

El sexo del derecho*

Frances Olsen

Desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, y tal vez desde los tiempos de Platón, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos.¹

Tres características de este sistema de dualismos resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos.

* Publicado en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), pp. 452-467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Curtis.

1. Véase Hélène Cixous, “Sorties”, en E. Marks y I. Courtivron (eds.), *New French Feminisms* (Nueva York, Schocken Books, 1981), pp. 90-91; J. Derrida, *Dissemination* (The University of Chicago Press, 1981); C. Christ, *Diving Deep and Surfacing* (Boston, Beacon Press, 1980), p. 25; J. Clegg, *The Structure of Plato's Philosophy* (Lewisberg, Bucknell University Press, 1977), pp. 18, 100-101, 188-191; F. Olsen, “The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform” (en *Harvard Law Review*, 96, 497, pp. 1570-1576, 1983); G. Frug, “The City as a Legal Concept” (en *Harvard Law Review*, 93, pp. 1057, 1057, 1980).

Sexualización

La división entre lo masculino y lo femenino ha sido crucial para este sistema dual del pensamiento. Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular.

La identificación sexual de los dualismos posee elementos tanto descriptivos como normativos. A veces se dice que los hombres *son* racionales, activos, etc.; y otras veces se dirá que los hombres *deberían ser* racionales, activos, etc. De manera similar, a veces se considera que la aserción sobre las mujeres es descriptiva: las mujeres simplemente son irracionales, pasivas, sentimentales, etc. Mucha gente pensaba que esto era un hecho inmutable e inevitable acerca de las mujeres: que son incapaces de ser racionales, activas, etc. Pero también suele afirmarse que las mujeres *deberían ser* irracionales, pasivas y demás o, por lo menos, que ellas *no deberían* intentar ser racionales, activas, etc., sea porque es importante que las mujeres sean diferentes de los hombres o porque lo irracional, pasivo, etc., son rasgos positivos cuando se aplican a las mujeres.

Jerarquización

El sistema de los dualismos es un sistema de jerarquías. Los dualismos no sólo dividen el mundo entre dos términos sino que estos términos están colocados en un orden jerárquico. Del mismo modo en que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres, un lado de los dualismos domina y define al otro. Así, lo irracional se define como la ausencia de lo racional; lo pasivo es el fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción. Esta jerarquía ha sido algo oscurecida por una glorificación compleja –y a menudo poco sincera– acerca de las mujeres y lo femenino. Los hombres han oprimido y explotado a las mujeres en el “mundo real”, pero también han colocado a las mujeres en un pedestal, situándolas en un mundo de fantasía. Los hombres exaltan y degradan simultáneamente a las mujeres, como también exaltan y degradan simultáneamente los conceptos del lado “femenino” de los dualismos. La naturaleza, por ejemplo, es glorificada como algo respetable, como un valioso objeto de conquista

por parte de héroes masculinos, y simultáneamente es degradada como una materia inerte, y es explotada y manipulada de acuerdo con los propósitos de los hombres. De modo similar, la sensibilidad y la subjetividad irracionales son al mismo tiempo glorificadas y denigradas. Por más que se quiera romantizar las virtudes propias de las mujeres, la mayoría de la gente aún cree que lo racional es mejor que lo irracional, la objetividad es mejor que la subjetividad, y que ser abstracto y universal es mejor que ser concreto y particular. De todas maneras, la cuestión es más compleja porque nadie quiere *eliminar* realmente del mundo de forma total lo irracional, lo pasivo, etc. Pero generalmente los hombres quieren tomar distancia de estos rasgos y pretenden que las mujeres sean las irracionales, pasivas, etc. Para las mujeres, esta glorificación del lado “femenino” de los dualismos resulta hipócrita.

El derecho como concepto masculino

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y “masculinos” de los dualismos. Aunque la “justicia” sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho *no* es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres.

Las prácticas sociales, políticas e intelectuales que constituyen el derecho fueron, durante muchos años, llevadas a cabo casi exclusivamente por hombres. Dado que las mujeres fueron por largo tiempo excluidas de las prácticas jurídicas, no sorprende que los rasgos asociados con las mujeres no sean muy valorados en el derecho. Por otra parte –en una especie de círculo vicioso–, se considera que el derecho es racional y objetivo, entre otras cosas, porque es valorado y, a su vez, es tan valorado porque se lo considera racional y objetivo.

Los desafíos más interesantes y prometedores contra este sistema dominante de pensamiento son aquellos hechos por las feministas. Las críticas feministas del derecho encierran una analogía muy estrecha con las críticas feministas sobre el dominio masculino en general, y las actitudes contestatarias con las que varias feministas han enfrentado el derecho pueden comprenderse mejor cuando son observadas desde un contexto más amplio.

ESTRATEGIAS FEMINISTAS

Las estrategias feministas para atacar el sistema dual dominante pueden dividirse en tres amplias categorías. La *primera categoría* está compuesta por estrategias que se oponen a la sexualización de los dualismos y que luchan por identificar a las mujeres con el lado favorecido –con lo racional, activo, etc.–. Las estrategias de la *segunda categoría* rechazan la jerarquía que los hombres han establecido entre los dos lados de los dualismos. Esta segunda categoría acepta la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc., pero afirma el valor de estos rasgos: se trataría de rasgos tan buenos o mejores que lo racional, activo, etc. La *tercera categoría* rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos. Las estrategias de esta tercera categoría cuestionan y rompen con las diferencias que se sostiene existen entre los hombres y las mujeres, y a la vez niegan la jerarquía de lo racional, activo, etc., por sobre lo irracional, pasivo, etc. Racional e irracional, activo y pasivo y demás términos no son polos opuestos y no pueden dividir –y de hecho no dividen– el mundo en esferas contrastantes.

