

# El pensamiento feminista sobre el Derecho

## *Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl\**

ALESSANDRA FACCHI\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

El panorama del pensamiento feminista, tanto en su desarrollo histórico como en las configuraciones actuales, es particularmente vasto y heterogéneo; en él confluyen numerosas corrientes cuyo único denominador común es ciertamente el esfuerzo por mejorar la situación de las mujeres.

Pluralidad, heterogeneidad y conflictividad caracterizan también el pensamiento feminista sobre el derecho, en cuyo ámbito nos reencontramos con presupuestos epistemológicos, lenguajes, perspectivas, elecciones éticas y políticas diferentes. Para dar cuenta de él muy sintéticamente es inevitable incurrir en algunas generalizaciones, pero sobre todo en una elección que no puede sino contener márgenes de discrecionalidad.<sup>1</sup> De hecho, por un lado, no sería correcto abordar una sola autora o corriente teórica; por el otro, no es posible recordar todos los aportes que se consideran relevantes. En las páginas que siguen tomaré en consideración, por lo tanto, sólo una parte limitada de las teorías feministas sobre el derecho, construyendo una lectura entre aquellas posibles y haciendo referencia, de acuerdo con la organización de la obra, a la literatura en lengua inglesa, sobre todo norteamericana, de los últimos veinte años.

El gran florecimiento de la teoría jurídica feminista en los países anglosajones ocurre de hecho a partir de los años ochenta, en coincidencia con la que, un tanto groseramente, se puede llamar *la vuelta del feminismo de la diferencia*. El pensamiento

\* Publicado originariamente en italiano como "Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", en *Filosofi del diritto contemporanei*, a cargo de G. ZANETTI, Milán, Cortina, 1999. Traducción al castellano de Ana Aliverti (UBA).

\*\* Catedrática de Teoría General del Derecho en la Facultad de Ciencias Políticas de la *Università degli Studi di Milano*. Autora, entre otras, de la obra *Los derechos en la Europa multicultural. Pluralismo normativo e inmigración*, coeditada en 2005 por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA).

<sup>1</sup> La dificultad en la que nos encontramos al tener que dar cuenta sintéticamente del pensamiento feminista ha sido adecuadamente expresado por D. L. RHODE: "A little knowledge is a dangerous thing, but the alternative is hardly better. To offer some reductive account that will be interpreted as the feminist perspective does violence to feminist premises. But it does not advance feminist politics to pass up opportunities to arouse curiosity", "The Woman's Point of View", en *Journal of Legal Education*, 1988, vol. 38, pág. 45.

de la diferencia, afirmado sobre todo en Estados Unidos a partir de la reivindicación de identidad y autonomía de varios sectores sociales, ha encontrado en la diferencia de géneros uno de sus principales terrenos de desarrollo.

En el siglo XX, la primera etapa del movimiento feminista está caracterizada, como es sabido, por la afirmación de la igualdad entre los dos sexos y por el reclamo de una reforma que eliminase las discriminaciones formalmente establecidas entre las mujeres y los hombres. Las mujeres exigían tener acceso a los mismos derechos y ser tratadas igual que a los varones; al mismo tiempo rechazaban como factores de discriminación y opresión los roles y las características que tradicionalmente les habían sido atribuidas. Querían eliminar la diferencia entre los sexos, que tal como estaba consolidada en la cultura y en la vida occidental significaba inferioridad, subordinación y exclusión de las mujeres.

A fines de los años setenta comienza a configurarse dentro del pensamiento y del movimiento feminista un cambio profundo que se basa en el reconocimiento y la valoración de caracteres femeninos no sólo biológicos, sino también psicológicos, morales y culturales. Así, la negación es sustituida por la afirmación de la diferencia femenina, la reivindicación de la propia diversidad y la revelación frente a la lógica que pretende que las mujeres compitan sobre la base de modelos, valores y objetivos creados por los varones. De hecho, parece claro que en la medida en que los caracteres masculinos, definidos por la cultura masculina, se presentan como los "justos", como el parámetro de comparación, para satisfacerlos las mujeres deberán esforzarse mucho más y deberán renunciar, u ocultar, otros caracteres propios de su identidad femenina.

La relación conceptual entre igualdad y diferencias, la reformulación de estos conceptos en la búsqueda de una igualdad que se realice a través de la valoración de las diferencias y las consecuencias en términos de elecciones políticas y jurídicas han ocupado la literatura feminista por largo tiempo y no sólo ésta. Se ha constatado cómo las políticas inspiradas en la noción tradicional de igualdad se pueden traducir en modelos de asimilación, es decir, en modelos que permiten a algunos individuos alcanzar objetivos y estilos de vida de la cultura dominante, pero al precio de la renuncia, al menos parcial, a la propia identidad personal y de grupo. Como escribe Iris Marion Young, tanto si se ignoran las diferencias como si se las tiene en cuenta y se predisponen políticas tendientes a eliminarlas, de todos modos, el ideal de la asimilación niega que la diferencia de grupo pueda ser positiva y deseable y, por consiguiente: "Una verdadera política de emancipación, que afirme como valor la diferencia de grupo, involucra una revisión radical del significado mismo de igualdad. El ideal asimilacionista presupone que igualdad social significa tratar a todos en base a los mismos principios, reglas y criterios. La política de la diferencia sostiene, por el contrario, que la igualdad en cuanto participación e inclusión de todos los grupos, puede requerir a veces un tratamiento diferenciado de los grupos oprimidos o desaventajados".<sup>2</sup>

<sup>2</sup> YOUNG, I. M., *Le politiche della differenza*, Milán, 1996, pág. 198.

