, se amplió la cobertura al acceso gratuito al Seguro Popular y Bansefi.⁶⁷ En estos últimos casos, el/la trabajador/a tenía que tramitar su inscripción. En este sentido, el programa fue semejante a *Valora*. Apelaba a una noción vaga de reciprocidades y a la buena conciencia de los empleadores, pero no propiamente a los derechos laborales. Congruente con lo anterior, aseguraba al empleador/la empleadora que no tendría la obligación de registrar a la trabajadora del hogar en el IMSS, ni sería sujeto a la fiscalización.

A finales de junio de 2011, el director general de Infonavit, Víctor Manuel Borrás Setién, afirmó que había más de 11 000 trabajadoras y trabajadores del hogar pagando sus cuotas y había otras 29 000 solicitudes en trámite. El funcionario también planteó que al inicio del programa se trabajó con una línea telefónica y la difusión del programa en los medios, pero posteriormente se implementó una táctica más activa, con 450 promotores hacían visitas domiciliarias para invitar a los y las empleadores a registrar sus empleadas.⁶⁸ Durante los años posteriores, se dio menos prioridad a la inscripción de las y los trabajadores del hogar en Infonavit con el surgimiento de programas focalizados a otros objetivos y grupos sociales. Al final de 2013, sólo había 2 755 trabajadores y trabajadoras del hogar inscritas en Infonavit para todos.⁶⁹ O sea, apenas .001% de la población empleada en esta actividad.

⁶⁶ El/la empleador/a podía seleccionar entre cuotas mensuales de 230, 260, 310 y 365 pesos para que la conformación de la subcuenta de vivienda, con la cual la trabajadora podría solicitar su crédito. Si el o la empleador/a dejara de pagar, el monto no sería cobrado a la fuerza porque es un programa voluntario.

⁶⁷ "Firman convenio para afiliarse al Seguro Popular a trabajadores domésticos", *Boletín de prensa*, Comisión Nacional de Protección Social en Salud, 11 de mayo de 2011, disponible en <<http://www.seguro-popular.salud.gob.mx>>, consulta: 16 de febrero de 2012.

⁶⁸ Borrás Setién indicó que 70% de las trabajadoras y los trabajadores del hogar cotizaban las cuotas más altas, como trabajadores que ganaban entre 4 y 5 mil pesos mensuales. "Impulsan programa especial para trabajadoras domésticas", en *La Jornada*, 29 de junio de 2011, disponible en <<http://www.jornada.unam.mx/2011/06/29/sociedad/046n2soc>>, consulta: 15 de febrero de 2012. Habría que considerar que la inmensa mayoría de las y los trabajadores del hogar tenían (y siguen teniendo) ingresos muy inferiores. En otras palabras, las y los beneficiados formaban parte de esa población pequeña del gremio que ya tenían mejores condiciones laborales. No tenía impacto en las condiciones de la mayoría.

⁶⁹ Cifra proporcionada por la Subdirección General de Recaudación Fiscal del Infonavit a la solicitud 2014431 al Sistema de Cuentas Claras, Transparencia y Acceso a la Información, 21 de febrero de 2014.

El programa de Infonavit es relevante en el sentido de que subsana la exclusión de las trabajadoras del hogar de los derechos al fondo de la vivienda y al régimen obligatorio del seguro social; sin embargo, la falta de obligatoriedad e institucionalización ofrece pocas garantías de que perdure. E igual que *Valora*, la cobertura del programa es muy reducida.

A partir de mediados de 2013, en el marco del Convenio para la Formalización del Empleo, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social fijó como meta la adscripción voluntaria de las y los trabajadores del hogar al régimen obligatorio del IMSS.⁷⁰ Queda fuera del alcance de este texto revisar los resultados; sin embargo, habrá que destacar que si bien lo anterior representa un avance al reconocer que las y los trabajadores del hogar deberían acceder a beneficios de la previsión social, más allá de los relativos a la salud que están incluidos en el Seguro Popular, su alcance es muy limitado por operar bajo un esquema voluntario. Esta propuesta está inserta en el marco de la formalización del empleo, más que el reconocimiento a los derechos de las y los trabajadores en sí.⁷¹

Después de la desaparición de *Valora*, el único participante del gobierno federal que ha continuado con un interés relativamente sostenido en las trabajadoras del hogar es el Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres). Este ha pugnado por la valoración del trabajo del hogar no remunerado y remunerado; esto tiene coherencia en términos teóricos, en el sentido de que la desvaloración de ambos se deriva de la división sexual del trabajo y las desigualdades de género; sin embargo, a menudo resulta confusa la relación entre ambas actividades, se diluyen las especificidades del trabajo del hogar remunerado y se minimizan otras formas de desigual-

⁷⁰ “Contenido general de los convenios para la formalización del empleo, celebrados entre la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, el Instituto Mexicano del Seguro Social y los gobiernos de los estados y el Distrito Federal”, el 22 de julio de 2013, disponible en <www.stps.gob.mx>, consulta: 10 de enero de 2014.

⁷¹ Hay muchas definiciones de la formalización del empleo. Martha Chen afirma que hay dos aspectos fundamentales que habrá que tomar en cuenta para las y los trabajadores del hogar: primero, la formalización de las unidades económicas (su registro y la recaudación de impuestos) y segundo, la formalización del mercado del trabajo (su regulación, normalmente su incorporación a la previsión social). Chen plantea que uno de los dilemas en el debate de la formalización es que muchos actores proponen simultáneamente la formalización de unidades informales, a la vez que proponen la desregulación (“desformalización”) del mercado de trabajo. Asimismo observa que la formalización tiene costos (por ejemplo, impuestos) y beneficios (por ejemplo, ampliación de derechos y prestaciones). Para mayor detalle, véase Martha Chen “Recognizing Domestic Workers, Regulating Domestic Work: Conceptual, Measurement and Regulatory Challenges”, en *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, núm. 1, 2001. En el caso de México podemos observar que no ha habido una ampliación de derechos. En algunos otros países de América Latina se ha privilegiado para su formalización, la extensión de derechos y prestaciones, su registro en la previsión social y el establecimiento de un contrato; hasta donde se tiene conocimiento no se ha planteado en la región la recaudación de impuestos por parte de las trabajadoras como un paso hacia su formalización.

dad social que intervienen en el trabajo del hogar remunerado. Relacionado con lo anterior, se termina por privilegiar campañas de sensibilización y valoración moral, pero no económica, del trabajo del hogar remunerado. Asimismo, Inmujeres ha colaborado en algunos eventos coordinados por organizaciones civiles y ha aportado fondos para talleres, estudios y publicaciones.⁷² Cabe señalar que inmediatamente después de la adopción del Convenio 189 por el 100^a Conferencia Internacional del Trabajo el 16 de junio de 2011, el Inmujeres convocó a las autoridades gubernamentales a ratificar el Convenio 189.⁷³ Sin embargo, no se ha pronunciado a favor de una reforma laboral que equipare los derechos de las trabajadoras remuneradas del hogar con las y los trabajadores en general, eje fundamental del Convenio 189.

El tema de las y los trabajadores del hogar está tratado en el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018 (*Proigualdad* 2013).⁷⁴ Al Inmujeres le corresponde dar seguimiento a las líneas de acciones y el cumplimiento del programa; unos de los objetivos: “Reconocer los derechos laborales de las personas que realizan trabajo doméstico remunerado” forma una de las estrategias del *Proigualdad* para promover el acceso de las mujeres al trabajo remunerado, empleo decente y recursos productivos. Las líneas de acción enfocadas a las y los trabajadores del hogar remunerados incluyen implementar esquemas de protección y seguridad social para ellos, diseñar propuestas para que puedan acceder a servicios de salud, promover guarderías para sus hijas e hijos, apoyar su organización mutualista, impulsar su capacitación y certificación laboral, propiciar el reconocimiento social del trabajo del hogar remunerado y no remunerado y generar mejores estadísticas sobre lo mismo.⁷⁵ No obstante que la estrategia del *Proigualdad* está expresada en términos de los derechos

⁷² En 2013, Inmujeres publicó una guía informativa sobre la oferta del gobierno federal respecto a alimentación, vivienda, salud, educación, cuidado de adultos mayores y niños y no discriminación, *Directorio de apoyos y servicios para trabajadoras del hogar*. Entre los proyectos y publicaciones recientes apoyados por Inmujeres mediante el Fondo *Proequidad* y el Programa de Fortalecimiento a la Transversalidad de la Perspectiva de Género están: Nora Iris Cacho Niño y Angélica Schenenerock, *Manual de formación y empleadas del hogar en derechos laborales y bienes comunes*, México, Agua y Vida: Mujeres, Derechos y Ambiente, A. C. / Inmujeres de 2013; María Cristina Velásquez Cepeda y Erika González Apodaca, *Condiciones objetivas y subjetivas del trabajo del hogar remunerado en el municipio de Oaxaca de Juárez*, Oaxaca / CIESAS Unidad Pacífico-Sur / Instituto de la Mujer Oaxaqueña, 2011, disponible en <http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftpg/Oaxaca/OAX_MetaA5_1_2011.pdf>.

⁷³ “Inmujeres llama al Senado a ratificar el Convenio sobre trabajo doméstico”, disponible en <<http://www.inmujeres.gob.mx/SaladePrensa/Noticias,16Jun2011>>, consulta: 10 de julio de 2012.

⁷⁴ “Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018 (*Proigualdad* 2013)”, en *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 2014.

⁷⁵ La STPS dará seguimiento a las primeras cinco líneas y el Inmujeres a las últimas dos. Sobre decir que es congruente con el Convenio para la Formalización del Empleo antes mencionado.

laborales de las y los trabajadores del hogar remunerados, no propone cambios de fondo debido a que no incluye en sus líneas de acción ni la ratificación del Convenio 189 ni la equiparación de sus derechos con los de otros trabajadores.