Rechazo de la sexualización

Las estrategias que rechazan la sexualización de los dualismos mantienen ciertas coincidencias con la ideología dominante, dado que aceptan la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. Se diferencian de la ideología dominante en el hecho de que no admiten la aseveración normativa de que las mujeres *deberían ser* –o seguir siendo– irracionales, pasivas, etc., rechazando principalmente la aserción descriptiva de que las mujeres son irracionales, pasivas, etc. De modo aún más firme, se oponen a la idea de que las mujeres no pueden evitar ser irracionales, pasivas, etcétera.

Esta estrategia es ilustrada por un ensayo escrito en 1851 por Harriet Taylor Mill. Mill criticó la afirmación de que las mujeres sean natural o universalmente inferiores a los hombres, y sostuvo que cada individuo –mujer u hombre– debería ser libre para desarrollar sus propias habilidades del mejor modo posible “para demostrar sus capacidades a través de una prueba pública (*by trial*)”. Según Mill, “la esfera apropiada para todos los seres humanos es la más amplia y la más distinguida que puedan alcanzar”.²

2. H. T. Mill, “Enfranchisement of Women”, en J.S. Mill y H.T. Mill, *Essays on Sex Equality*, ed. A. Rossi (University of Chicago Press, 1970), pp. 89, pp. 100-101; M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman* (Londres, J. Johnson, 1792), pp. 49-92.

Harriet Taylor Mill rechaza la sexualización de los dualismos y, sin embargo, acepta la jerarquía de los rasgos colocados en primer término sobre los segundos. Utiliza “racional” como digno de aprecio e “irracional” como un término despreciable, y afirma que “la razón y los principios” –y no el “sentimentalismo”– ofrecen el apoyo más fuerte para la emancipación de las mujeres. Niega que las mujeres sean inherentemente irracionales, pasivas, etc., y cree que las causas que tienden a hacer que se vean así son la educación y la forma de vida que las mujeres se ven obligadas a llevar. Mill dice que esto es “una injusticia para el individuo y un daño para la sociedad”. Negar a las mujeres la oportunidad de desarrollarse hasta su más alto potencial es una manera efectiva de impedir que sean racionales, activas, etc. “Si no se permite ejercer ciertas cualidades, éstas no deberían existir.” Harriet Taylor Mill descartó como “absurdos” los esfuerzos de algunas feministas de desafiar la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, activo sobre pasivo, etc. “Lo que se pretende para las mujeres son derechos iguales, igual acceso a todos los privilegios sociales, no una posición aparte, una especie de clero sentimental.”³

Esta actitud en relación con la igualdad de las mujeres es abiertamente sostenida en nuestros días. Muchas feministas y la mayoría de los liberales creen que los roles del sexo deberían ser una cuestión de elección del individuo. Cuando los individuos actúan racional y razonablemente, deberían ser tratados conforme a esa actuación. Si los hombres o las mujeres eligen ser irracionales, pasivos y demás, no pueden esperar ser tratados de la misma manera. Además, si las mujeres no quieren criar y educar a sus hijos, no deberían hacerlo, y si los hombres desean criarlos, deberían ser libres para cumplir esa decisión.

Hay más en esta categoría que una simple indiferencia frente al sexo. Lo que se afirma es que las mujeres *han sido entrenadas* para ser irracionales y pasivas, y que ese entrenamiento debería ser revertido. Las acciones afirmativas o positivas a favor de las mujeres, el abandono de la indiferencia frente al sexo, pueden ser justificadas y respaldadas como un método para neutralizar años de enseñanza en los que se formó a las mujeres para ser irracionales, pasivas, etc. Una crítica diferente es que las mujeres *ya* son racionales, activas y demás, pero no se reconoce que lo son. Las acciones afirmativas pueden ser justificadas y respaldadas, en esta perspectiva, como técnicas para revertir opiniones incorrectas y anticipadas acerca de la irracionalidad, pasividad, etc., de las mujeres. Lo que sos-

3. H. T. Mill, ob. cit., pp. 101 y 120; M. Wollstonecraft, ob. cit.

tienen estas estrategias no es que el género deba ser ignorado sino que las mujeres son o deberían ser racionales, activas, etcétera.⁴

Bajo estas estrategias, la igualdad –o tratamiento igualitario– es para las mujeres la meta final. El tratamiento igualitario para las mujeres también es propuesto como norma general, mientras que las políticas sobre la “conciencia de género” (*gender-conscious policies*) son vistas como un abandono limitado de esta norma –como una excepción que puede justificarse para enfrentar y corregir la desigualdad–. El resultado de esas políticas de “conciencia de género”, de acuerdo con sus defensoras, debería ser el de asegurar a las mujeres el mismo poder y prestigio del que gozan los hombres, y el de permitir que las mujeres sean –y que esto se les reconozca– tan racionales, activas, etc., como son los hombres (lo cual, por supuesto, sucede menos de lo que los hombres dicen que sucede).