Tratamientos diferenciados que se justifican también a la luz de la constatación de que los tratamientos "normales" son de hecho aquellos funcionalmente contruidos en base a las exigencias, a los comportamientos y a los valores del grupo o de los grupos dominantes. Numerosos análisis feministas han revelado lo infundado de la idea de universalidad y neutralidad atribuida a teorías, categorías, paradigmas del pensamiento occidental, afirmando su carácter sexuado, es decir, contruidos en formas estrechamente vinculadas con la perspectiva masculina. Han intentado relativizar la cultura difundida y develar los contenidos ideológicos escondidos en categorías, valores y prácticas presentadas como neutrales, naturales, universales. Una de las críticas más profundas que el feminismo, junto a otras corrientes de pensamiento contemporáneas, ha desarrollado y corroborado en relación con la cultura liberal se vincula con su falsa neutralidad; es decir, al hecho de que en la construcción de teorías, en la afirmación de derechos, en la elaboración de normas se haga referencia genéricamente, al menos a partir del momento en que la igualdad se ha impuesto como principio universal, a un sujeto neutro, sin raza, ni sexo, ni clase social, etc. Este sujeto, por el contrario, tiene características precisas que corresponden a las del grupo dominante, y tomarlo como modelo significa la exclusión o, en todo caso, la discriminación de otros sujetos: de individuos de culturas y de religiones diversas de las dominantes, de clases sociales subordinadas, de las mujeres.

A la elaboración de esta perspectiva de análisis y de crítica de los modelos dominantes asimismo ha contribuido a la necesidad de tomar en cuenta no solamente las diferencias de géneros, sino también las diferencias entre las mismas mujeres: la "presión política dentro del movimiento de las mujeres ha contribuido al estudio de una validez teórica de la diferencia, de validez de reclamos que se reconocen con dificultad dentro de los estrechos márgenes del liberalismo de los derechos iguales".<sup>3</sup> La actitud en torno a la desmitificación ejercitada en relación con la cultura masculina se ha dirigido entonces también hacia la femenina.<sup>4</sup> La existencia de grupos internos en el movimiento de las mujeres, con valores y exigencias diversas de las que habían caracterizado la idea de la mujer contruida por el feminismo histórico, ha surgido problemáticamente haciendo frente a la necesidad de no reproducir la distorsión que fue reprochada a la cultura masculina; es decir, de no crear un sujeto-mujer falsamente universal y neutral. Evitar una actitud asimilatoria exige, por lo tanto, no ignorar las diferencias de clases media, laica o de religión cristiana.<sup>5</sup> Las propuestas de contextualización del sujeto que caracterizan los desarrollos recientes de la teoría feminista se reconectan entonces con las elaboraciones críticas de la filosofía postmoderna.

<sup>3</sup> BECCALLI, B., "Differenza, differenze", en *Identità e differenze*, Milán, 1996.

<sup>4</sup> Una de las autoras más representativas de las problemáticas planteadas por el feminismo negro es bell hooks. En italiano, es reciente la publicación del libro *Elogio del margine. Razza, sesso e mercato culturale*, Milán, 1998, testimonio "transversal" de las interconexiones y de las oposiciones de los discursos sobre raza y sexo.

<sup>5</sup> Sobre estas cuestiones, una de las contribuciones más precisas y claras es la de MINOW, M., "Feminist Reason: Getting it and Losing it", en *Journal of Legal Education*, 1998, vol. 38, págs. 47-60.

La historia del feminismo está signada por la progresiva percepción de las diferencias entre individuos y entre grupos. La pluralidad y la heterogeneidad no son solamente factores constitutivos del movimiento y del pensamiento feminista, sino que representan un valor a tutelar, incluso si de ello se deriva una constante dificultad para mantener una unidad, interna y externa.

Sobre la base de la experiencia femenina y en la búsqueda de alternativas al "imperialismo cultural" masculino, se han desarrollado los considerados *gender studies* (estudios sobre género) o *women's studies* (estudios sobre mujeres). Estas fórmulas indican un ámbito de estudio, una unidad modular de análisis, investigaciones y teorías que, al menos en el mundo anglosajón, actualmente involucran a todos o casi todos los campos del saber y que están reunidas por una perspectiva particular de lectura, aquella justamente basada en el género.<sup>6</sup> El análisis de los fenómenos sociales se da a través de la deconstrucción de su conceptualización y construcción simbólica a través de categorías masculinas y la propuesta de nuevas categorías, lecturas, recorridos y conceptos adecuados a la perspectiva femenina. Martha Nussbaum escribe que los *women's studies* cuando menos resultan una apelación a la razón en cuanto "exigen a la comunidad científica no rendirse a la tiranía del hábito y a las ideas difundidas sobre lo que es 'natural', sino buscar la verdad en todos sus formas".<sup>7</sup>

Sin embargo, los estudios de género no están dirigidos solamente a dejar traslucir las consecuencias de la hegemonía cultural masculina y a revalorizar dentro de las disciplinas particulares los puntos de vista de las mujeres, sino que tienden a un cambio más profundo, de naturaleza epistemológica, de las estructuras y de las categorías del conocimiento. Su apuesta es aportar nuevas contribuciones a las ciencias en su conjunto.

La adopción de puntos de vista femeninos, así como los intereses y valores vinculados a aquéllos, ha tenido aplicaciones amplias incluso en la ciencia jurídica. En este ámbito, la reflexión teórica se confronta constantemente con las instancias que vienen desde el movimiento de las mujeres y se mueve en relación continua con las medidas judiciales y legislativas, influyendo sobre ellas y recibiendo de ellas estímulos.

El debate –o, mejor, los debates– que recorren la literatura feminista se entrelazan, dando lugar a continuas reelaboraciones, revisiones, críticas y ajustes, y afectando

<sup>6</sup> Los estudios antropológicos han sido entre los primeros en desarrollar una perspectiva de género. Para una síntesis de las temáticas y del panorama mundial de las investigaciones, véase "Gender and Anthropology. Critical Reviews for Research and Teaching", a cargo de MORGEN, S., *American Anthropological Association*, Washington D. C., 1989.