En los últimos cuatro años, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) se ha sumado de manera muy activa a la campaña de promover justicia y dignidad para las trabajadoras del hogar remuneradas. Este organismo ha denunciado de manera constante la discriminación hacia este sector de trabajadores en los medios, ha organizado múltiples foros con legisladores, funcionarios públicos y representantes de la sociedad civil, y también ha incluido un módulo especial sobre trabajadoras del hogar en la Encuesta Nacional sobre la Discriminación (Enadis 2010), cuyos resultados fueron publicados en un cuadernillo y difundidos ampliamente en los medios.⁷⁶ Asimismo, ha dado seguimiento a los casos de denuncia por discriminación a las trabajadoras del hogar y ha sido un aliado comprometido con sus organizaciones. También ha impulsado la ratificación del Convenio 189 y la Recomendación 201 de la OIT que buscan condiciones laborales decentes para las trabajadoras del hogar, la reforma de la legislación laboral y del seguro social, y el programa de Infonavit anteriormente mencionado.⁷⁷

Para analizar las acciones en turno a las trabajadoras del hogar, hay que tomar en cuenta los compromisos de México frente a los acuerdos internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). En sus observaciones al VII y VIII informe de México sobre los avances en su cumplimiento, el Comité de la CEDAW mostró su preocupación respecto a la malas condiciones de las trabajadoras del hogar y recomendó ratificar el Convenio 189 de la OIT, así como revisar el marco jurídico para asegurar que las trabajadoras del hogar tuvieran “acceso en pie de igualdad a una remuneración y tratamiento iguales por trabajo de igual valor, con inclusión a prestaciones, y en pie de igualdad a la seguridad social y condiciones de trabajo seguras”.⁷⁸

Al adherirse a los consensos de las X y XI Conferencias Regionales sobre la Mujer en América Latina y el Caribe organizadas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), el gobierno mexicano acordó promover el mejoramiento de las condiciones de las y los trabajadores del hogar y legislación que

⁷⁶ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. Enadis 2010. Resultados sobre trabajadoras domésticas*, México de 2011. También publicó *Dos mundos bajo el mismo techo. Trabajo del hogar y no discriminación* y *Documento informativo sobre trabajadoras del hogar en México*, ambos de 2012.

⁷⁷ Artículo 146 de la Ley Federal del Trabajo.

⁷⁸ “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer”, ONU, 52a. sesión, 27 de julio de 2012, CEDAW/C/IDN/CO/6-7, 7 de agosto de 2012, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/455/75/PDF/N1245575.pdf?OpenElement>>, consulta: 20 de febrero de 2014.

equipara sus derechos con el resto de los trabajadores.⁷⁹ En la XII Conferencia celebrada en Santo Domingo en octubre de 2013, Inmujeres en su informe sobre México reportó que la reforma laboral de 2012 promueve “una mayor protección de los derechos de las trabajadoras domésticas” y plantea como retos “generar condiciones de trabajo con protección social [...] para grupos ocupacionales en situación de desventaja como las trabajadoras del hogar”.⁸⁰ En dicha Conferencia, la delegación mexicana se suscribió al Consenso de Santo Domingo, y por tanto se comprometió a instar al gobierno de ratificar los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en materia de igualdad de género, como el Convenio 189, “Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”.⁸¹

El factor que quizá ha contribuido mayormente a visibilizar a las y los trabajadores del hogar no sólo en México, sino en todo el mundo, es la inclusión del tema de una norma para proteger sus derechos dentro de la agenda del 99ª Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de la OIT en 2010.⁸² Este hecho obligó al gobierno mexicano, las centrales obreras y las organizaciones de empleadores a discutir y posicionarse no sólo frente a la elaboración y adopción de una norma internacional para las y los trabajadores del hogar, sino a las condiciones del gremio en México. Como era de esperarse, las centrales obreras apoyaron un convenio y los empleadores rechazaron cualquier instrumento. Al inicio, el gobierno mexicano sólo esta-

⁷⁹ Uno de los puntos del Consenso de Quito de 2007 de la X Conferencia es: “Igualar las condiciones y los derechos laborales del trabajo doméstico al de los demás trabajos remunerados, de conformidad con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados y las normas internacionales en materia de derechos de las mujeres, y erradicar todas las formas de explotación del trabajo doméstico de las niñas y los niños”. Véase Cepal, “Consenso de Quito”, XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, 6 al 9 de agosto de 2007, Quito, disponible en <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29489/dsc1e.pdf>>, consulta: 20 de enero de 2014. Se amplía este punto en el Consenso de Brasilia en la XI Conferencia en 2010: “Promover e incidir en la aprobación de una legislación que equipare los derechos de las trabajadoras domésticas con los derechos de los demás trabajadores, reglamentando su protección, promoviendo su valorización social y económica y erradicando el trabajo doméstico infantil”. Véase Cepal, “Consenso de Brasilia”, XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, 13 al 16 de julio de 2010, Brasilia, disponible en <http://www.eclac.cl/mujer/noticias/paginas/5/40235/ConsensoBrasilia_ESP.pdf>, consulta: 20 de enero de 2014.

⁸⁰ Inmujeres México, Informe por País, XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, República Dominicana, 14 al 18 de octubre de 2013, disponible en <http://www.eclac.cl/12conferenciamujer/noticias/paginas/7/49917/Informe_Mexico.pdf>, consulta: 20 de enero de 2014.

⁸¹ Véase Cepal, *Consenso de Santo Domingo*, XII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, 15 al 18 de octubre de 2013, Santo Domingo, República Dominicana, disponible en <http://www.eclac.cl/12conferenciamujer/noticias/paginas/6/49916/PLE_Consenso_de_Santo_Domingo.pdf>, consulta: 20 de enero de 2014.

⁸² Un convenio es un tratado adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo que genera obligaciones jurídicas al ser ratificado. Una recomendación es un instrumento que lleva pautas para la política, la legislación y la práctica de los Estados miembros de la OIT; puede ser vinculada a un convenio o no. Es adoptada por la CIT, pero no se ratifica posteriormente por los Estados.

ba a favor de una recomendación, pero debido al intenso cabildeo, en la 100ª CIT, el gobierno cambió su postura y emitió su voto positivo –al lado de otros 121 gobiernos– para la adopción del Convenio 189 “Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”. El Convenio establece que sus condiciones deberían estar acordes con los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En congruencia con lo anterior, se equiparan los derechos de las y los trabajadores del hogar con los del resto de las y los trabajadores del país; se fija un piso mínimo sobre las horas de trabajo, los descansos, la remuneración, la contratación, la seguridad y la salud en el trabajo, la privacidad de las partes y la seguridad social. Se plantean mecanismos para velar por el cumplimiento de la legislación nacional, incluyendo la inspección laboral. Los veintisiete artículos del convenio son complementados con la Recomendación 201 de la OIT, que ofrece lineamientos para su implementación. Como se puede apreciar, al rechazar el trabajo forzoso y la discriminación; al reconocer a las y los trabajadores del hogar como sujetos de derecho, y el hogar como un sitio de trabajo, este convenio subvierte la lógica patriarcal y colonial de las relaciones del trabajo del hogar remunerado.⁸³ Desde junio de 2011 en México, varios legisladores/as, directores/as de dependencias gubernamentales tanto federales como estatales, intelectuales públicos, líderes sindicales y –sobre todo– las organizaciones de trabajadoras del hogar han exhortado al Ejecutivo para que emita un dictamen favorable del Convenio 189 y que a su vez la Secretaría de Relaciones Exteriores lo envíe al Senado para su ratificación.⁸⁴ En sí, la ratificación del Convenio 189 marcaría un parteaguas en la conceptualización del trabajo del hogar remunerado en México, pero a la vez plantearía nuevos retos para lograr que ésta se implementara y se tradujera en una práctica cotidiana de una nueva cultura laboral no discriminatoria.

⁸³ El proceso de la elaboración y la adopción y la trascendencia del Convenio 189 se describe en Mary Goldsmith, “Los espacios internacionales de la participación política de las trabajadoras remuneradas del hogar”, en *Revista de Estudios Sociales*, núm. 45, enero-abril de 2013.

⁸⁴ En la Mesa de Diálogo para el Impulso de la Ratificación del Convenio 189 sobre Trabajadoras y Trabajadores del Hogar de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada el 19 de septiembre de 2013 en el Senado, las posturas de la subsecretaria de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, Lía Limón García, y del director general de Derechos Humanos y Democracia de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Alejandro Alday, fueron muy alentadores. Limón García manifestó el compromiso del Ejecutivo Federal para ratificar el Convenio 189 y Alday estaba de acuerdo con la importancia de la ratificación. El 31 de marzo de 2014 en la entrega del Premio Nacional por la Igualdad y no Discriminación a Marcelina Bautista, luchadora por los derechos de las trabajadoras del hogar, el secretario de Gobernación, Miguel Ángel Osorio Chong, se comprometió a enviar la propuesta para la ratificación al Senado.

Conclusión

La legislación y en gran medida las políticas públicas aún están orientadas por la visión de las trabajadoras del hogar como no trabajadoras por el lugar de su labor y a la creencia de que el trabajo doméstico (pagado o no) no es trabajo, porque supuestamente no genera valor. Aunado a lo anterior, la legislación es ahistórica, fincada en un pasado de servidumbre dentro del cual las mujeres entregaban sus vidas a otras/otros y trabajaban de planta; no había derechos, sino favores, y eso sí, muchas obligaciones para las trabajadoras. Esto se puede notar en el énfasis que se hace en la remuneración en especie y la regulación de los descansos, más no de la jornada laboral, y su exclusión del régimen obligatorio del Seguro Social. En vista de que más de 90% de las trabajadoras del hogar se emplean de entrada por salida, no existe ninguna justificación para cuestionar su derecho a la jornada de ocho horas. Tampoco existe para negarles el derecho a la seguridad social. Se ha argumentado que sería demasiado costoso para el gobierno, pero habría que pensar que la asignación del presupuesto refleja prioridades y, en este caso, qué valor tiene el bienestar de las y los trabajadores del hogar. También se ha alegado que las y los empleadores no la podrían sufragar y por tanto se propiciaría aún más la informalidad y el desempleo. ¡Resulta que el negarles un derecho es un favor! Difícilmente las y los funcionarios públicos pueden distanciarse de su papel de empleadores, en muchos casos, probablemente de personas que pernoctan en sus casas. Tampoco lo asumen públicamente, sino sólo en conversaciones tras puertas. Asimismo, rara vez reconocen a las trabajadoras del hogar como plenas ciudadanas con el derecho a tener y ejercer derechos y frente a las cuales tienen responsabilidades como cualquier otro ciudadano.