Rechazo de la jerarquización

La segunda serie de estrategias rechaza la jerarquía de los primeros rasgos sobre los segundos pero acepta la sexualización. Estas estrategias se parecen a la ideología dominante en que aceptan en general la afirmación de que los hombres y las mujeres son diferentes –que los hombres son racionales, activos, etc., y que las mujeres son irracionales, pasivas, etc.–. Tienden también a seleccionar, para describir los mismos rasgos, adjetivos alternativos que tengan menor carga valorativa o que estén cargados en la dirección opuesta: racionalista/espontáneo; agresivo/receptivo, etcétera.

Durante el siglo XIX y principios del XX, el principal objeto de denuncia del movimiento de las mujeres fue la exclusión de éstas del ámbito público y la negación a la mujer de igualdad de oportunidades. Estas denuncias fueron sostenidas principalmente por estrategias de la primera categoría (estrategias que rechazaban la sexualización de los dualismos) más que por estrategias de la segunda categoría (estrategias que rechazaban la jerarquía). La principal excepción fue el movimiento por la pureza social y otras reformas morales.

En general, los movimientos de reforma social liderados por feministas rechazaron la jerarquización de los dualismos y aceptaron su sexualización. Las reformadoras sostenían que las mujeres son moralmente superiores a los hombres y, en este sentido, que tienen una misión especial

4. Véase F. Olsen, ob. cit., p. 1549-1550.

en la mejora de la sociedad. Muchas de estas reformadoras tenían la esperanza de que los hombres adoptaran más virtudes femeninas –especialmente la continencia sexual–, pero básicamente aceptaban los dualismos, aceptaban la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc. y, en general, se resignaban a la imposibilidad de un cambio mayor por parte de los hombres. Su esfuerzo principal no consistía en transformar o abolir los dualismos sino en forzar una revalorización de lo irracional, pasivo, etcétera.⁵

Charlotte Perkins Gilman, una temprana feminista que criticó rigurosamente muchos de los rasgos predominantes entre las mujeres de fin del siglo pasado, escribió sin embargo una elocuente reivindicación del lado desvalorizado de los dualismos. La novela *Herland* describe una utopía feminista en un escenario geográficamente aislado, luego de que los hombres se hubieran matado entre sí como consecuencia de una guerra. Gilman describe brevemente un milagroso y poco plausible cambio hacia la reproducción asexuada, para lograr así una descripción acerca de cómo funcionaría una sociedad compuesta sólo por mujeres. A pesar de que las mujeres de Gilman son más fuertes y más capaces de lo que el estereotipo estándar de su época hubiera permitido, y a pesar de que se observan en la novela sobretonos andróginos, el mensaje principal del libro es la ruptura e inversión parcial de la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, lo activo sobre lo pasivo, etcétera.⁶

Un grupo de feministas modernas ha continuado esta idea de la ruptura e inversión parcial de la jerarquía. Hablar de la “psicología de la mujer”, la “imaginación” y el “lenguaje común de las mujeres” es popular hoy en día.⁷ La distinción entre la estrategia que rechaza la jerarquización y acepta la sexualización de los dualismos por un lado y, por otro, la estrategia de la “androginia”, que rechaza la propia estructura de los dualismos, ha comenzado a disolverse.

5. Véase Barbara Easton, “Feminism and the Contemporary Family”, en N. Cott y E. Pleck (eds.), *A Heritage of Her Own* (Nueva York, Simon & Schuster, 1979), pp. 555-557; N. Cott y E. Pleck, Introduction, en ob. cit., p. 11; K. Melder, *Beginnings of Sisterhood* (Nueva York, Schocken Books, 1977), p. 53; Judith Walkowitz, “The Politics of Prostitution” (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vi, 1980, reeditado en C. Stimpson y E. Person [eds.], *Women: Sex and Sexuality* [Nueva York, Simon & Schuster, 1980]), p. 145.

6. Véase C. Gilman, *Herland* (Nueva York, Pantheon Books, 1979).

7. Véase C. Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge, Harvard University Press, 1982); P. Spacks, *The Female Imagination* (Nueva York, Knopf, 1975); A. Rich, “Origins and History of Consciousness” (en *The Dream of a Common Language: Poems, 1974-1977*, Nueva York, Norton, 1978), p. 7.

Tomar en cuenta la experiencia femenina y la cultura, la psicología, la imaginación o el lenguaje de las mujeres, puede ser una forma de recuperar aquello que ha sido excluido u oscurecido por la cultura dominante, pero también puede conllevar la aceptación de la sexualización de los dualismos. Revertir o invertir la jerarquía entre lo racional y lo irracional, lo activo y lo pasivo, etc., podría simplemente reforzar los dualismos y en última instancia mantener los valores dominantes. Por otro lado, tal reversión podrá en algunas ocasiones constituir la forma más efectiva de subvertir los dualismos.⁸ Además, una autora puede pretender seguir una estrategia en su obra y ser utilizada por los lectores para apoyar otra. A pesar de que algunas autoras articulan un claro apoyo al mantenimiento de los papeles sexuales,⁹ en otros casos la ruptura de la jerarquización de los dualismos puede o no pretender romper con la sexualización de los dualismos o bien deshacerse de los propios dualismos. Cuando ésta es la intención, yo clasificaría la estrategia en la tercera categoría, la “androginia”.