<sup>7</sup> NUSSBAUM, M. C., *Cultivating Humanity. A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge Mass, 1997, pág. 195. El capítulo "Women's Studies" de dicho libro comienza con una límpida y fascinante presentación de cómo el "prisma del género" es adoptado y aplicado en diferentes materias, desde la ciencia política a la economía, de la biología al derecho en los cursos de las principales universidades americanas, y demuestran cómo el nuevo saber sobre las mujeres ha transformado profundamente la preparación de los estudiantes y, en general, cómo está transformando la academia.

transversalmente temas que interesan tanto a la filosofía, como a la sociología, la ciencia y la política del derecho. Una característica de la reflexión feminista sobre el derecho es, de hecho, la de atravesar las fronteras disciplinarias tradicionales.

## II. EL DERECHO COMO EXPRESIÓN MASCULINA Y EL FEMINISMO CULTURAL DE GILLIGAN

Para el movimiento feminista, el derecho constituye un objeto ambiguo y controversial. Las opiniones respecto a su función, a su utilidad para las mujeres, son muy diversificadas y discordantes. Por un lado, ha sido un potente instrumento para el mejoramiento de la condición femenina; por el otro, es visto como una de las expresiones más radicales y "peligrosas" de la cultura masculina.

La primera etapa del feminismo, marcada por las batallas por la paridad, ha visto establecer mediante el derecho conquistas fundamentales, como el derecho al voto, el acceso al trabajo, la igualdad de posiciones dentro de la familia, etc.; en otros términos, las reformas jurídicas que han eliminado las desigualdades formales. Sin embargo, en forma temprana se ha constatado cómo estas reformas, sobre todo en el campo del derecho de familia<sup>8</sup> y del trabajo, también podrían producir, justamente en virtud de que se encuentran basadas en una concepción de identidad de tratamiento, efectos negativos en cuanto no tenían en cuenta las condiciones efectivas de vida de las mujeres, los recursos económicos de los que disponían, los condicionamientos culturales a los que estaban sujetas, las relaciones de poder y la división del trabajo dentro de la familia.

Por otra parte, en las sociedades con elevada diferenciación social y cultural se ha verificado que la adopción de modelos de igualdad formulados en base a la vida, los valores y las estructuras sociales de un grupo privilegiado de mujeres no siempre eran compartidos por otras mujeres, lo que se tradujo en muchos casos en un debilitamiento de garantías y de estrategias de tutela consolidadas en la cultura de pertenencia, poniendo a la luz en general la dificultad de encontrar una conciliación de los múltiples y heterogéneos intereses y valores del universo femenino a través del derecho.

El pasaje desde el feminismo de la asimilación al feminismo de la valorización de la diferencia se refleja en las políticas jurídicas al reclamar que se tengan en cuenta las especificidades femeninas incluso suprimiendo los criterios consolidados de igualdad "formal": en tanto que las diferencias existen, ignorarlas y tratar a todos los individuos de idéntico modo significa, en la práctica, efectuar discriminaciones.<sup>9</sup> El debate que

<sup>8</sup> Sobre la aplicación del principio de igualdad como neutralidad en relación al género en las reformas del derecho de familia en Italia, véase RONFANI, P., "L'eguaglianza nelle relazioni familiari: cultura giuridica e strategie femministe", en *Democrazia e diritto*, 1993, nro. 2, págs. 253-267.

<sup>9</sup> Para una noción de igualdad compatible con la valorización de las diferencias, véase, GIANFORMACCIO, L., "Identity, Equality, Similarity and the Law", en *Rechtstheorie*, 1993, vol. 15; y FERRAJOLI, L., "La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza", en *Democrazia e diritto*, 1993, nro. 2. Véase, también GERHARD, U., "Femminismo e diritto: verso una concezione femminista e contestualizzata dell'eguaglianza", en *Ragion Pratica*, 1997, vol. 8.

precede la ley italiana sobre el aborto, por ejemplo, "pone en juego la disparidad y su legitimación, esta vez por parte de las mujeres(...) implica el reconocimiento de un poder, individual y colectivo, en la esfera de la reproducción".<sup>10</sup> Numerosas y significativas intervenciones político jurídicas se fundan en el reconocimiento de las diferencias o de la opresión y de la discriminación sufrida, individual o colectiva: basta pensar, en el primer caso, en las normas de derecho del trabajo que atribuyen un tratamiento especial a las mujeres embarazadas; en el segundo, a las consideradas cuotas o acciones positivas, que preven lugares reservados a las mujeres o, en paridad de otros títulos, facilitan el acceso femenino a puestos de trabajo, instrucción y recursos.

Consecuentemente, el feminismo de la igualdad se ha traducido en el reclamo de igual tratamiento, en el sentido, por un lado, de la eliminación de discriminaciones manifiestas entre mujeres y varones; por el otro, de constitución de las mujeres como sujetos dotados de plena autonomía que rechazan reglas proteccionistas; el feminismo de la diferencia se ha manifestado en los reclamos de tratamiento especial, que lograrse una igualdad sustancial a través de la valorización de las diferencias, poniendo a la luz la falsa neutralidad del derecho.

A la conceptualización de la diferencia femenina y del derecho como dominio masculino contribuye en gran medida la tesis de la psicóloga estadounidense Carol Gilligan, según la cual el razonamiento moral femenino se desarrolla siguiendo caminos y asumiendo contenidos diferentes respecto del masculino. En el conocido libro *In a Different Voice* (1982), Gilligan reconstruye, sobre la base de entrevistas realizadas en tres diferentes investigaciones a varones y mujeres de varias edades, la concepción de la moralidad y las experiencias personales de conflictos y de elecciones éticas. De las entrevistas se desprendería que, para las mujeres, la moralidad deriva "de la experiencia de la concepción y es concebida como un problema de inclusión más que de peso relativo de derechos contrarios entre sí",<sup>11</sup> y que tendencialmente su atención en las situaciones conflictivas se dirige a la salvaguarda de las relaciones más que a la afirmación de los principios "justos".