Considero que la subjetividad de las personas, construida a partir de sus experiencias, incide en su quehacer político; estas subjetividades son colectivas en el sentido de que sus experiencias son compartidas. Por ejemplo, Xóchitl Gálvez afirma que la historia de sufrimiento de una tía suya, trabajadora del hogar, le dejó una gran huella y sentido de indignación. Su tía soportaba maltrato por parte de sus empleadores, no contaba con protección médica ni para ella ni para sus hijos y después de toda una vida de trabajo, ni pensión tenía.⁸⁵ Lo anterior contrasta con los relatos de otros funcionarios públicos en los cuales relacionan su interés en las trabajadoras del hogar con la “deuda” (moral) que tenían con una nana que les cuidaba o con una mujer que atendía su casa para que ellos pudieran salir a trabajar. En el caso de Gálvez, su indignación le llevó a plantear que el problema de las y los trabajadores es un problema de violación de derechos humanos; otros funcio-

⁸⁵ Xóchitl Gálvez, “¿Así debe ser la vida?”, en *Enfoque*, suplemento de cultura política de *Reforma*, 27 de abril de 2003.

narios actuaban por una deuda moral que habría que saldar mediante la implantación de políticas públicas para mejorar su calidad de vida. Sin embargo, lo que falta en esta ecuación son las trabajadoras del hogar como sujetas políticas que pueden transformar sus propias vidas. En este sentido, lo que se puede observar es cómo las y los funcionarios están entre dos lógicas contradictorias: por un lado, una de derechos e igualdad, y por el otro, de paternalismo y afectos.⁸⁶

Las relaciones del empleo doméstico, como cualquier otra relación humana, pasan por las voluntades, pero en el caso de las y los trabajadores y sus empleadores, la cancha no está pareja. Al dejar a la voluntad del/a empleador/a el acceso a cuestiones fundamentales como la previsión social, se reafirman las relaciones del poder y la discriminación hacia las y los trabajadores del hogar. Campañas de afiliación al Seguro Popular, al régimen obligatorio del Seguro Social o al Infonavit, que están ancladas en la buena voluntad de los y las empleadores, pueden ampliar en teoría los beneficios para las trabajadoras pero las desempoderan aún más.

Los programas van y vienen. La capacitación laboral, el acceso a la salud, los créditos para la vivienda y el ahorro para el retiro fueron de corto alcance en el tiempo y el número de trabajadoras beneficiadas. En gran parte estas iniciativas fueron más simbólicas que sustantivas.⁸⁷ En la medida que se giran en torno a la buena voluntad de las y los empleadores o la idea de que el problema es la falta de conocimientos y habilidades o sentido del ahorro de las trabajadoras, no atentan contra la desigualdad persistente que es el cimiento de la discriminación. Como señalan María Elena Valenzuela y Claudia Mora, un paso fundamental en dicho camino sería contar con un marco legal que reconozca a las y los trabajadores del hogar los mismos derechos humanos laborales que a cualquier otro ciudadano/a y que aseguran su cumplimiento. Como se ha visto, el contexto internacional –la inclusión del tema de los derechos humanos laborales de las y los trabajadores del hogar en la discusiones del Cepal y el Comité CEDAW, y el número creciente de los países latinoamericanos que han ratificado y empezado a implementar el Convenio 189– puede contribuir a que se tome este paso. Pero, el factor aún más decisivo es la organización de las trabajadoras del hogar y el creciente número de aliados y aliadas que se suman a su lucha.

⁸⁶ Estas contradicciones forman parte del empleo doméstico: Séverine Durin en Monterrey, “Servicio doméstico de planta y discriminación en el área metropolitana de Monterrey”, en *Revista Relaciones*, núm. 134, primavera de 2013, pp. 122-123.

⁸⁷ De acuerdo con María Elena Valenzuela y Claudia Mora, las primeras son “pronunciamientos en el ámbito discursivo”, y las segundas, “las que efectivamente se llevan a cabo”, “Esfuerzos concertados para la revaloración del trabajo doméstico remunerado en América Latina”, en M. E. Valenzuela y C. Mora (eds.), *Trabajo doméstico: un largo...*, p. 297.

LA POBREZA DE LAS MUJERES INDÍGENAS EN MÉXICO. UNA INTERSECCIÓN DE DISCRIMINACIONES EN LAS POLÍTICAS DE ESTADO¹

Carmen Herrera y Bernard Duhaime

Introducción

En las Américas, como en el resto del mundo, las mujeres indígenas se encuentran en situaciones de alta vulnerabilidad, ya que enfrentan múltiples niveles de discriminación, tanto por su origen indígena como por razones de género y de estatus económico o social. En efecto, existe en América Latina una feminización y una *indigenización* de la pobreza.² Asimismo, las mujeres indígenas enfrentan obstáculos estructurales, como la indiferencia del derecho y de los procesos administrativos y políticos que les impiden ejercer sus derechos humanos.³ Es más, la conceptualización jurídica misma de dichos derechos también constituye lími-

¹ Gran parte de las reflexiones aquí vertidas se han producido en el marco de actividades impulsadas por el Enlace Continental de Mujeres Indígenas, en particular, la Coordinadora de Organizaciones Aborígenes de Jujuy (Argentina), la Organización Nacional Indígena de Colombia y la Asociación Mujeres Autóctonas de Quebec (Canadá), así como por las instituciones canadienses Derechos y Democracia, la Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad de Quebec y el Centro Internacional sobre el Desarrollo Internacional, actividades de las que también son parte las organizaciones mexicanas Coalición de Mujeres Indígenas rumbo al Desarrollo (Chiapas), Servicios del Pueblo Mixe (Oaxaca) y Abogadas y Abogados para la Justicia y los Derechos Humanos. Este texto fue redactado inicialmente en agosto de 2011 y publicado en 2014 en el volumen 25 de la revista *Debate Feminista*, pp. 263 y ss.

² Véase George Psacharopoulos y Harry Patrinos, “Los pueblos indígenas y la pobreza en América Latina: un análisis empírico”, en Celade, *Estudios sociodemográficos de pueblos indígenas*, Santiago de Chile, Celade, 1994.

³ Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 73-96.

tes a la emancipación de las mujeres indígenas.⁴ Lo mismo ocurre con el acceso a la justicia frente a situaciones de violencia y discriminación, donde las mujeres indígenas y afrodescendientes enfrentan obstáculos aún mayores que las demás mujeres.⁵

Este trabajo propone que el diseño e implementación de las políticas en contra de la pobreza de las mujeres indígenas en México tenga como base las múltiples formas de discriminación que enfrentan éstas y el impacto que la intersección de las mismas tiene en las propias mujeres, el cual es diametralmente distinto y agravado que si enfrentaran una sola forma de discriminación. Se sostiene que, sobre esa base y en el marco de obligaciones estatales en materia de derechos de las mujeres y de derechos colectivos de los pueblos indígenas –en particular sobre el derecho de no discriminación–, se producirían políticas más asertivas y eficaces para combatir y erradicar la situación de pobreza endémica que ellas enfrentan.

En ese sentido, se hace referencia a lo que provoca la política más importante contra la pobreza en México: el Programa de Desarrollo Humano Oportunidades (Programa Oportunidades).⁶ Éste, al ignorar en su diseño e implementación la realidad que a lo largo de la historia han vivido las mujeres indígenas, así como el marco de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos individuales y colectivos frente a las mujeres y los pueblos a los que pertenecen, incentiva la reproducción y continuidad de las diferentes formas de discriminación que se suscitan en este contexto.

Se aborda, en primer lugar, el marco de derechos de las mujeres indígenas en México y se discute, en particular, las obligaciones jurídicas del Estado mexicano relativas a los derechos de estas mismas, así como la necesidad de abordar el fenómeno desde la perspectiva de la discriminación interseccional. En segundo lugar, se presenta un análisis de las políticas contra la pobreza en el marco de la obligación de garantía de los derechos de las mujeres indígenas, en el que se discuten los efectos de dependencia del Programa Oportunidades sobre las mujeres indígenas en México, y se finaliza con algunas conclusiones.

⁴ Véase Line Barreiro, “Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales”, en IIDH-UNFPA, *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*, San José, IIDH-UNFPA, 2003, pp. 121 y 122.

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 1-22.

⁶ El 5 de septiembre de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, un decreto por el cual se creó la Coordinación Nacional de Prospera Programa de inclusión social y se abrogó el decreto que creó el Programa Oportunidades. Sin embargo, salvo algunos matices, Prospera conserva el mismo modelo de política social y por tanto, son vigentes las reflexiones contenidas en este trabajo.

El marco de derechos de las mujeres indígenas en México

Obligaciones jurídicas del Estado mexicano relativas a los derechos de las mujeres indígenas

El Estado mexicano tiene la obligación de proteger los derechos humanos de las mujeres indígenas que viven bajo su jurisdicción, de acuerdo a múltiples fuentes jurídicas, incluyendo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁷ la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸ y el derecho consuetudinario internacional,⁹ así como diversos tratados internacionales universales¹⁰ o interamericanos¹¹ de naturaleza general o temática. Más particularmente, el Estado tiene la obligación de asegurar a las mujeres indígenas el derecho a la igualdad y a la no discriminación por motivos raciales, de origen étnico o nacional, por ser mujer o indígena.¹² Esta obligación incluye la obligación de no adoptar me-

⁷ Obligación contenida en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución, donde se reconoce el derecho de toda persona de gozar de los derechos y garantías otorgadas por la misma, así como el reconocimiento de la igualdad ante la ley por parte de hombres y mujeres. Posteriormente, mediante decreto publicado el 14 de agosto de 2001, se estableció en el artículo 1o. de la propia Constitución la prohibición expresa de toda forma de discriminación. En fechas recientes, el 10 de junio de 2011, se publicó una reforma al mismo artículo que incorpora de manera expresa los derechos reconocidos en los tratados internacionales.

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810, p. 71.

⁹ Múltiples normas contenidas en la DUDH hoy son reconocidas como parte del derecho consuetudinario internacional. Véase Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", en *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1995-1996, pp. 287-397; W. Michael Reisman, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", en *The American Journal of International Law*, vol. 84, núm. 4, octubre de 1990, pp. 866-876.

¹⁰ Incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, A. G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Sup., núm. 16, p. 52, ONU Doc. A/6316, 999 U. N. T. S. 171, *entrada en vigor*: 23 de marzo de 1976; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, A. G. Res. 2200A (XXI), 21 U. N. GAOR Sup., núm. 16, p. 49, ONU Doc. A/6316, 993 U. N. T. S. 3, *entrada en vigor*: 3 de enero de 1976.

¹¹ Incluyendo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, núm. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, núm. 123.