“Androginia”

Es posible atacar al mismo tiempo tanto la sexualización como la jerarquización. Los hombres no son más racionales, objetivos y universales que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal, al menos en los términos en los que la ideología dominante masculina ha definido estas ideas. A través de los años, varias feministas han tratado de adoptar una actitud crítica en relación con las pretensiones de dominio masculino. El rechazo tanto de la sexualización de los dualismos como de la jerarquización establecida entre los dos lados de los dualismos es a menudo acompañado por un rechazo de todos los dualismos y una ruptura de los papeles sexuales convencionales.

Durante la segunda mitad del siglo XIX hubo un significativo apoyo a la propuesta de moderar las expectativas puestas sobre los papeles sexuales de los hombres y mujeres. William Leach, en su estudio del feminismo en el siglo XIX, afirma que “todas las feministas creían que sólo los hombres y mujeres fuertes, independientes, pero también tiernos, que combinaran en su naturaleza las mejores virtudes de ambos sexos, podían ser

8. Véase Drucilla Cornell y Adam Thurschwell, “Femininity, Negativity, Intersubjectivity”, en Seyla Benhabib y Drucilla Cornell, *Feminism as Critique* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987); C. Christ, ob. cit., pp. 26, 130.

9. Véase, por ejemplo, Elshtain, “Against Androgyny” (en *Telos*, 47, 1981), p. 5.

buenos cónyuges y buenos padres". Sólo los "hombres y mujeres simétricamente desarrollados" eran considerados "seres humanos completos".¹⁰

El renacimiento del movimiento de las mujeres ha traído nuevamente estas ideas al discurso popular. Algunas feministas sostienen que las mujeres son y deben ser racionales e irracionales, objetivas y subjetivas, abstractas y concretas, universales y particulares. Desde hace no mucho tiempo, mujeres influidas por el pensamiento posmoderno, y especialmente por algunos movimientos deconstructivistas, han comenzado a cuestionar las dicotomías básicas.

Esta estrategia desafía el límite entre los dos términos en cada uno de los dualismos, poniendo en duda la oposición directa entre ellos y negando sus separaciones. Ser irracional es racional y la objetividad es necesariamente subjetiva.¹¹

CRÍTICAS FEMINISTAS AL DERECHO

Las críticas feministas al derecho se dividen en tres grandes categorías, conforme a las tres categorías de las estrategias feministas que atacan el dominio masculino en general. La ideología dominante sostiene que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal y que lo racional es mejor que lo irracional, lo objetivo es mejor que lo subjetivo, etc. La primera categoría consiste en aquellas críticas que atacan la afirmación de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, mientras que están de acuerdo con que lo racional, objetivo, etc., es mejor que lo irracional, subjetivo, etc. Estas feministas sostienen que el derecho debería ser racional, objetivo y universal y luchan para beneficiar a las mujeres, tratando de hacer que el derecho recoja sus reclamos y se torne así realmente racional, objetivo y universal. Las críticas de la segunda categoría aceptan que el derecho es racional, objetivo y universal pero rechazan la jerarquía de los dualismos. Las feministas que mantienen este punto de vista caracterizan el derecho como masculino y patriarcal y, en este sentido, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. La tercera categoría de las críticas rechaza tanto la caracterización del derecho como racional, obje-

10. W. Leach, *True Love and Perfect Union* (Nueva York, Basic Books, 1980), p. 32.

11. Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1577-1578; C. Heilbrun, *Towards a Recognition of Androgyny* (Nueva York, Harper & Row, 1973); E. Cook, *Psychological Androgyny* (Nueva York, Pergamon Press, 1985); W. O'Flaherty, *Women, Androgyny, and Other Mythical Beasts* (The University of Chicago Press, 1980).

tivo, abstracto y universal, como la jerarquización de lo racional sobre lo irracional, objetivo sobre lo subjetivo, etc. Tal derecho no es ni puede ser racional, objetivo, abstracto y universal. Una vez más, de acuerdo con esta tendencia feminista, racional e irracional, activo y pasivo, no son polos opuestos ni dividen ni pueden dividir el mundo en esferas contrastantes.

Reformismo legal

La primera categoría de las críticas cuestiona la exactitud de la afirmación de que el derecho es racional, objetivo y universal. Acepta la noción de que el derecho debería ser racional, objetivo y universal, pero denuncia los modos en los que fracasa en esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres. En particular, las reformadoras feministas denuncian que las leyes que niegan derechos a las mujeres –o que de alguna manera lesionan a las mujeres– son irracionales, subjetivas y no universales. Ésta ha sido la estrategia feminista legal más importante, y es el soporte teórico de todo el movimiento por los derechos de la mujer. Incluye un amplio espectro de argumentos para efectuar reformas legales, desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio legal hasta la idea de que –para ser “verdaderamente neutral”– el derecho debe tener en cuenta la actual subordinación de las mujeres y elaborar normas cuidadosamente diseñadas para rectificar y superar esta injusta desigualdad. Cada uno de estos argumentos identifica un aspecto diferente del derecho y denuncia su fracaso en el intento de ser racional, objetivo y universal.