Sin embargo, según Gilligan y a diferencia de muchas teorías psicológicas precedentes, incluida la freudiana, la configuración particular de la moral femenina no es expresión de una carencia y, por lo tanto, reveladora de un menor valor de su psiquis respecto de la masculina, ni es tampoco necesariamente el resultado de la opresión sexual y de roles culturalmente impuestos. Por el contrario, constituye un dato a valorar positivamente, una actitud a defender y desarrollar en una perspectiva ética que se plantee como integración o sustitución de la masculina.

La diferente connotación de las elecciones morales que emerge con evidencia en los casos de conflicto, de hecho, conduce a Gilligan a formular la idea de una ética

<sup>10</sup> PITCH, T., *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milán, 1998, págs. 198-199.

<sup>11</sup> GILLIGAN, C., *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milán, 1987, pág. 162.

del cuidado o de la responsabilidad típicamente femenina en oposición a una ética de la justicia o de los derechos típicamente masculina.

La ética de los derechos se funda en el concepto de igualdad y en la equidad del juicio, mientras la ética de la responsabilidad se basa en el concepto de justicia distributiva, en el reconocimiento de la diversidad de necesidades. Donde la ética de los derechos da expresión al reconocimiento del igual respeto debido a cualquiera y se orienta a encontrar un equilibrio entre las demandas del otro y las propias, la ética de la responsabilidad se basa en una comprensión que hace nacer la compasión y el cuidado.<sup>12</sup>

Para la ética del cuidado, el fundamento de la responsabilidad y, por otro lado, de las demandas morales reposa en el sufrimiento subjetivo, mientras que para la ética de la justicia reposa en la injusticia objetiva. Las dos perspectivas no son necesariamente contrapuestas, pero es evidente que en determinadas situaciones concretas pueden dar lugar a elecciones muy diferentes.<sup>13</sup>

La noción de ética del cuidado, que aquí sólo he mencionado, y las consecuencias que pueden ser derivadas de ella incluso en el plano práctico, han tenido enorme resonancia en el pensamiento feminista y aún constituyen un punto de referencia esencial en torno al cual se desarrollan análisis, críticas y reelaboraciones. La obra de Gilligan<sup>14</sup> ha contribuido a una lectura de teorías políticas y jurídicas en una perspectiva de género y ha tenido gran influencia sobre el debate teórico concerniente a las relaciones entre mujeres, feminismo y derecho. Al insertarse en el más amplio movimiento de revalorización de los caracteres femeninos, en el plano práctico ha presionado hacia la búsqueda de nuevos caminos jurídicos alternativos a los institucionalmente consolidados, caminos que parecerían más consistentes con una perspectiva feminista. Así, por ejemplo, la ética del cuidado ha inspirado posiciones feministas de apoyo a la mediación familiar en cuanto modalidad negociadora, elástica, capaz de tener en cuenta las situaciones particulares y de valorizar las estrategias de acción femeninas. Una visión más atenta a las relaciones de poder ha resaltado, por el contrario, cómo por fuera de garantías procedimentales

<sup>12</sup> GILLIGAN, C., *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, op. cit., pág. 166.

<sup>13</sup> Por otra parte, incluso Kelsen reconoce el precepto del amor al prójimo, entendido como "prescripción de ayudar a quien subjetivamente es presa del dolor o de la necesidad, con o sin su culpa", el carácter de norma de justicia cuando aquél se refiere a "una norma que prescriba cómo un hombre debe tratar a otro y no debe ser necesariamente referido a la autoridad normativa". KELSEN, H., *Il problema della giustizia*, a cargo de M. G. LOSANO, Turín, 1998, pág. 46.

<sup>14</sup> Desde la psicología, a la teoría moral y la teoría política, esta idea ha sido -y lo es todavía- ampliamente analizada, discutida y desarrollada. Se ha comprobado, por ejemplo, que en el carácter de los individuos masculinos y femeninos están siempre presentes en diversa medida tanto una ética del cuidado, como una ética de los derechos, y que la correspondencia entre un tipo de actitud y género masculino o femenino deriva de factores culturales y expectativas sociales y es, por lo tanto, modificable. Entre las contribuciones más significativas se encuentra la de Joan Tronto (véase TRONTO, J. C., *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, Londres, 1993).

y sustanciales el acuerdo final refleja inevitablemente el interés de la parte más fuerte, que de hecho aún es generalmente el hombre.

Sin embargo, en términos generales la ética del cuidado no ha tenido grandes correspondencias en medidas y reformas jurídicas.<sup>15</sup> Eso es también para volver sobre un riesgo que -como han resaltado varias críticas- está ínsito en la idea de que las mujeres tenemos una difundida propensión por un cierto tipo de actividades y ocupaciones respecto de otras. Tal presupuesto fácilmente puede legitimar políticas conservadoras, que eliminen las conquistas igualitarias precedentes y se traduzcan en la exclusión de las mujeres de determinados sectores y ocupaciones.

En general, se ha constatado que incluso las normas inspiradas en el modelo de la diferencia pueden conducir a efectos perversos y tener implicancias dañosas para una política de liberación femenina. Ellas de hecho amenazan con replantear imágenes y roles tradicionales de las mujeres, confirmando la separación del ámbito femenino del masculino y, en última instancia, su subordinación. La reivindicación de tratamientos especiales en base al género puede traducirse en nuevas formas de políticas de tutela de las mujeres, como aquellas difundidas en el siglo pasado y duramente combatidas por el feminismo de la igualdad y de la paridad.