¹² Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 2.1, 3, 14.1, 14.3, 23.4, 24.1, 25.c, 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 2.2, 3, 10.3. Declaración Americana, 1984, artículos II y XII, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, 24. Véase también Corte IDH, 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre, serie A, núm. 18; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U. N. T. S. 195; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, 34 U. N. GAOR

didadas discriminatorias, así como de adoptar medidas positivas para asegurar, a las mujeres, el pleno goce del derecho a la igualdad.¹³

Asimismo, el Estado debe garantizar la seguridad personal, la integridad física y moral de las mujeres, protegiéndolas contra toda forma de violencia, incluyendo violaciones y otros crímenes sexuales. Por tanto, como lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso emblemático *González y otras*,¹⁴ México debe prevenir, investigar y sancionar este tipo de violaciones a los derechos de las mujeres, de acuerdo con los requisitos de la *Convención de Belém do Pará*. En adición, como lo establecieron la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en otros casos mexicanos, cuando se trata de mujeres indígenas, el Estado tiene la obligación de adoptar estas medidas en función de la vulnerabilidad particular de las víctimas.¹⁵ Más específicamente,

Sup., núm. 46, p. 193, ONU Doc. A/34/46; *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"*, 1994, 33 I. L. M. 1534, A-61; Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO núm. 169), 2007, 72, boletín oficial 59; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Res. AG, doc. of. AG NU, 61e ses., doc. NU A/RES/61/295. Véase, en lo general, Bernard Duhaime, "Vers une Amérique plus égalitaire? L'interdiction de la discrimination et le système interaméricain de protection des droits de la personne", en Ludovic Hennebel y Hélène Tigroudja (eds.), *L'exceptionnalisme interaméricain des droits de l'homme*, París, Pedonne, 2009; Ariel E. Dulitzky, "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, Universidad de Chile, 2007, y Anna F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990.

¹³ Véase, por ejemplo, CIDH, caso 11.625 (María Morales de Sierra) c. Guatemala, resolución núm. 4/01; Corte IDH, *Caso López Álvarez versus Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141; Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158. Véase también, en lo general, CIDH, Informe Anual 1999, capítulo VI: "Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación", en OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 6, rev. 13 de abril de 1999; *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, doc. 17, 13 de octubre de 1998, p. 33; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 90; Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 56; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párr. 55; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, *op. cit.*, art. 4.1; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, *op. cit.*, art. 1.4 y 2.2. Véase Anna F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", en *op. cit.*, pp. 26 y 27.

¹⁴ CIDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205.

¹⁵ CIDH *Caso, 11.565*, Reporte núm. 53/01, Ana, Beatriz y Celia González Pérez (México), Informe núm. 53/01, Informe Anual de la CIDH 2001, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tomó en cuenta esta perspectiva cuando destacó "que el dolor y la humillación que sufrieron las mu-

debe asegurar la protección judicial de las mujeres indígenas, tomando en cuenta sus necesidades concretas, sus características económicas y sociales, así como su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres.¹⁶

Esos casos mexicanos ilustran bien la amplitud de la obligación del Estado de respetar la integridad física y moral de las mujeres indígenas bajo su control. En realidad, ésta va mucho más allá de la obligación negativa de no atentar contra su integridad e implica obligaciones positivas para asegurar el pleno goce de su derecho a la salud, las cuales no sólo existen en virtud del Protocolo de San Salvador,¹⁷ sino también de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos misma. En efecto, tal como lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos relativos a pueblos indígenas,¹⁸ el Estado tiene la obligación positiva de intervenir, otorgar servicios de salud y tomar otras medidas necesarias, incluso cuando conoce o debería conocer la existencia de un riesgo para la vida o integridad física de una persona o de un grupo de personas. Cabe recordar que la valoración de dicho riesgo se debe hacer tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad particular de la persona, incluyendo su estatus de mujer indígena, de niña o de mujer embarazada.¹⁹

Tal como lo dispuso recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Estado debe adoptar medidas concretas para asegurar a las mujeres indígenas el pleno acceso a servicios de salud materna, sin discriminación. Se deben priorizar recursos y esfuerzos para abordar sus necesidades específicas y adecuar los servicios de salud, tanto de prevención como de atención y tratamiento, tomando en cuenta y respetando sus expectativas, tradiciones, creencias y culturas.²⁰ Tal como lo ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, así como el Relator especial sobre

jeros se agrava por su condición indígena", véase resumen, párr. 2. Véase también Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 200.

¹⁷ Artículo 10, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1988, Serie sobre Tratados de la OEA, núm. 69.

¹⁸ Véase Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 14.

¹⁹ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya...*, párrs. 155, 159, 168, 172, 177.

²⁰ CIDH, Informe Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, OEA/Ser.LV/II, doc. 69, 7 junio 2010, en específico párrs. 54, 78, 87, 88, 92, 95, así como recomendación 9.

el Derecho de Toda Persona al disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental de las Naciones Unidas, esta adecuación debe hacerse incluso en cuanto a servicios, bienes y establecimientos o instalaciones.²¹

Lo anterior, se debe recordar cada vez que el Estado mexicano planifica, adopta o aplica programas y políticas públicas que afectan a los pueblos indígenas. Asimismo, tiene la obligación más amplia de consultarlos y asegurar su participación tanto en el diseño como en la implementación y evaluación de dichos programas y políticas, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y a los principios contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,²² incluso en materia de servicios de salud,²³ en la cual garantice a las mujeres indígenas el acceso a los mismos, por lo menos en igualdad de circunstancias que los hombres y que las mujeres no indígenas.²⁴

Como se ha indicado con anterioridad, la obligación del Estado mexicano de respetar y garantizar los derechos de las mujeres indígenas puede ser de naturaleza negativa (no violar) o positiva (adoptar medidas). Además, implica la obligación de asegurar el pleno acceso y goce de todos los derechos sin discriminación y en plena igualdad, lo cual puede implicar la adopción de medidas de acceso a la

²¹ Véase ONU, 2000, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 14, E/C.12/2000/4, párr. 12(b). Véase también “Nota del secretario general que transmite el Informe del relator especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental”, en A/61/338, nota 14, párr. 17(c).

²² Véase en particular los artículos 2, 5, 6, 7, 15, 22, 23, 25, 27, 29 del Convenio 169 de la OIT. Véase también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, artículos 5, 15, 17, 18, 23, 27, 30, 32, 36, 38, 41; CIDH, 2002, caso 11.140, informe 75/-2, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH; Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka *versus* Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172.

²³ En efecto, el artículo 25 del Convenio 169 indica: “Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país”.

²⁴ Véase artículo 3 del Convenio 169; artículos 21 y 22 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

igualdad, denominadas acciones afirmativas.²⁵ La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre dichas acciones como un medio para impedir la discriminación y al mismo tiempo para hacer efectiva la igualdad ante la ley.²⁶

Esta obligación de no discriminación existe para el goce de todos los derechos protegidos por el Estado, incluso los económicos, sociales y culturales, así como el derecho a la salud.²⁷ Frente a tales derechos, el Estado también tiene la obligación de garantizar su pleno ejercicio, así como el de la protección judicial mediante la existencia de recursos judiciales y administrativos eficientes que permitan remediar los problemas relacionados con su implementación, incluso en cuanto al acceso y al goce igualitario.²⁸

²⁵ Véase CIDH, Informe Anual 1999, capítulo VI, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *op. cit.*; CIDH, Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas.

²⁶ El Alto Tribunal mexicano estableció entre otras cosas, que “el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional establece la prohibición de discriminar por los motivos que expresamente enumera, y de cualquier otro modo que implique un menoscabo para la dignidad humana o para los derechos y libertades de las personas. Estas prohibiciones de discriminación tienen como fin, y generalmente como medio, la paridad en el trato a los individuos cuya nota distintiva sea alguno de tales criterios, lo que, por tanto, sólo en forma excepcional pueden utilizarse como elementos de diferenciación jurídica de trato, a menos que ésta constituya una acción afirmativa tendiente a compensar la situación desventajosa en la que históricamente se han encontrado ciertos grupos”, en ejecutoria: registro núm. 21282; asunto: amparo en revisión 1260/2006; promovente: Eduser Inmobiliaria, S. A. de C. V.; localización: 9a. época; 2a. sala; S. J. F. y su *Gaceta*; xxviii, octubre de 2008; p. 576.

²⁷ Véase *mutadis mutandis* CIDH, caso 12.011, Informe 66/06, Simone André Diniz (Brasil); Comité de los Derechos Humanos de la ONU, 1987, *S. W. M. Brooks versus Holanda*, Comunicación núm. 172/1984, U. N. Doc. Sup. Núm. 40 (A/42/40), p. 139. Sobre este tema, véase B. Duhaime, “Vers une Amérique plus égalitaire?..”, en *op. cit.*, pp. 151-182; Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme*, París, PUF, 2003, p. 387, y A. F. Bayefsky, “The Principle of Equality...”, en *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁸ Véase Ariel E. Dulitzky, “El principio de igualdad...”, en *op. cit.* Véase Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009. Sobre el tema más amplio de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, véase Bernard Duhaime, “Le système interaméricain et la protection des droits économiques, sociaux et culturels des personnes et des groupes vivant dans des conditions particulières de vulnérabilité”, en *Annuaire canadien de droit international*, núm. 44, 2006, p. 95; Tara Melish, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Yale Law School-Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights / Centro de Derechos Económicos y Sociales de Ecuador, 2002; James L. Cavallaro y Emily J. Schaffer, “Less as more: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 2004, y Víctor E. Abramovich Cosarín, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1997, disponible en <http://www.escri-net.org/usr_doc/02.pdf>.

Necesidad de abordar el fenómeno desde la perspectiva de la discriminación interseccional²⁹

Las mujeres indígenas son víctimas de doble discriminación: por ser mujeres y por ser indígenas.³⁰ Este fenómeno fue reconocido por múltiples instancias internacionales, así como por el Secretario general de las Naciones Unidas,³¹ el Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas,³² y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, el cual reiteró su preocupación “por las múltiples formas de discriminación que experimentan las mujeres indígenas, por razones de género, raza y etnia, y los complejos problemas que se derivan de esa discriminación”.³³ ONU Mujeres, mediante el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas para las Mujeres, también reiteró que “cuando combinados a otras formas de discriminación, tal como las basadas en la raza o la etnicidad, los efectos de la discriminación se pueden multiplicar, limitando seriamente a las mujeres el goce de sus derechos humanos básicos”.³⁴ Este fenómeno fue también reconocido por múltiples

²⁹ Véase Clinique internationale de défense des droits humains de l'UQAM, Droits et Démocratie, Enlace continental de mujeres indígenas, “Indigenous Women of the Americas: Double Discrimination”, en Washington, D. C., 2006, disponible en <<http://www.cidh.uqam.ca/documents/indigenous%20women%20and%20discrimination%20report%5B1%5D.pdf>>, y Bernard Duhaime y Josée-Anne Riverin, “Understanding Double Discrimination and Equality Rights of Indigenous Women in Québec”, en *University of Miami Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2011.

³⁰ Véase Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, 2004, *Informe sobre el tercer periodo de sesiones* (10 a 21 de mayo de 2004), doc. of. CES NU, sup. núm. 23, [E/2004/43 E/C.19/2004/23], párr. 3. Se puede también afirmar que mujeres indígenas viven una triple discriminación: por ser mujer, por ser indígena y por ser pobre. Véase Corte IDH, 2004, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, Reparaciones, art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, serie C, núm. 116, párr. 38 d.