Denuncia de los casos de denegación de la igualdad formal. Durante muchos años, las feministas se han quejado de que el derecho establece distinciones irracionales entre hombres y mujeres. De acuerdo con estas críticas, el derecho debería ser racional y objetivo, y para ello debería tratar a las mujeres de la misma forma como trata a los hombres. Este argumento ha sido a menudo exitoso: los jueces han declarado, por ejemplo, la inconstitucionalidad de leyes que establecían preferencias por los hombres sobre las mujeres, o que establecían que los padres debían mantener a sus hijas hasta una edad menor que a sus hijos, o bien de leyes que fijaban diferentes edades –según se tratara de hombres y mujeres– para autorizar la compra de bebidas alcohólicas, etcétera.¹²

12. Véase *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); *Craig versus Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

Las feministas también han sostenido con éxito que las leyes deberían prohibir a empleadores, escuelas y otros importantes actores sociales discriminar a las mujeres. Estas leyes han sido sancionadas y se han generalizado en parte por la insistencia feminista en que el derecho trate con igualdad jurídica formal a hombres y mujeres –que el derecho sea realmente racional, objetivo y universal–.

Denuncia de los casos de denegación de la igualdad sustancial. Para alcanzar como resultado una igualdad sustancial, puede ser necesario para el derecho tener en cuenta las diferencias que existen entre la gente y consecuentemente abandonar la igualdad legal formal. En este sentido, en algunos casos habrá conflicto entre las feministas que buscan la igualdad formal –“tratamiento igualitario”– y aquellas que demandan la igualdad sustancial, a veces a través de un “tratamiento especial”. El debate entre “tratamiento igualitario” versus “tratamiento especial” tiene lugar *dentro* de esta misma amplia categoría de crítica legal. Ambas posiciones coincidieron en que el derecho debe ser más racional, objetivo y universal, sólo que no coinciden sobre el resultado particular al que deben traducirse estos rasgos en un caso concreto. Las feministas que abogan por el “tratamiento especial” reclaman un resultado verdaderamente neutro y denuncian la falsedad de ciertas instancias de la igualdad formal, calificándolas de “seudoneutralidad”.¹³

Denuncias sobre la existencia de modelos “asimilacionistas” o “masculinos”. Otra de las bases de la crítica feminista destinada a demostrar que el derecho no es verdaderamente racional, objetivo y universal es que en la actualidad la igualdad se juzga comparando a las mujeres con los hombres. Para fundar una demanda por discriminación, una mujer tiene que demostrar que es tratada peor de lo que se hubiera tratado a un hombre. Esto significa que las normas sobre discriminación sexual operan sobre un modelo “asimilacionista” o “masculino”.¹⁴ Las normas sobre discriminación sexual sólo sirven para permitir que aquellas mujeres que eligen actuar como lo hacen los hombres reciban las mismas recompensas que reciben los hombres –es decir, facilitan la primera estrategia feminista, la que rechaza la sexualización de los dualismos–. Cuan-

13. Véase F. Olsen, “From False Paternalism to False Equality: Judicial Assaults on Feminist Community, Illinois 1869-1895”, *Michigan Law Review*, 84, pp. 1518-1520, 1541 (1986).

14. Véase C. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (New Haven, Yale University Press, 1979), pp. 144-146.

do el derecho elige apoyar esta estrategia feminista en lugar de otra, no es racional y objetivo. Las normas antidiscriminatorias podrían requerir, por ejemplo, que el trabajo sea estructurado de manera tal que los trabajadores puedan dedicar períodos significativos de tiempo al cuidado de sus hijos sin perjudicar sus ingresos o carreras, o podría requerir la noción de “valor comparable”, es decir, que los trabajos –incluido el cuidado de los hijos– sean remunerados de acuerdo con la habilidad y responsabilidad que suponen.¹⁵

Denuncia de la exclusión del derecho de la esfera doméstica. Las feministas señalan que el derecho “ha estado claramente ausente de la esfera doméstica”,¹⁶ y que esto ha contribuido a consolidar la subordinación de las mujeres. En un nivel práctico, deja a las esposas sin defensa frente a la dominación de sus maridos y, en un nivel ideológico, “desvaloriza a las mujeres y sus funciones”. Las actividades importantes de nuestra sociedad son reguladas por el derecho, y cuando éste mantiene una postura o posición de “no intervención”, esto implica que “las mujeres simplemente no son tan importantes para que sean dignas de regulación legal”. El aislamiento de la esfera de las mujeres transmite un mensaje importante: “En nuestra sociedad, el derecho es para los negocios y otros asuntos importantes. El hecho de que el derecho en general tenga tan poca conexión con las preocupaciones cotidianas de la mujer refleja y subraya su insignificancia”. De esta forma, una vez más el derecho fracasa en su intención de ser verdaderamente racional, objetivo y universal.

Debería hacerse una distinción entre esta descripción de parte de la ideología y el cuadro más complejo de ideas y de la realidad. La historia de las políticas de *laissez-faire* en relación con la vida doméstica es considerablemente más compleja de lo que esta descripción sugiere. El derecho ha regulado la vida familiar durante siglos, directa e indirectamente. Las normas han reforzado también la dicotomía entre el hogar “privado” y el mercado “público”, y lo han hecho de manera particularmente destructiva para las mujeres.¹⁷

15. Véase M. J. Frug, “Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers” (en *Boston University Law Review*, 55, 1979).