El mundo del feminismo, sobre todo el americano, se ha dividido entre las sostenedoras del *Equal treatment* y las sostenedoras del *Special treatment*; ambos modelos, una vez traducidos en normas jurídicas, han demostrado sus límites. Ello ha contribuido a alimentar en el pensamiento feminista un escepticismo difundido con relación al derecho como instrumento de transformación de la condición de las mujeres y, sobre todo, como instrumento capaz de traducir sus valores, sus exigencias y elecciones de vida. Por lo tanto, mientras el feminismo histórico se había afirmado justamente con las batallas por las reformas jurídicas, confiándole al derecho un rol imprescindible de transformación social, gran parte de la teoría feminista de los años ochenta se aleja del derecho y se orienta al propio interior, elaborando un análisis de la identidad femenina, intentando conciliar las diferentes almas del feminismo y emprender la construcción, a través de los estudios de género, de una cultura femenina.

Los años setenta habían sido la época de las reformas signadas por la paridad, los años ochenta los de un replanteamiento más profundo e integral del rol del derecho en la cultura femenina y de sus potenciales funciones. La idea de que los intereses de las mujeres puedan, en algunas cuestiones, ser mejor tutelados por una disminución de la regulación jurídica que deje una mayor libertad de contratación y de reconocimiento de nuevos modelos, tanto de relación entre los sexos, como más en general de elección sobre el propio cuerpo y sobre la propia vida, todavía caracteriza muchas posiciones feministas.<sup>16</sup> Pero la perspectiva que resalta la

<sup>15</sup> Véase BROOKS WHITMAN, C., "Review Essay: Feminist Jurisprudence", en *Feminist Studies* 1991, vol. 17, pág. 499. Whitman observa: "Las juristas femeninas han arribado tarde al problema de la diferencia (...) El libro de Gilligan ha sido publicado justamente en el momento en el que estaban tratando una alternativa a la jurisprudencia neutral en relación con el género de los años setenta".

<sup>16</sup> Como ha subrayado Pitch en referencia a las posiciones del feminismo italiano, es sin embargo reduccionista contraponer una corriente que considera útil empeñarse



especificidad femenina ha conducido sobre todo a alimentar la idea de la ajenidad del derecho existente al mundo de las mujeres, su inadecuación para acoger las expectativas, sin desilusionarlas de todos modos, y ha justificado una actitud difundida de alejamiento del derecho y de sus modalidades de intervención.<sup>17</sup>

La crítica feminista del derecho como producto e instrumento de la cultura masculina se refiere no solamente a sus contenidos, sino también a su misma naturaleza; y refleja cómo las normas jurídicas son construidas en base a modelos, categorías, intereses y valores predominantemente masculinos, cómo son aplicadas e interpretadas predominantemente por varones y respetan su punto de vista, que, en la mayor parte de los casos, excluye el de las mujeres.

El feminismo de la diferencia, por lo tanto, ha originado un constante debate sobre la utilidad del derecho y sobre la oportunidad de recurrir a él, y ha puesto en contraste, tanto sobre el plano teórico como en el de las elecciones concretas, por un lado la desconfianza hacia el derecho como técnica "sexuada" y, por el otro, la búsqueda de un derecho femenino.

### III. EL FEMINISMO RADICAL DE MACKINNON Y EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE OPRESIÓN SEXUAL

Al feminismo "cultural" inspirado en las teorías de Gilligan frecuentemente se contraponen la corriente del feminismo radical, centrado en la idea de que las relaciones sexuales tal como son socialmente construidas concretizan la opresión de los varones sobre las mujeres. En los Estados Unidos, la exponente más conocida de esta corriente es Catharine MacKinnon, que es también la autora que ha signado el pasaje desde una ciencia jurídica feminista que apuntaba a lograr reformas concretas, a una teoría jurídica crítica que pone en discusión los fundamentos, los métodos y las categorías de la ciencia jurídica oficial.

Para MacKinnon el problema no es tanto si el derecho debe tratar a las mujeres en modo idéntico o diferente respecto de los varones, sino más bien el de evitar que constituya un instrumento de subordinación y opresión. Desde este punto de vista, las teorías de Gilligan amenazan con perpetuar una visión estereotipada de las

en modificar el derecho y otra que por el contrario lo considera inútil e improductivo. Hablar de vacíos legislativos, no significa hablar de vacíos jurídicos. El problema que se plantea cuando se hace referencia a normativas específicas radica en gran medida no tanto sobre el derecho en su conjunto, sino más bien sobre los diversos modos de producción sobre la articulación entre el nivel constitucional, el legislativo, el judicial y administrativo. Véase PITCH, T., *Un diritto per due*, op. cit., cap. V.

<sup>17</sup> En términos más generales, reconducibles a una perspectiva característica de la sociología del derecho, el problema es el de las relaciones entre derecho y cambio social. También Pitch (1998) ha puesto en evidencia con claridad, con referencia a las experiencias italianas a partir de los años 70 (derecho de familia, aborto, violencia sexual, nuevas tecnologías reproductivas), las dificultades inherentes a la valoración de la eficacia de las normas; dificultades adscribibles sobre todo a la pluralidad de los sujetos que contribuyen a la formulación de una norma o que, en todo caso, crean expectativas tanto respecto de los efectos concretos, como respecto de aquellos simbólicos.

mujeres que justifica su opresión sin dar el peso debido al hecho de que aquellas mismas características adscribibles a la ética del cuidado son en parte el producto del confinamiento de las mujeres en un rol producido por la cultura masculina.<sup>18</sup>

La atención de la teoría feminista debe situarse entonces desde la diferencia a la opresión,<sup>19</sup> y la sexualidad constituye el ámbito privilegiado de opresión de los varones sobre las mujeres. En dos conocidos trabajos, MacKinnon propone una teoría feminista que se desarrolla en comparación con la teoría marxista:

La sexualidad es para el feminismo lo que el trabajo es para el marxismo... como la expropiación organizada del trabajo de algunos para el beneficio de otros define una clase -los trabajadores-, la expropiación organizada de la sexualidad de algunos para el uso de los otros define el sexo, la mujer (...) Marxismo y feminismo son teorías sobre el poder y sobre su distribución: la desigualdad. Ellas proveen explicaciones de cómo construcciones sociales de modelos de desigualdad pueden ser internamente racionales, aunque injustas.<sup>20</sup>

Desde el momento que la sexualidad se traduce en relaciones de poder, incluso el consenso "es una comunicación que se desenvuelve en condiciones de desigualdad", tal como surge de la discrepancia que se constata en algunos casos entre lo que la mujer quiere y lo que el varón entiende que ella quiere. El derecho, por el contrario, identifica la ausencia de consenso sólo en el uso de fuerza por parte del varón, o en la resistencia física por parte de la mujer. En última instancia, el problema de la violencia sexual es que "la lesión de la violencia reside en el significado que asume el acto para sus víctimas, pero el estándar de su criminalización reside en el significado que el mismo acto asume para los atacantes".<sup>21</sup>

La sexualidad es una forma de poder que define también las relaciones de género. Las características socialmente definidas de la heterosexualidad son aquellas que institucionalizan la dominación sexual masculina y la sumisión sexual femenina. La sexualidad por lo tanto debe ser reubicada en la esfera política

18 Algunas propuestas recientes han intentado reconciliar las dos perspectivas de Gilligan y MacKinnon. Sobre el debate surgido en la teoría jurídica norteamericana, véase DALTON, C., "Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought", en *Berkeley's Women's Law Journal*, 1988, nro. 3, págs. 1-13; BROOKS WHITMAN, C., "Review Essay: Feminist Jurisprudence", en *Feminist Studies* 1991, vol. 17, págs. 493-507; y MORGAN, J., "Feminist Theory as Legal Theory", en *Melbourne University Law Review*, 1988, vol. 16, págs. 743-759. Los tres trabajos están publicados en OLSEN, F. (comp.), *Feminist Legal Theory*, Dartmouth, 1995.

19 Para un análisis del concepto de opresión al que se refieren los movimientos surgidos en los Estados Unidos a partir de los años sesenta, véase YOUNG, I. M., "Le politiche della differenza", op. cit., en particular el cap. 2. Según Young, la opresión de un grupo social comprende incluso la negación de la diferencia y es adscribible a cinco aspectos: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia.

20 MACKINNON, C. A., "Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory", en *Signs*, primavera 1982, págs. 515-516.

21 MACKINNON, C. A., "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence", en *Signs*, verano 1983, pág. 652.

develando cómo la subordinación sexual de la mujer al hombre, culturalmente presentada como natural y consensual, se refleja también en otras relaciones sociales.

Para MacKinnon el feminismo no sólo afirma el punto de vista de las mujeres, sino que pone en discusión la idea misma de objetividad, imparcialidad, universalidad, en cuanto estrategias masculinas de hegemonía. No existe una realidad o una perspectiva neutra respecto del género; no obstante, su afirmación permite negar la desigualdad entre los sexos y por lo tanto contribuye a construir la realidad desde el punto de vista de quien tiene el comando. El poder masculino está tan difundido y enraizado también porque plantea como universal el propio punto de vista, porque "su fuerza es ejercitada como consenso, su autoridad como participación, su supremacía como el paradigma del orden, su control como la definición de la legitimidad".<sup>22</sup>

Consecuentemente, MacKinnon acusa al liberalismo de haber sostenido los derechos de las mujeres en términos abstractos, sin profundizar en el contenido de estas nociones en una perspectiva de género. Admite que las reformas jurídicas en relación a comportamientos como la violencia sexual contribuyen a volver al derecho menos sexista, pero sostiene que éstas sólo atacan las manifestaciones extremas de un comportamiento y no enfrentan el problema del por qué las mujeres son violentadas. La violencia sexual es vista por esta autora como el caso paradigmático de la sexualidad masculina, una sexualidad que incorpora la coerción como su factor constitutivo. Si es jurídicamente clasificada como crimen sexual, ello sucede justamente porque desde el punto de vista masculino el sexo comprende la violencia, que sin embargo es considerada lícita si es ejercida con ciertas condiciones que constituyen para los varones la normalidad.

El derecho no hace más que reflejar relaciones definidas por el poder masculino, relación opresiva que se esconde bajo un lenguaje y un método neutro respecto del género. MacKinnon se encuentra entre las primeras y más decisivas sostenedoras del carácter "masculino" del derecho. Pero cuando escribe "este derecho no sólo refleja una sociedad en la que los varones gobiernan a las mujeres; ellos gobiernan de manera masculina",<sup>23</sup> se refiere a aquel derecho que es la institucionalización de un cierto orden de poder, no a una naturaleza necesaria del derecho. Las batallas conducidas por MacKinnon en el plano del derecho positivo, en particular aquella para el reconocimiento de los hostigamientos sexuales como delito y aquella por la prohibición de la pornografía, dan testimonio de su confianza en la posibilidad de actuar a través del derecho transformando el mismo derecho.

A la ley contra los hostigamientos sexuales MacKinnon atribuye también el valor de un test sobre la posibilidad para las mujeres de obtener una transformación social sirviéndose del derecho. La prohibición de hostigamientos sexuales en el lugar de trabajo no solamente protege a las mujeres de comportamientos lesivos de su identidad, de su libertad e incluso de sus intereses materiales, sino que contribuye a una transformación social más profunda. Se trata de hecho de uno de aquellos casos en los que una norma jurídica, creada en base a valores reconocidos de un

<sup>22</sup> Op. cit., pág. 639.

<sup>23</sup> Op. cit., pág. 645.

grupo, pero no compartidos, a través de su faz simbólica y la sanción, genera progresivamente un cambio en la conciencia social. Dichos comportamientos ahora caracterizables como hostigamientos,<sup>24</sup> antes de que una ley los sancionase y les diera ese nombre, no eran percibidos como lesivos.