³¹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2005, *La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, doc. of. AG NU, 60a sesión, doc. NU A/60/358, párr. 62.

³² Véase Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, *La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, doc. of. AG NU, 59a. sesión, doc. NU A/59/258, párrs. 51-69; 2004, *Cuestiones indígenas – derechos humanos y cuestiones indígenas*, doc. of. AG NU, 60a. sesión, E/CN.4/2004/80, párr. 1.

³³ Foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, *Informe sobre el tercer periodo de sesiones* (10 a 21 de mayo de 2004), doc. of. CES NU, sup. núm. 23, [E/2004/43 E/C.19/2004/23], párr. 3, 2004.

³⁴ UNIFEM, 2004, *Securing Indigenous Women's Rights and Participation*, UNIFEM at a Glance. disponible en <http://www.unifem.org/attachments/stories/at_a_glance_indigenous_women.pdf>.

Estados,³⁵ así como instancias nacionales de protección de los derechos humanos, incluso en México mismo.³⁶

Esta doble discriminación se manifiesta de diversas formas y se combina con las otras formas de violación a los derechos humanos que viven. Las discriminaciones pueden existir de manera autónoma y paralela, pueden combinarse e influirse o una forma de discriminación puede agravar la segunda y viceversa. Tal como se ha ilustrado con anterioridad,³⁷ el acceso a servicios de salud de una persona puede ser limitado porque es indígena y porque estos servicios no se ofrecen en zonas rurales donde en esencia se encuentran asentadas las comunidades indígenas. Por tanto, esta discriminación en la distribución de los servicios las obliga a moverse largas distancias para tratar de acceder a ellos. Otro factor de discriminación es su identidad cultural, pues enfrentan obstáculos por no hablar o no comprender el español, por su apariencia física o por el uso del traje tradicional. Asimismo, esta persona puede ver su acceso a la salud restringido por el hecho de ser mujer, porque algunos servicios no se ofrecen a mujeres –en particular con respecto a la planificación familiar y la salud reproductiva– o porque ciertos empleados estatales niegan a las mujeres la misma atención o diligencia que a los hombres. Esas limitaciones sucesivas a los servicios de salud para las mujeres indígenas podrían ser consideradas una combinación de discriminaciones que se agravan entre sí y que dan como resultado una violación a los derechos a la integridad física, a la vida digna, a la salud y, por supuesto, a la igualdad,³⁸ tal como lo ha indicado el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas.³⁹ El mismo

³⁵ Véase “Concluye en Brasil Reunión de Negociación sobre derechos de pueblos indígenas con avances en atención del problema de la mujer indígena”, Comunicado de Prensa de la OEA, C-068/06, 25 de marzo de 2006, disponible en <http://www.oas.org/oaspage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-068/06>. En él, el representante de la República de Guatemala afirmó: “Las mujeres indígenas de las Américas han sufrido históricamente una doble discriminación, por ser mujeres y por ser indígenas, además de ser discriminadas al interior de sus propias comunidades”.

³⁶ “Alianza para la igualdad: Programa Nacional de la Mujer 1995-2000”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, México, 1996.

³⁷ Véase Clinique internationale de défense des droits humains de l’UQAM, *Droits et Démocratie*, Enlace continental de mujeres indígenas, “Indigenous women of the Americas: Double discrimination”, en *op. cit.*

³⁸ Véase Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Adición núm. 2 al informe E/CN.4/2004/80: E/CN.4/2004/80/Add.2, 23 de diciembre de 2003: Cuestiones indígenas – derechos humanos y cuestiones indígenas – Misión a México, párrs. 46-48.

³⁹ Véase Foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, *Informe sobre el tercer periodo de sesiones* (10 a 21 de mayo de 2004), doc. of. CES NU, sup. núm. 23, [E/2004/43 E/C.19/2004/23] (2004), párrs. 88 y 89, en donde se denuncian, entre otras cosas, el acceso insuficiente y limitado (párr. 88) y las violaciones a los derechos reproductivos de las mujeres indígenas (párr. 89).

ejemplo se podría articular respecto al acceso a otros derechos económicos, sociales y culturales, como, por ejemplo, el derecho a la educación pública.⁴⁰

Desde hace algunos años, instancias internacionales de protección de los derechos humanos han favorecido la aplicación de perspectivas y metodologías de análisis y de documentación que toman en cuenta el fenómeno de la doble discriminación. Por ejemplo, la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁴¹ enfatizó la importancia de adoptar este tipo de perspectiva relativa a las mujeres indígenas y a la niñez indígena.⁴² Otros órganos y mandatos especiales de las Naciones Unidas expresaron preocupaciones similares, incluso el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.⁴³ Por su parte, el Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas pidió a todas las instancias de las Naciones Unidas adoptar una perspectiva de género cuando se trata de situaciones que afectan los derechos de los pueblos indígenas, tal como lo han hecho el Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y la Relatora especial de Naciones Unidas sobre la violencia en contra de las mujeres.⁴⁴

⁴⁰ Véase Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, informe E/CN.4/2005/88, (6 de enero de 2005): *Cuestiones indígenas – derechos humanos y cuestiones indígenas*, párrs. 4-6 y 36-37.

⁴¹ Véase, por ejemplo, sus resoluciones sobre *el derecho a la alimentación* (2001/25), sobre la *vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado* (2001/28), sobre el *derecho a la educación* (2001/29), sobre las *ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* (2001/45), sobre el *derecho a la libertad de opinión y de expresión* (2001/47), sobre los *derechos humanos de los migrantes* (2001/52) y sobre la *tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (2001/62). Véase también *Personas desplazadas internamente*, 2001, res. CDH 2001/54, doc. of. CDH NU, 57a. sesión, E/CN.4/2001/54, párr. 9; *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 2001, res. CDH 2001/46, doc. of. CDH NU, 57a. sesión, E/CN.4/2001/46, párr. 2 g.

⁴² Comisión Derechos Humanos de la ONU, 2001, *Derechos humanos y cuestiones indígenas*, res. CDH 2001/57, doc. of. CDH NU, 57a. sesión, E/CN.4/RES/2001/57, párrs. 2-3.

⁴³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, referente a medidas especiales de carácter temporal, párr. 3, disponible en <[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)>.

⁴⁴ Véase Foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, *Informe sobre el tercer periodo de sesiones* (10 a 21 de mayo de 2004), doc. of. CES NU, sup. núm. 23, [E/2004/43 E/C.19/2004/23] (2004), párr. 4; Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2003, *La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, doc. AG A/59/258, doc. of. AG NU, 59a. sesión, E/CN.4/2004/80/Add.3, párr. 54; Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2004, *La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, doc. of. AG NU, 59a. sesión, Doc NU A/59/258, párr. 64; *Informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, 2004, E/CN.4/2005/72/Add.2, párr. 80.; 2005, E/CN.4/2005/72/Add.3, párr. 66.; E/CN.4/2006/61/Add.4, párr. 64.

El análisis y el entendimiento del fenómeno de la doble discriminación que viven las indígenas se enfrenta a múltiples obstáculos, considerando que las perspectivas jurídicas clásicas no siempre están adaptadas a este tipo de ejercicio pues no distinguen las experiencias de los hombres indígenas de las mujeres indígenas ni toman en cuenta aspectos raciales en el estudio de fenómenos de género.⁴⁵ Estas dificultades se deben, entre otras cosas, al hecho de que existe poca información sobre mujeres marginalizadas, en parte porque los métodos clásicos de documentación y de clasificación no permiten visibilizar de manera adecuada las múltiples identidades de dichas mujeres ni los diversos tipos de desafíos que viven, en particular cuando estos tipos de experiencias no han sido clasificadas.⁴⁶

Por tanto, como en otras ocasiones,⁴⁷ se propone adoptar una perspectiva *interseccional* para este tipo de análisis. En efecto, dicha perspectiva no considera las múltiples formas de discriminación de manera independiente, sino que trata de entender cómo se intersecan y crean una forma distinta o única de opresión que se distingue de cada forma de discriminación individualizada.⁴⁸

Esta perspectiva es mucho más realista, considerando que el sexismo y el racismo –al igual que otras formas de discriminación–, por lo regular, no se viven de manera aislada. Al contrario, múltiples formas de opresión suelen superponerse y generan sistemas complejos de marginalización.⁴⁹ La perspectiva *interseccional* también permite tomar en cuenta contextos históricos, sociales y políticos, y reconocer la unicidad de la experiencia resultante de la intersección de los motivos de discriminación.⁵⁰ En efecto, los grupos de personas pueden experimentar una su-

⁴⁵ Véase Elena Marchetti, “Intersectional Race and Gender Analysis: Why Legal Processes Just don’t Get It?”, en *Social and Legal Studies*, vol. 17, núm. 2, 2008, p. 156; Kimberlé W. Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, en D. Kelley Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Filadelfia, Temple University Press, 1993, y Josée-Anne Riverin, *Preocupaciones de género, reivindicaciones indígenas y derechos humanos: mujeres indígenas al centro de una crisis de identidad: Estudio de caso de mujeres indígenas en Asia*, Tesis de maestría (en francés), Canadá, Universidad de Quebec en Montreal, 2010.

⁴⁶ Véase Kimberlé W. Crenshaw, “Background Paper for the Expert Meeting on the Gender-related Aspects of Race Discrimination”, en *Revista Estudios Feministas*, vol. 10, núm. 1, 2002, p. 13.

⁴⁷ Véase B. Duhaime y J.-A. Riverin, “Understanding Double Discrimination...”, en *op. cit.*, y B. Duhaime y Josée-Anne Riverin, “Wasayia, parce que je suis femme et autochtone”, en *Femmes autochtones du Québec et UQAM*, Montreal, UQAM, 2011.

⁴⁸ Véase Mary Eaton, “Patently Confused, Complex Inequality and *Canada v. Mossop*”, en *Review of Constitutional Studies*, vol. 1, núm. 2, 1994.

⁴⁹ Véase Johanna E. Bond, “International intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women’s International Human Rights Violations”, en *Emory Law Journal*, vol. 52, núm. 1, 2003, p. 71.