16. Véase Taub y Schneider, “Women’s Subordination and the Role of Law”, en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990), p. 151; Kathryn Powers, “Sex, Segregation, and the Ambivalent Directions of Sex Discrimination Law” (en *Wisconsin Law Review*, 55, 1979).

17. Véase F. Olsen, ob. cit., pp. 1501-1507; F. Olsen, “The Myth of State Intervention in the Family” (en *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18, p. 835, 1985).

El derecho como orden patriarcal

La segunda categoría de las críticas feministas del derecho acepta la afirmación descriptiva de que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, pero rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc. Estas feministas identifican el derecho como parte de la estructura de dominación masculina, caracterizan lo racional, objetivo, etc., como “patriarcal”, y acusan al derecho de ser, por esto, ideológicamente opresivo hacia las mujeres. Dicen que el sistema legal tiene una “masculinidad penetrante”. “Toda la estructura del derecho –su organización jerárquica, su estructura procesal litigiosa y adversarial y su regular inclinación en favor de la racionalidad por encima de todos los otros valores– lo define como una institución fundamentalmente patriarcal.”¹⁸

Janet Rifkin afirmó que el derecho es un “paradigma de masculinidad” y “el símbolo fundamental de la autoridad masculina en la sociedad patriarcal”.¹⁹ Catherine MacKinnon coincide con la idea de que el derecho es masculino. La objetividad es una norma masculina, además de constituir la imagen que el derecho proyecta de sí mismo. Por esta razón, el derecho “no sólo refleja una sociedad en la que los hombres dominan a las mujeres sino que las dominan de modo masculino”.²⁰

Esta concepción del derecho conduce a una visión mucho menos optimista sobre las posibilidades de reforma legal. MacKinnon escribe que “el derecho refuerza más las distribuciones de poder existentes cuanto más cercanamente se adhiere a su propio ideal supremo de justicia”. Diane Polan advierte que en la medida en que las mujeres articulen su pensamiento en términos de “igualdad de derechos” e “igualdad de oportunidades” y limiten su lucha al litigio judicial y al *lobby*, otorgan aprobación tácita al orden social existente y “abandonan la batalla” por lograr más desafíos radicales a la sociedad. El litigio judicial y las propuestas legislativas sólo pueden ser efectivos, afirma Polan, “cuando son emprendidos en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales más amplios”. Rifkin va más allá en la cuestión. Sostiene que el litigio judicial “no pue-

18. D. Polan, “Toward a Theory of Law and Patriarchy”, en D. Kairys (ed.), *The Politics of Law*, 1ª ed. (Nueva York, Pantheon Books, 1982), pp. 294, 300, 302.

19. J. Rifkin, “Toward a Theory of Law and Patriarchy” (en *Harvard Women's Law Journal*, 3, 1980), pp. 83, 84, 87, 88, 92.

20. C. MacKinnon, “Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence” (en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, VIII, 1983), pp. 635 y 645.

de conducir a cambios sociales porque, al sostener y confiar en el paradigma del derecho, el paradigma patriarcal se mantiene y se refuerza". Para eliminar el patriarcado, es necesario "desafiar y transformar" el "paradigma del poder masculino en el derecho".

Teoría jurídica crítica

La tercera categoría de las críticas feministas del derecho rechaza la jerarquía de lo racional sobre lo irracional, de lo objetivo sobre lo subjetivo, etc., y niega que aquél sea o pueda ser racional, objetivo, abstracto y universal. Las feministas que adhieren a esta tercera categoría –denominada "teoría jurídica crítica feminista"– están en parte de acuerdo y en parte en desacuerdo con las dos primeras categorías de críticas.

Estas feministas no menosprecian los beneficios obtenidos a través de reformas legales feministas en nombre de los derechos de las mujeres, pero resultan poco convencidas por la creencia de que la teoría jurídica abstracta cumple algún rol en la obtención de estos beneficios. El razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas.

De igual modo, las feministas que adhieren a la teoría jurídica crítica coinciden con las feministas que definen el derecho como "patriarcal" en la afirmación de que el derecho es con frecuencia opresivo para las mujeres. Sin embargo, están en desacuerdo en que el derecho sea masculino: el derecho no tiene una esencia o naturaleza inmutable, es una forma de actividad humana, una práctica llevada a cabo por gente. Las personas que lo practican son predominantemente hombres, y muchos de ellos ofrecen descripciones sobre su actividad que no son ni podrían ser verdaderas. Si bien es verdad que el derecho ha sido dominado por los hombres, los rasgos asociados a las mujeres sólo han sido oscurecidos, no eliminados. El derecho no es masculino. El derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal. Es tan irracional, subjetivo, concreto y particular como racional, objetivo, abstracto y universal.

El derecho en conjunto no se corresponde completamente con ninguno de los lados de los dualismos. El derecho no es universal, racional y objetivo y, conforme a lo que creemos, jamás podrá serlo.