MacKinnon advierte de hecho cómo "la batalla por el reconocimiento jurídico de los hostigamientos sexuales ha vuelto los hostigamientos sexuales no sólo legalmente, sino también socialmente, ilegítimos por primera vez. Díganme si existe un mejor modo de alcanzar un resultado similar". El derecho puede servir no solamente para registrar y oficializar una modificación, y por lo tanto también para comunicarla y afirmarla simbólicamente, sino que, legitimando determinados comportamientos y deslegitimando otros, permite a las mujeres hacerlos propios o oponerse a ellos, porque, escribe MacKinnon, la misma capacidad de pensar una injusticia "está potentemente influenciada por la posibilidad que se piensa tener que forzar a los otros a hacer cualquier cosa intencionalmente, incluida cualquier cosa oficial. Se convierte en realista por necesidad".<sup>25</sup>

Otra batalla jurídica de amplia resonancia en la que MacKinnon ha sido una de las principales protagonistas, es la del control de la producción y de la difusión de imágenes pornográficas. Contra la pornografía se han definido, por largo tiempo, fuerzas conservadoras en nombre de la moral pública, recientemente apoyadas, con diversas motivaciones por exponentes del feminismo y de la izquierda.

Una de estas motivaciones se apoya en la peligrosidad social: la difusión de imágenes pornográficas, a menudo conectadas con una visión de la mujer que consiente la idea del sexo como violencia contribuye a forzar a algunos individuos a realizar acciones similares y, por lo tanto, aumenta la incidencia de los delitos sexuales. Pero la pornografía, al menos la basada en representaciones de violencia masculina y subordinación femenina, tiene, para algunos como MacKinnon, efectos sociales aún más profundos y dañinos en cuanto propone una imagen humillante de la mujer que se refleja en todas las situaciones, desde la familia al trabajo. La pornografía, por lo tanto, se considera un instrumento de la cultura masculina que alimenta la discriminación femenina.<sup>26</sup> Produce daños no solamente a individuos particulares, sino también a las mujeres como colectivo.<sup>27</sup>

24 Incluso en Europa los hostigamientos sexuales son actualmente reconocidos como comportamientos a sancionar jurídicamente aun cuando en varios países, entre ellos Italia, no existe todavía una reglamentación. La definición a la que se hace a menudo referencia es la contenida en la recomendación de la Comisión CEE del 27/11/1991: "Por hostigamiento sexual se entiende todo comportamiento no deseado de connotación sexual o cualquier otro tipo de comportamiento basado en el sexo que ofenda la dignidad de los varones y de las mujeres en el mundo del trabajo, incluidos actitudes desagradables de tipo físico, verbal o no verbal".

25 MACKINNON, C. A., "Nei tribunali statunitensi una legge delle donne per le donne", en *Democrazia e diritto*, 1993, nro. 2, pág. 206.

26 Quienes reclaman la prohibición de la pornografía plantean también otros argumentos. Uno de ellos es que reduce a las mujeres al silencio, de hecho, limita notablemente su posibilidad de expresarse, ser escuchadas y tomadas en serio, produciendo de este modo un conflicto interno en el mismo derecho de libre expresión. Véase MACKINNON, C. A., *Only Words*, Cambridge Mass, 1996.

27 La existencia de un daño haría inaplicable el principio antipaternalista de John Stuart Mill, alegado en este debate en defensa de la pornografía, que se opone a la intervención

El caso de la pornografía es particularmente complejo y debatido incluso en el plano de los principios, porque plantea por un lado la libertad de expresión y de prensa y, por consiguiente, la tutela de la Primera Enmienda de la Constitución americana; por el otro, la igualdad entre los sexos y, por consiguiente, la Vigésima Cuarta Enmienda, invocada para tutelar a las mujeres.

En 1984 en Indianápolis (Estado de Indiana), fue sancionada una ordenanza, ampliamente influenciada por MacKinnon y por otra estudiosa, Andrea Dworkin, que prohibía la "producción, venta, exhibición, o distribución" de material pornográfico, entendido como la "representación explícita de imágenes y palabras de la subordinación sexual de las mujeres". La ordenanza golpeaba entonces un tipo particular de pornografía, previendo incluso la posibilidad de un recurso civil en favor de quien afirmara haber sufrido un daño o un abuso de poder causados por una expresión de este tipo de pornografía. No obstante, la Corte de Apelaciones en 1985 declaró inconstitucional la ordenanza. La motivación del juez Easterbrook acepta las premisas de la ordenanza, es decir, que "la representación de la subordinación tiende a perpetuar la subordinación" y que "la pornografía es central en la creación y en el mantenimiento del sexo como una base de discriminación" y, por lo tanto, que puede producir un daño real, traducible incluso en "ofensas y retribución menor en el trabajo, insultos y ruido en casa, violencia en las calles". Sin embargo, afirma que la Primera Enmienda protege la libertad de expresión independientemente de cualquier juicio sobre su contenido y consecuentemente de cualquier consecuencia que pueda derivarse de ello: la valoración de las ideas debe ser librada a la población y no concierne al gobierno ("*American Booksellers v. Hudnut*", 771F. 2<sup>nd</sup> 7<sup>th</sup> Cir. 1985). La pornografía queda libre, las cortes judiciales han confirmado el rol central de la Primera Enmienda en la cultura estadounidense, invocado incluso recientemente en casos de injuria racial o religiosa, así como en la declaración de inconstitucionalidad del *Communications Decency Act* de 1996.