⁵⁰ Véase Ontario Human Rights Commission, *An Intersectional Approach to Discrimination: Addressing Multiple Grounds In Human Rights Claims*, 2001, disponible en <http://www.ohrc.on.ca/en/resources/discussion_consultation/DissIntersectionalityFtns/pdf>.

perposición de discriminaciones resultante de exclusiones históricas basadas en la raza, el género, la edad, la discapacidad física, entre otras, que en conjunto sería imposible o inadecuado categorizarla tan sólo como racismo o sexismo.⁵¹

La perspectiva *interseccional* fue adoptada por varios sectores del intelectualismo feminista, incluso por el movimiento del feminismo tercermundista,⁵² así como el del *Critical Race Feminism* y el del *Black Feminist Thought* en Estados Unidos,⁵³ dado que permite entender cómo el sexismo interactúa y fomenta otras formas de dominación como el racismo, el clasismo y el colonialismo.⁵⁴ Por ello, la perspectiva *interseccional* resulta de particular utilidad para el estudio de la doble discriminación vivida por mujeres indígenas.⁵⁵

Políticas contra la pobreza en el marco de la obligación de garantía de los derechos de las mujeres indígenas

Como se ha señalado, la garantía del goce efectivo de los derechos reconocidos a toda persona sujeta a su jurisdicción y, en particular, los de las mujeres indígenas es una obligación positiva que impone al Estado el imperativo de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sea capaz de asegurar a nivel jurídico el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, lo que implica la creación de condiciones que garanticen la existencia digna.⁵⁶ Por tanto, tal obligación debe ser cumplida mediante las acciones y políticas gubernamentales creadas con el objeto de atender y erradicar la situación de pobreza que viven

⁵¹ Véase las explicaciones de la jueza L'Heureux-Dubé de la Corte Suprema de Canadá en Caso *Canadá (A.G.) versus Mossop*, 1993, 1 S. C. R. 554, pp. 645-646.

⁵² Chandra Mohanty, *Feminism Without Borders: Decolonizing Theory, Practicing Solidarity*, Durham, Duke University Press, 2006, p. 37; Chandra Mohanty, Ann Russo y Lourdes Torres (eds.), *Third World Women and the Politics of Feminism*, Bloomington, Indiana University Press, 1991.

⁵³ Véase Adrien Katherine Wing et al., *Critical Race Feminism: A Reader*, Nueva York, New York University Press, 2003; Bell Hooks, *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*, Boston, South End Press, 1999; Patricia Hill Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, Nueva York, Routledge, 1990; Kimberlé W. Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex...", en *op. cit.*; Hope Lewis, "Global Intersections: Critical Race Feminist Human rights and inter/national black women", en *Maine Law Review*, vol. 50, 1998, y J.-A. Riverin, *Preocupaciones de género...*

⁵⁴ Véase Patricia Richards, "The Politics of Gender, Human Rights and Being Indigenous in Chile", en *Gender & Society*, vol. 199, núm. 2, 2005.

⁵⁵ J.-A. Riverin, *Preocupaciones de género...*

⁵⁶ Véase Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez versus Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166; Corte IDH, *Caso de los Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) versus Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

las indígenas, como lo es el Programa de Desarrollo Humano Oportunidades (Programa Oportunidades),⁵⁷ principal política contra la pobreza en México, creado en el marco de las estrategias de atención de la pobreza contenidas en la Ley General de Desarrollo Social,⁵⁸ cuyas transferencias monetarias en 2010 constituyeron 46% de los ingresos totales de la población indígena del país.⁵⁹

Dicho programa está orientado a incentivar el desarrollo humano y contribuir a la ruptura del ciclo intergeneracional de la pobreza. Atiende a cerca de 25 millones de personas que viven en 5.8 millones de hogares en situación de pobreza, y cerca de 50% de estos se ubican en estados de la República que albergan la mayor parte de población indígena, como Veracruz, Chiapas, Puebla, México, Oaxaca, Guerrero y Michoacán.⁶⁰ Se aplica en todos los municipios clasificados como indígenas y se estima que 93.7% de la población indígena está afiliada a él.⁶¹

Surgió en 2002, teniendo como antecedentes el Programa Nacional de Solidaridad creado en 1989 (Pronasol) y el Programa de Educación, Salud y Alimentación (Progresa).⁶² Ofrece a las familias beneficiarias transferencias monetarias condi-

⁵⁷ Este programa es formulado, coordinado, supervisado y evaluado por la Secretaría de Desarrollo Social del Gobierno Federal mediante la Coordinación Nacional del Programa de Desarrollo Humano Oportunidades, dependencias que además son responsables de su ejecución en conjunto con la Secretaría de Salud, el IMSS (mediante el IMSS-Oportunidades), la Secretaría de Educación Pública y el Consejo Nacional de Fomento Educativo (Conafe). Los servicios de educación y de salud son otorgados por los gobiernos de los estados, las delegaciones y las representaciones de los programas federales. Véase Carmen Herrera y Julia Suárez (coords.), *El programa Oportunidades y las mujeres indígenas en México*, México, en prensa, pp. 43 y 44.

⁵⁸ Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004, disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/wo13201.doc>>.

⁵⁹ El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo expresó preocupación por este grado de dependencia del Programa Oportunidades por parte de la población indígena en México, considerando prioritaria la creación de políticas públicas enfocadas a atender la situación. Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe de desarrollo humano de los pueblos indígenas de México 2010*, p. 71, disponible en <http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=161&Itemid=200019>.

⁶⁰ Comunicado de prensa núm. 11/2011 del 6 de mayo de 2011, disponible en <http://www.oportunidades.gob.mx/Portal/wb/Web/una_tercera_parte_de_los_mexicanos_reciben_apoyos>.

⁶¹ Véase Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol), "Comunicado de prensa núm. 023", en 23 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.oportunidades.gob.mx/Portal/wb/web/did232009_23122009>.

⁶² El Pronasol estaba dirigido a las comunidades pobres, en especial campesinas, indígenas y habitantes de áreas urbanas marginalizadas. Se instauró mediante la creación de los denominados "comités de solidaridad" que se involucraban en la realización de obras públicas y sociales promovidas por las instancias gubernamentales. A partir de 1997 tomó el nombre de Progresa, programa orientado a la prestación de servicios de salud, educación y alimentación, que utilizaba transferencias en efectivo con el propósito de incentivar el fortalecimiento de capacidades de las personas en situación de pobreza. Su unidad de atención fue la familia. Véase C. Herrera y J. Suárez (coords.), *El programa Oportunidades...*, pp. 41-43.

cionadas al cumplimiento de corresponsabilidades en materia de salud, educación y alimentación. A diferencia de los modelos anteriores, incorporó a población urbana considerada en extrema pobreza, el componente de *jóvenes con oportunidades* y el apoyo a personas adultas mayores en 2005.⁶³ Otra modalidad que incorporó el programa Oportunidades fue la designación de una mujer de cada familia como *titular* del beneficio y de las corresponsabilidades, bajo el argumento de que con ello se contribuía a su empoderamiento. De esa forma, a finales de 2009, 97% de las transferencias monetarias se entregaron a mujeres que ejercían tal función.⁶⁴

Dicha acción gubernamental tiene su origen en el reconocimiento implícito que hiciera el Estado mexicano –junto con los demás Estados Parte de la Organización de las Naciones Unidas– durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, de haber faltado a su obligación de garantizar los derechos de las mujeres, y al expresar preocupación por las diversas formas de discriminación, violencia y pobreza a las que seguían expuestas las mujeres en el mundo y en particular los pueblos indígenas. Lo anterior los llevó a adoptar como una prioridad la erradicación de todas las formas de discriminación basada en el sexo.⁶⁵ En dicho documento, la Conferencia Mundial recomendó a cada Estado considerar la posibilidad de elaborar un plan de acción nacional en el que se determinaran las medidas necesarias para que ese Estado mejorara la promoción y protección de los derechos humanos.

En ese marco, como resultado del Acuerdo de Cooperación Técnica celebrado el 1 de diciembre del 2000 entre la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el entonces presidente Vicente Fox,⁶⁶ se elaboró en México el primer Programa Nacional de Derechos Humanos,⁶⁷ hecho público el 10 de diciembre de 2004, el cual, a pesar de haberse pensado de carácter transxenal con proyección al año 2025, al inicio de la administración del presidente

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol), “Comunicado de prensa núm. 023”, 23 de diciembre de 2009.

⁶⁵ Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración y programa de acción de Viena, aprobada en la Conferencia celebrada del 14 al 25 de junio de 1993”, disponible en <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument)>.

⁶⁶ Dicho acuerdo fue resultado de un largo proceso de denuncia nacional e internacional realizada por las organizaciones no gubernamentales surgidas a partir de sismo de 1985 y durante el sexenio de Salinas de Gortari. Véase Emma Consuelo Maza Calviño, *Derechos humanos: retórica sin compromiso*, México, Flacso (colección Tesis Premiadas), 2009, pp. 26-44.

⁶⁷ Su contenido puede consultarse en: <http://www.hchr.org.mx/documentos/publicaciones/prog_nal.pdf>.

Felipe Calderón fue reemplazado por el Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012 (PNDH).⁶⁸

De acuerdo al decreto que lo contiene, este PNDH fue elaborado sobre la base del sistema de planeación democrática del desarrollo nacional al que hace referencia el artículo 26 de la constitución mexicana, regulado en la Ley de Planeación⁶⁹ y plasmado en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 (PND).⁷⁰ El objetivo del PNDH es integrar una política pública en materia de derechos humanos y asegurar su respeto en toda la Administración Pública Federal (APF). Dicho programa es de observancia obligatoria para todas las dependencias que integran la propia APF. Se fundamenta en el principio de *no discriminación* y en la inclusión de la perspectiva de igualdad y de la equidad de género, y propone, entre otras cosas, fortalecer el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados e instrumentos jurídicos de derechos humanos, y promover su cumplimiento en el interior del Poder Legislativo, del Poder Judicial y de los tres órdenes de gobierno.

No obstante, tales principios se encuentran ausentes del diseño e implementación del programa Oportunidades, como lo revela el estudio denominado *El programa Oportunidades y los derechos de las mujeres indígenas en México*.⁷¹ A la luz de las obligaciones jurídicas del Estado en materia de derechos humanos, de la perspectiva de género y de la perspectiva indígena, este estudio llevó a cabo una aproximación al diseño e implementación del programa mencionado con el propósito de indagar en qué medida tomaba en cuenta las desigualdades que las mujeres indígenas beneficiarias enfrentan por razones de género y por las desventajas estructurales de los pueblos a los que pertenecen, e intenta verificar también si se ubicaba en el marco de los derechos reproductivos de las propias mujeres y en el contexto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y si pudiera contener aspectos que implicaran la doble discriminación de estas beneficiarias –por ser mujeres y por ser indígenas.