La afirmación de que el derecho es universal se basa en la creencia de que consiste en unas pocas normas o principios generales, y que éstos proporcionan fundamentos básicos para resolver casos particulares. Pero en lugar de esto, el derecho está en realidad formado por la acumulación de gran cantidad de normas específicas y algunos principios muy genera-

les. Las normas son demasiado específicas, precisas y contextuales para considerarlas universales. La existencia de estas normas es lo que da al derecho el grado de “predecibilidad” que posee, pero son demasiado particulares: cada norma cubre muy pocos casos para hacer que el derecho sea *universal*. Por ejemplo, en la actualidad hay una norma que establece que los Estados pueden sancionar leyes sobre estupro diferenciadas según el género o el sexo para reducir la incidencia de los embarazos de las adolescentes, y hay otra norma que establece que la emancipación por mayoría de edad no puede estar basada en el género o en el sexo. En el caso “Michael M. versus Sonoma County”,²¹ la Corte Suprema [de Estados Unidos] aceptó la validez de una norma sobre estupro que establecía diferencias según el sexo que, de acuerdo con la Corte Suprema de California, fue sancionada para reducir la incidencia de embarazos de adolescentes. En el caso “Stanton versus Stanton”,²² la Corte Suprema declaró que una ley del Estado de Utah –que establecía que el padre debía mantener a su hijo hasta los veintiún años pero podía dejar de mantener a su hija a los dieciocho años– era inconstitucional. Lo que quiero decir no es que estas dos normas estén en conflicto ni que las soluciones de los casos no puedan conciliarse. Más bien, cada una de ellas se aplica a muy pocas circunstancias para proporcionar una respuesta universal a la cuestión de cuándo pueden los Estados sancionar leyes basadas en el género.

Los principios o estándares, por otra parte, son demasiado vagos e indeterminados para resolver casos. En cualquier caso interesante que se disputa pueden encontrarse al menos dos principios amplios y generales, diferentes entre sí, que podrían aplicarse y conducir a resultados distintos. Por ejemplo, el principio de “no intervención” en la familia a menudo ofrecerá un resultado, mientras que el principio de protección de los menores ofrecerá el resultado opuesto. Así como las normas se aplican a muy pocos casos, los principios se aplican a demasiados. El sistema legal fluctúa en su fundamento entre normas y principios, pero su aspiración de ser universal jamás se ha concretado. El derecho no es más abstracto y universal que personalizado y contextual.

El derecho tampoco es racional. Los esfuerzos de las feministas por desarrollar una elaboración racional de derechos igualitarios para los seres humanos destinada a lograr derechos para las mujeres no han funcionado y no funcionarán. Los conflictos clásicos entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados, entre derechos naturales y derechos positivos y

21. 450 U.S. 464 (1981).

22. 421 U.S. 7 (1975).

entre “derechos considerados como garantía de seguridad” y “derechos considerados como garantía de libertad” transforman el análisis jurídico en un instrumento incapaz de resolver ningún conflicto significativo.²³ Más específicamente, si una solución protege la libertad de acción del actor, el resultado opuesto protege la seguridad del demandado. Si una solución protege la igualdad formal de tratamiento de la mujer, su derecho a la igualdad sustancial requeriría un resultado diferente. Ésta es la razón por la cual, por ejemplo, las feministas se dividen en posiciones opuestas en el caso “California Federal versus Guerra”.²⁴ Algunas feministas afirman que la igualdad formal requiere que el derecho trate el embarazo del mismo modo que a cualquier otra incapacidad temporal, mientras que otras feministas sostienen que la igualdad sustancial requiere que las mujeres puedan dar nacimiento a sus hijos sin perder sus trabajos –aunque no se justificara ninguna otra ausencia temporal en el trabajo–. En consecuencia, algunas feministas afirman que las mujeres deberían insistir sobre la igualdad formal y rechazar cualquier forma de licencia especial por maternidad; mientras que otras feministas argumentan que las mujeres que trabajan necesitan una adecuada licencia por maternidad, aunque no se otorgue ninguna licencia similar a los hombres o a otras personas que no están embarazadas. El derecho no proporciona ningún fundamento *racional* para elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso particular. El análisis jurídico no puede resolver estos conflictos y no hace más que reexpresarlos en forma distinta y, en todo caso, más oscura.

Finalmente, el derecho no es objetivo. La idea de que el derecho es objetivo es refutada por el gradual reconocimiento de que las cuestiones políticas aparecen en todas partes. Cada vez que se hace una elección, cada decisión legal, que no sea tan obvia o tan simple que no genere controversia, se basa en razones políticas, que por definición no pueden ser objetivas. En este sentido, es simplemente un error decir que el derecho es o podría ser racional, universal y objetivo. El derecho no coincide con un único lado de los dualismos.

Algunas veces la teoría legal dominante reconoce que el derecho no es universal, racional y objetivo. La ideología dominante reconoce los comúnmente llamados “rasgos femeninos” –y de hecho los celebra– pero sólo en

23. Véase F. Olsen, “Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis” (en *Texas Law Review*, 63, 391, 1984); J. Singer, “The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld” (en *Wisconsin Law Review*, 975, 1982); D. Kennedy, “The Structure of Blackstone’s *Commentaries*” (*Buffalo Law Review*, 205, 1979); O. W. Holmes, “Privilege, Malice, and Intent” (en *Harvard Law Review*, 1, 1894).

24. 107 S.Ct. 683 (1987).

la periferia o en su propia “esfera separada”. Por ejemplo, el derecho de familia puede ser subjetivo, contextual y personalizado, pero se supone que el derecho comercial es universal, racional y objetivo. Igualmente, se supone que los principios generales del derecho son universales, racionales y objetivos, aunque puede haber excepciones minoritarias y doctrinas que permitan alguna influencia de lo subjetivo, concreto y particular. Para las feministas es importante corregir esta percepción equívoca, disolver los guetos del derecho y mostrar que no se puede excluir lo particular, irracional y subjetivo de ningún ámbito del derecho.