⁶⁸ El Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012 se encuentra contenido en el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 29 de agosto de 2008, disponible en <http://www.derechoshumanos.gob.mx/work/models/Derechos_Humanos/Resource/49/1/images/PROGRAMA_NACIONAL_DE_DERECHOS_HUMANOS_2008-2012.pdf>.

⁶⁹ Véase <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/wo13201.doc>>.

⁷⁰ Véase texto completo en <<http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/index.php?page=documentos-pdf>>.

⁷¹ El reporte de este estudio se encuentra actualmente en prensa. Fue realizado en 2010 bajo la coordinación de Julia Suárez y Carmen Herrera de la organización Abogadas y Abogados para la Justicia y los Derechos Humanos, A. C., en el marco del proyecto "Políticas Sociales y Derechos de las Mujeres Indígenas en México", en proyecto que a su vez formó parte de otro más amplio impulsado por el Enlace Continental de Mujeres indígenas, Derechos y Democracia, la Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad de Quebec y el Centro de Investigación sobre el Desarrollo Internacional.

Los hallazgos del estudio mencionado contrastan con los supuestos normativos arriba referidos. Si bien existe un amplio consenso de opiniones entre quienes han analizado y evaluado el programa, así como entre personas que siendo parte de comunidades indígenas se encuentran afiliadas al mismo, en el sentido de que les aporta recursos económicos que les permiten, en alguna medida, atender necesidades apremiantes y que han podido conocer aspectos de prevención de la salud o de planificación familiar sobre los que no hubieran tenido acceso de otra manera, lo que el estudio arrojó es que tales beneficios tienen un alto costo para los pueblos indígenas, para las familias y, en especial, para las mujeres titulares de las mismas. Este costo es sumamente significativo en el marco de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos individuales y colectivos, tanto de las mujeres como de los pueblos y comunidades a que pertenecen. A continuación se detallan algunos de ellos:⁷²

1) Ignora el derecho de autonomía de los pueblos indígenas, ya que el programa se diseñó y se aplica sin respetar su derecho de participación y consulta para obtener el consentimiento previo e informado a que está obligada toda entidad estatal responsable de acciones o políticas que se les aplican. El Programa pasa también por encima del derecho de los pueblos indígenas a vivir de acuerdo a su cultura, tradiciones, instituciones y formas de organización, en razón de que se llevan a cabo las actividades sin considerar el sistema de cargos –no justificando ausencias por razón del cumplimiento de los cargos o de participación en la asamblea comunal a la que asisten todos los comuneros– ni las fiestas tradicionales y religiosas –programando pláticas a familias responsables de la mayordomía o de organizar la fiesta en fechas que interfieren con el cumplimiento de dichas tradiciones–, u ofendiendo su cultura alimentaria –diciéndoles que comen como cerdos, haciendo alusión al tipo de alimentos tradicionales que consumen. De igual forma, desconoce derechos culturales esenciales, como el de recibir información y hacerse comprender en su propia lengua –por ejemplo, realizando talleres y pláticas sin traducción, a pesar de que gran cantidad de mujeres y hombres adultos/os afiliadas/os al programa son monolingües o no comprenden del todo el español.

2) Desde que esta política social se aplicaba bajo la modalidad del Progreso, hubo estudios que lo acusaron de ser vertical frente a las mujeres y sus comunidades, así como de tener un impacto negativo en las relaciones comunitarias, no sólo

⁷² Los hallazgos son producto del análisis de los documentos oficiales relativos al diseño y funcionamiento del programa; de la información proporcionada por las dependencias del Gobierno federal, responsables de su implementación; de la consulta de otros estudios realizados sobre el propio Programa o los que le antecieron; del trabajo de campo llevado a cabo en una comunidad mixte de Oaxaca y de la validación de resultados realizada tanto con mujeres titulares de la misma comunidad como con una organización de mujeres tzeltales de Chiapas. Véase C. Herrera y J. Suárez (coords.), *El programa Oportunidades...*, pp. 139-174.

en su manejo verticalista, sino también por el manejo individualizado de los fondos, el cual se opone a todo lo que es la organización comunitaria previa y crea conflictos entre familias beneficiarias y quienes quedaron excluidos de dicho programa.⁷³

3) Como lo han señalado también otros estudios,⁷⁴ en su diseño y aplicación, el programa no sólo omite incorporar la perspectiva de género para evitar generar nuevas desventajas o cargas adicionales para las mujeres y para compensar las que a lo largo de la historia han experimentado por ser mujeres y por ser indígenas, sino que genera nuevas formas de afectación de sus derechos. Entre otras razones, esto ocurre porque, al no incidir en cambios que operen en las relaciones de pareja de por sí desventajosas para ellas, el cumplimiento de las corresponsabilidades recae en ellas, ya que deben asegurar que sus hijas/os y pareja recuerden y acudan con puntualidad a las pláticas programadas. Lo anterior llega a ocasionarles conflictos e incluso a enfrentar exigencias de la pareja o de sus hijas/os de entregarles el apoyo monetario recibido. Tampoco el programa *Oportunidades* contempla, en su operación, la realidad de violencia intrafamiliar que pueden estar viviendo como justificación para acudir sin sus parejas a cumplir con las corresponsabilidades.

4) Por otra parte, el estudio reveló que el programa no está contribuyendo a asegurar el acceso de las mujeres indígenas y de sus comunidades al derecho incondicional de acceso a servicios de atención de su salud de calidad y culturalmente adaptados, por diferentes razones: en primer lugar, porque los precarios servicios de salud con los que contaban las comunidades indígenas antes de la implementación de este programa se han visto disminuidos debido a que el personal médico destina gran cantidad de su tiempo y atención a la operación del programa. Si bien la afiliación al mismo ha implicado también afiliación al Seguro Popular, queda sujeta a decisiones de carácter discrecional del personal médico la atención o no de ciertos padecimientos o urgencias, así como la emisión de orden de remisión al hospital regional más cercano o a atención especializada, incluso en materia de salud reproductiva y atención de embarazos complicados y partos. La discrecionalidad se extiende incluso a la justificación o no de faltas o retrasos en la hora de llegada de las mujeres titulares y de sus familias a las plá-

⁷³ Véase Paola Sesia, "El Progreso y su impacto en las familias de comunidades indígenas de Oaxaca", en Soledad González Montes, *Salud y derechos reproductivos en zonas indígenas de México, Memoria del seminario de investigación*, México, Programa Salud Reproductiva y Sociedad / El Colegio de México, 2003.

⁷⁴ Véase Ana María Tepichín Valle, *Equidad de género y pobreza: autonomía en beneficiarias del Programa Oportunidades: estudio de caso*, México, Instituto de Desarrollo Social del Distrito Federal / Luna Quintana, 2005.

ticas y talleres.⁷⁵ Estos factores están ocasionando serios obstáculos al acceso a servicios de salud para las mujeres y demás miembros de las comunidades, y aumenta la necesidad de acudir a servicios privados en ciudades cercanas o a clínicas y hospitales foráneos, lo cual no es posible para muchas personas. Si algunas lo logran, hacerlo las aleja de la posibilidad de recibir atención en su lengua y de que se tome en cuenta su cultura y sus tradiciones.

El estudio concluye con recomendaciones dirigidas a las dependencias gubernamentales responsables del programa, entre las cuales se encuentran: la revisión del mismo para que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas y se incorpore la perspectiva de género; el diálogo con la instituciones representativas de las comunidades indígenas que tienda a llegar a acuerdos sobre la instauración del programa en su contexto cultural; y separar el componente de salud de la infraestructura instalada para brindar atención de salud a la población indígena, adoptando las medidas que se requieren para evitar que la aplicación del programa esté sujeta a discrecionalidades que, como se pudo constatar, están vulnerando seriamente los derechos de las mujeres indígenas titulares, de sus familias y de sus comunidades. En general, se recomienda que dicha revisión incorpore las perspectivas de derechos humanos, de género e indígena.

Tales recomendaciones son acordes con la reforma al artículo 1o. de la Constitución que, por fin, otorga rango constitucional a los derechos reconocidos por el Estado mexicano en los tratados internacionales,⁷⁶ así como con la también reciente reforma a la Ley de Planeación⁷⁷ que establece, entre otras cosas, que la planeación debe basarse entre otros principios: en el de igualdad de derechos entre mujeres y hombres; la atención de las necesidades básicas de la población y la mejoría de todos los aspectos de la calidad de vida; la perspectiva de género para garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y promover el adelanto de las mujeres mediante el acceso equitativo a los bienes, recursos y beneficios del desarrollo (artículo 2); ordena que las dependencias de la administración pública centralizada deberán planear y conducir sus actividades con perspectiva de género y con sujeción a los objetivos y prioridades de la planeación nacional de desarrollo (artículo 9); y que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá elaborar el Plan Nacional de Desarrollo, tomando en cuenta también los plantea-

⁷⁵ Durante el desarrollo de la investigación y hasta la fecha, se ha escuchado gran cantidad de quejas frente a los malos tratos incluso por no comprender el español, negativa a justificar ausencias o retrasos, así como por la negación de atención en momentos requeridos con urgencia.

⁷⁶ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, disponible en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas.php>>.

⁷⁷ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2011, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lplan/LPlan_ref04_20jun11.pdf>.

mientos que se formulen por los grupos sociales y por los pueblos y comunidades indígenas interesados, así como la perspectiva de género (artículo 14).

La reforma constitucional que incorpora los derechos reconocidos en los tratados internacionales y la reforma a la Ley de Planeación referida crean el escenario propicio para que, en la normatividad y en los instrumentos que rigen el diseño y la aplicación del programa Oportunidades, se apliquen los cambios que requiere el mismo para que a la brevedad se haga compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos individuales y colectivos de las mujeres y de los pueblos indígenas, atendiendo, en particular, las recomendaciones que al respecto hace el estudio de referencia, así como las derivadas de la *Evaluación externa del Programa Oportunidades 2008, a diez años de intervención en zonas rurales (1997-2007)*.⁷⁸ Esta última es de particular importancia debido a que es la única evaluación solicitada por la propia Coordinación del Programa que observa su impacto en comunidades indígenas y formula recomendaciones que contribuirían a disminuir los impactos negativos que, en la actualidad, están viviendo éstas.