Una forma a través de la cual la ideología dominante hace que el derecho aparezca como universal, racional y objetivo es expulsando hacia la periferia del derecho aquellas áreas supuestamente teñidas por principios inasibles y discrecionales –áreas como el derecho de familia, las normas que rigen las relaciones entre administrador de una herencia y beneficiario y en general las relaciones entre representante y representado–. Se presentan los problemas centrales y las áreas más importantes del derecho como universales, racionales y objetivos. Podemos mostrar, sin embargo, que aunque se las deje de lado, áreas tales como el derecho de familia o las normas sobre administración de bienes ajenos, representación y mandato, influyen sobre el resto del derecho, incluyendo aquellos ámbitos que se suponía eran el bastión de lo que se conoce como “principios masculinos del derecho”. Por ejemplo, la ideología del mercado depende de la ideología de la familia, y el derecho comercial sólo puede entenderse adecuadamente si se reconoce la interrelación entre éste y el derecho de familia.²⁵

Otra técnica por la cual la ideología dominante hace aparecer el derecho como universal, racional y objetivo es separando cada área entre, por un lado, una serie de normas básicas o un “centro” masculino que sería universal, racional y objetivo y, por otro lado, una periferia de excepciones, que pueden contener elementos irracionales y subjetivos. Por ejemplo, el derecho contractual es atemperado por excepciones subjetivas, variables o altruistas, como los principios sobre responsabilidad precontractual. El núcleo básico del derecho contractual –se dice– sigue siendo universal, racional y objetivo. Las feministas pueden romper con esta imagen al mostrar que el conflicto entre la “norma” individualista y la “excepción” altruista reaparece con cada doctrina. Cada doctrina es una elección o un compromiso entre clases de impulsos individualistas o al-

25. Véase F. Olsen, ob. cit.; ver también D. Kennedy, “The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum” (en *Seton Hall Law Review*, 1, 1983); D. Kennedy, “The Rise and Fall of Classical Legal Thought” (mimeo, 1975).

truistas. Este análisis feminista también problematiza sobre cuál debe ser la regla y cuál la excepción. No es posible separar las áreas del derecho entre un centro y una periferia: los rasgos asociados con la mujer no pueden ser excluidos del derecho.²⁶

CONCLUSIÓN

Como he dicho, las estrategias feministas para poner en cuestión la teoría jurídica son análogas a las estrategias feministas para poner en cuestión el dominio masculino en general. La postura que rechaza la “sexualización” tiene repercusiones sobre la postura que defiende la “reforma legal”, la que rechaza la jerarquización con la del “derecho como patriarcado”, y la postura de la “androginia” coincide con la “teoría jurídica crítica”. Pero no pretendo decir que la relación sea algo más que eso –una analogía o un eco–. Las series de categorías no son idénticas, y ninguna estrategia de uno de los conjuntos requiere o conlleva necesariamente estrategias del otro conjunto.

Primero, no existe relación necesaria entre la actitud de una persona con relación a la sexualización de los dualismos y su actitud frente a la identificación del derecho con lo racional, objetivo y universal. Además, alguien puede aceptar la jerarquización para algunos propósitos determinados –por ejemplo, podría creer que es mejor para el derecho ser racional, objetivo y universal– y sin embargo rechazar la jerarquización en general. Algunas feministas están de acuerdo con la “androginia” pero igualmente sostienen que el derecho es patriarcal. De igual manera, uno puede apoyar la teoría jurídica crítica feminista y aun creer tanto que las mujeres son inherente o racionalmente superiores a los hombres (segunda estrategia feminista) como que las mujeres deberían esforzarse por ser racionales, activas y demás (primera estrategia feminista).

Mi apoyo a la posición “andrógina” no requeriría necesariamente mi apoyo a la teoría jurídica crítica –y viceversa–, pero ambas están relacionadas con mis valores y visión del universo y ambas dan forma a mi acti-

26. Véase M. J. Frug, “Rereading Contracts: A Feminist Analysis of a Contracts Casebook” (en *American University Law Review*, 1065, 1985); C. Dalton, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine” (en *Yale Law Journal*, 997, 1985); D. Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication” (en *Harvard Law Review*, 89, 1685, 1976); R. Unger, “The Critical Legal Studies Movement” (en *Harvard Law Review*, 96, 561, pp. 618-648, 1983).

vidad política. Nada en ninguna de estas teorías aportará respuestas fáciles a preguntas concretas tales como “¿se beneficiarían las mujeres realmente con más intervención estatal en el derecho de familia?” o “¿podrían las normas sobre violación proteger a las mujeres adolescentes sin oprimirlas ni degradarlas?”. Lo que espero es que, mejorando las teorías sobre las que operamos, podamos comprender mejor lo que está en juego en cuestiones como éstas. Deseo que, al reconocer la imposibilidad de respuestas fáciles y lógicas, podamos liberarnos para pensar sobre estas cuestiones de una manera más constructiva e imaginativa. Es imposible separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas: por el contrario, es una parte integral del entramado de la vida social.