Conclusión

La pobreza, la violencia y la discriminación que viven las mujeres indígenas es multifactorial, producto de una sociedad que a lo largo de la historia ha subordinado a las mujeres, las ha marginalizado y las ha mantenido en situación de desventaja y vulnerabilidad frente a los hombres y mujeres no indígenas. Es resultado también de dinámicas culturales y fallas estructurales de carácter endémico, como la desigual e inmoral distribución de la riqueza.⁷⁹ Sin embargo, la causa determinante es la omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones de respeto, garantía y protección de sus derechos, mediante la adopción de medidas eficaces

⁷⁸ De acuerdo con C. Herrera y J. Suárez (coords.), *El programa Oportunidades...*, p. 66, la evaluación fue coordinada por el Instituto Nacional de Salud Pública y el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. Es de tipo cualitativo, cuantitativo, de impacto y de procesos, y se agrupa en cuatro tomos. El tomo I presenta los resultados en educación y trabajo de jóvenes becarios y exbecarios tanto indígenas como mestizos, así como en educación, nutrición y desarrollo cognoscitivo de niños/as pequeños/as y escolares que hace diez años se integraron al programa. El tomo II aborda la situación de la calidad de los servicios, la utilización de servicios por parte de la población beneficiaria y los resultados de impacto en salud y nutrición. El tomo III se refiere a la calidad de los servicios educativos. Por último, el tomo IV aborda la operación y procesos del programa.

⁷⁹ Según el Fondo de Población de Naciones Unidas, en América Latina, 10% de la población más rica percibe 48% de los ingresos totales, mientras que 10% de la población más pobre sólo percibe 1.6%. En 2005, 39.8% de la población de la región vivía en la pobreza y 15.4% era extremadamente pobre o indigente (UNFPA s. f.).

que aseguren el goce efectivo de los mismos, por lo menos en igual condición que los hombres y las mujeres no indígenas.

En el marco de las obligaciones jurídicas del Estado en materia de derechos individuales y colectivos de las mujeres y los pueblos indígenas, se deben reorientar y adecuar las acciones y políticas gubernamentales de atención de la pobreza que enfrentan, remontando el falso dilema entre proteger los derechos o atender la pobreza. Ello implica adoptar medidas complejas que tomen en cuenta el carácter multifactorial de la pobreza y lo perverso de los resultados de la intersección entre las diferentes formas de discriminación que la producen.

Tal como se ha indicado con anterioridad, la implementación de políticas públicas o de programas estatales relativos a mujeres indígenas debe adecuarse a la situación particular que viven ellas por razones de género y de cultura. El estudio realizado revela que la falta de adecuación cultural en la planificación e implementación del programa Oportunidades –incluso mediante un proceso de consulta previa a los pueblos indígenas afectados– impone obstáculos adicionales a las mujeres indígenas que no existen para mujeres no indígenas o para hombres indígenas –al menos no de la misma manera. Esto implica que la intersección de vulnerabilidades a las cuales son expuestas las mujeres indígenas por medio del programa Oportunidades constituye, en sí misma, una forma de doble discriminación. En ciertas circunstancias, las indígenas tienen que elegir entre su identidad de mujer y su identidad de persona indígena para satisfacer los requisitos o procesos del programa, o para respetar sus costumbres comunitarias, una elección que no viven las mujeres no indígenas, por ejemplo. En otras circunstancias, el programa no toma en cuenta el aspecto colectivo del ejercicio de los derechos humanos de dichas mujeres –incluso en cuanto al acceso a servicios de salud o al programa de asistencia social– e impone responsabilidades adicionales a mujeres y no a hombres indígenas, lo que produce conflictos internos a nivel familiar o comunitario. Por último, algunas características de los procesos de otorgamiento de asistencia social o de servicios de salud previstos por el programa (incluyendo el hecho de que sean servicios monolingües, de que existe una alta discreción por parte de los agentes estatales responsables de la ejecución de los programas o de que hay una reducción en el acceso a ciertos servicios y tratamientos médicos no previstos por el programa) limitan de una manera muy específica y única el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres indígenas, lo cual constituye una forma única de doble discriminación.

Desde luego, el diseño de tales políticas debe incluir la participación de las mujeres y de los pueblos indígenas, así como aportes de otras disciplinas de las ciencias sociales —entre otras, la antropología, la psicología o la sociología política— que mucho tienen que aportar para lograr la perspectiva interseccional referida y remontar las limitaciones que implica hacerlo sólo desde una perspectiva jurídica.⁸⁰

⁸⁰ Una propuesta de aproximación y comprensión de los derechos humanos, crítica de su concepción centrada en lo jurídico se puede encontrar en Ariadna Estévez y Daniel Vázquez (coords.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, México, Flacso/CISAN-UNAM, 2010.

COLABORADORES Y COLABORADORAS

Miguel Rábago Dorbecker

Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) (Guadalajara), doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Cuenta con estudios de posgrado en la Universidad de Chile y la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Su formación disciplinar se da en el campo del derecho, concretamente en el área del derecho internacional y comparado. Se ha dedicado a dichas áreas en la docencia e investigación, con una tendencia reciente hacia el derecho internacional de los derechos humanos. Sus intereses se centran en una visión poscolonial de la antropología y la sociología crítica del derecho en América Latina. Actualmente, es catedrático de la Universidad Iberoamericana.

Lucía Raphael

Licenciada en Derecho por la UNAM, cursó la maestría en Derecho por la Escuela de Estudios Superiores en Ciencias Sociales (EHES-Francia); maestra en Estudios de lo Femenino por la Universidad de París VIII y doctora en Literatura Comparada y Estudios Femeninos y de Géneros por la Universidad Nueva Sorbona París III. Es egresada de la Escuela de Escritores de la Sociedad General de Escritores de México (SOGEM). Es investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesora en especialidad de Derecho y Género en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Rosa María Álvarez

Investigadora titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el área de Derecho de Familia y Derechos Humanos. Profesora de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la UNAM. Jueza Ad Hoc en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Coordinadora del Diplomado Violencia Familiar y Derechos Humanos y del Núcleo Multidisciplinario sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia “Lic. Cecilia Loría Saviñón” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Alma Beltrán y Puga

Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y maestra en Derecho por la Universidad de Columbia en Nueva York. Fue becaria “Rómulo Gallegos” en la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); consultora de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (OACNUDH); oficial judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, e investigadora visitante del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (Chile), en conjunto con el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia, la Universidad de Miami y el Centro de Derechos Reproductivos (CRR) de Nueva York. Actualmente es coordinadora jurídica del Grupo de Información en Reproducción Elegida A.C. (GIRE) e integrante del Colegio de Bioética A.C.

Daniel Antonio García Huerta

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Maestro en Derechos Humanos y Garantías por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Cuenta con estudios de especialización en materia de derechos humanos en universidades de Estados Unidos y Colombia. Ha colaborado con organizaciones de la sociedad civil en acciones de investigación y defensa de los derechos humanos, principalmente de niñas, niños, personas indígenas y mujeres.

Salvador Perán Quesada

Doctor en Derecho con mención internacional. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga. Coordinador del Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género. Autor de la obra *Derecho social y género*, y editor de la obra *Gender Equality in the European Union*, ambas en

Thomson Reuters Aranzadi. Ha impartido docencia y colaborado en tareas investigadoras en España, Italia, México, Argentina, Chile y Uruguay.

Cristina Mangarelli

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Uruguay). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Montevideo, Uruguay). Profesora en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de dicha Universidad. Profesora titular de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). Profesora titular de Derecho Individual y Colectivo de Trabajo en el Master en Derecho de la Empresa de la Universidad de Montevideo. Ex vicepresidenta de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2006-2009). Autora de libros y artículos publicados en diversos países. Ha sido invitada en congresos, y ha dictado conferencias y clases de posgrado en América y Europa. Ejerce la profesión liberal de abogada en el área laboral.

Mary R. Goldsmith Connelly

Doctora en Antropología por la Universidad de Connecticut. Profesora del área de investigación “Mujer, identidad y poder” de la Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Especialista sobre trabajo del hogar remunerado en América Latina. Entre sus publicaciones recientes destaca: *Collective Bargaining and Domestic Workers in Uruguay*; “Los espacios internacionales de la participación política de las trabajadoras remuneradas del hogar”; *Las mujeres en la época de oro de la antropología mexicana: 1935-1965* (en coautoría con Martha Judith Sánchez Gómez).

Carmen Herrera

Abogada mexicana con estudios de posgrado en Sociología política. Desde Abogadas y Abogados para la Justicia y los Derechos Humanos, A. C., y como profesional independiente, contribuye con asesoría, capacitación y litigio en el ámbito interno e interamericano a fortalecer las estrategias de personas y colectivos que defienden sus/los derechos humanos en México. Fue visitadora judicial en el Consejo de la Judicatura del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; coordinadora del área jurídica y posteriormente del programa de políticas del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez; fue directora de la oficina para Centroamérica y México del Centro para la Justicia y el Derechos Internacional (CEJIL); y ha colaborado con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos

como docente en procesos de capacitación en el uso de mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Bernard Duhaime

Profesor de la Facultad de Ciencia Política y de Derecho de la Universidad de Québec en Montreal, Canadá, donde dirige el programa de grado en derecho internacional y relaciones internacionales. En la UQAM fundó y dirigió la Clínica Internacional de Defensa de los Derechos Humanos de la UQAM. Fue el *Canada-US Fulbright Visiting Chair in Public Diplomacy* de la Universidad de Southern California (Los Ángeles, Estados Unidos), *Visiting Fellow* al Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Cambridge, Estado Unidos), profesor e investigador invitado en el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Buenos Aires, Argentina) y *Visiting Fellow* en el Instituto Universitario Europeo (Florencia, Italia). A partir de diciembre de 2014 actuará como miembro del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU.

ÍNDICE

Presentación	vii
<i>Mónica Maccise Duayhe</i> <i>Rodolfo Vázquez</i>	
Introducción	ix
Los conceptos de esfera pública y privada en el derecho de familia	1
<i>Miguel Rábago Dorbecker</i>	
La persona en el derecho ¿La mujer?	27
<i>Lucía Raphael</i>	
El derecho civil y las mujeres en México	51
<i>Rosa María Álvarez</i>	
Entre la tradición y la modernidad: la regulación sobre filiación, parentesco y adopción en México	79
<i>Alma Beltrán y Puga</i>	
Género y trabajo doméstico remunerado: análisis de un quehacer invisible	97
<i>Daniel Antonio García Huerta</i>	
	225

Tratamiento normativo de la desigualdad retributiva en Latinoamérica desde la perspectiva de género.	119
<i>Salvador Perán Quesada</i>	
Conciliación del trabajo y la vida familiar	143
<i>Cristina Mangarelli</i>	
¿Sujetos de derechos o sujetadas a la servidumbre? Trabajadoras del hogar remuneradas en México.	163
<i>Mary R. Goldsmith Connelly</i>	
La pobreza de las mujeres indígenas en México. Una intersección de discriminaciones en las políticas de Estado	199
<i>Carmen Herrera y Bernard Duhaime</i>	
Colaboradores y colaboradoras	221