En Canadá, por el contrario, las posiciones de MacKinnon y de otras feministas han tenido más éxito. La *Charter of Rights and Freedom* de 1982 asigna al derecho un rol sustancial de promoción de la igualdad; sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales reconocen que la representación de la explotación y de la violencia sexual, así como otras manifestaciones de injuria racial, constituyen un daño para las mujeres o para las minorías, pueden predisponer a acciones antisociales y, como consecuencia, producen un daño a la sociedad en su conjunto. La jurisprudencia canadiense por lo tanto ha demostrado aceptar una limitación de la libertad de expresión en favor de la igualdad y de la tutela de los grupos oprimidos.

De todos modos el debate continua y las posiciones de MacKinnon tienen gran repercusión en el mundo académico; una de las voces disidentes más conocidas es

coercitiva pública en la esfera de la libertad individual en nombre del bien del individuo mismo o de la colectividad, y lo justifica sólo cuando de un comportamiento se deriva un daño a otros. Para una discusión construida sobre los argumentos de Mill, véase WOLGAST, E. H., *La grammatica della giustizia*, Roma 1991, cap. 5: "La pornografía e la tirannia della maggioranza".

la de Ronald Dworkin: "así, si debiéramos hacer una elección, como reclama MacKinnon, entre libertad e igualdad (...) deberíamos elegir la libertad porque la alternativa sería el despotismo de una policía del pensamiento".<sup>28</sup>

#### IV. LA FAMILIA ENTRE PÚBLICO Y PRIVADO, Y EL ANÁLISIS DE OKIN

Los dos ámbitos a los que mayormente se ha aplicado la teoría jurídica feminista son el de las relaciones de la mujer con su propio cuerpo, que comprende sexualidad y reproducción, y el de las relaciones familiares.<sup>29</sup> En este segundo ámbito han surgido con particular evidencia tanto la tensión entre igualdad y diferencia como modelos normativos alternativos inspiradores de normas jurídicas, como las disfunciones vinculadas a ambos modelos. Las posiciones que propenden a una disminución de la regulación jurídica en las relaciones familiares apuntan a un aligeramiento tanto de la definición jurídica de la familia "justa", como de la intervención estatal en las relaciones internas dentro de las familias. Ello, por un lado, reduciría la diferencia existente entre familias oficiales y familias de hecho, en todas sus configuraciones; por el otro, permitiría mayor autonomía de la definición negociada de las relaciones, más cercana entonces a las exigencias de las familias particulares.<sup>30</sup>

El obstáculo más difícil de superar, para una numerosa crítica feminista, deriva también en el caso de la familia del carácter sexuado del derecho: si el derecho se ocupa de la familia, y es un derecho construido al modo masculino por cuanto los contenidos de las leyes son hechas por mujeres, el léxico y las categorías invalidarían en todo caso una real capacidad de respetar la visión y los intereses femeninos. Se presenta, entonces, una alternativa: disminuir la incidencia de la regulación jurídica, con los riesgos de que la condición de la mujer abandonada a las puras relaciones de poder internas a la familia se dañe gravemente, o buscar un nuevo derecho, un "derecho de las mujeres".

El problema del contenido político de la familia, así como de la sexualidad o de la reproducción, repropone una tensión central en la reflexión feminista, cuyo interrogante de fondo se puede esquematizar de la siguiente manera: ¿hacer público lo que tradicionalmente ha sido privado y consecuentemente hacer emerger áreas escondidas de poder masculino, o bien, sustraer a la esfera pública del Estado y del

28 DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Cambridge Mass, pág. 236. Al problema de la pornografía y a las posiciones de MacKinnon están dedicados los capítulos 9 y 10. Dworkin sostiene que "liberals defend pornography though most of them despise it, in order to defend a conception of the First amendment that includes protecting equality in the process through which the moral as well as the political environment is formed", pág. 238. Él, en todo caso, no acepta la idea de que la pornografía constituye un elemento fundamental en la construcción de la imagen social de la mujer según fantasías masculinas, y que, por lo tanto, puede ser considerado un atentado a la libertad de autodeterminación femenina y a la igualdad entre los sexos. Mucho más dañosa para la igualdad entre los sexos es la representación corriente de la mujer.

29 Por la transformación del derecho de familia en Italia de la posguerra, véase POCAR, V., P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998.

30 Así, por ejemplo, SMART, C., *Feminism and the Power of Law*, Londres, 1989, pág. 82 y ss.

derecho cuestiones consideradas de pertenencia exclusiva de la autodeterminación femenina y por lo tanto devolverlas a lo privado?

Me parece significativo recordar sobre este tema el trabajo de Susan Moller Okin, que en sus escritos, así como en sus cursos universitarios, aborda a través del "prisma del género" las principales teorías políticas occidentales, examinando las implicancias para la diferencia sexual.<sup>31</sup> Okin hace notar cómo las teorías políticas clásicas, con la conocida excepción de John Stuart Mill, ignoraron las temáticas de género y no se preocuparon por distinguir entre varones y mujeres: más precisamente se refieren a un individuo aparentemente neutro que, sin embargo, es fuertemente sexuado en sentido masculino.

En particular, el análisis de Okin se desarrolla a partir de la constatación del desinterés de la teoría política por aquel ámbito institucional en el que principalmente se desenvuelve la vida femenina: la familia. La exclusión de la familia como ámbito de aplicación y verificación de criterios de justicia resulta particularmente difícil de explicar si se considera que constituye el núcleo primario de agresión y de convivencia, el primer lugar de formulación e imposición de normas, de organización del poder.

Esta exclusión quizás puede comprenderse, para Okin, readscribiéndola a la distinción entre esfera pública y privada y a la tendencia, probablemente no racionalizada y en todo caso raramente explicitada, a incluir a la familia en la esfera privada. Una esfera en la que los poderes públicos, y consecuentemente la teoría política, no se deben inmiscuir.

Esta división de los campos no tiene necesidad de ser justificada, porque es presentada como "natural": incluso en este caso debe reconocerse la faz ideológica del concepto de "naturaleza", que así como legítima soberanías, derechos, órdenes económicos, del mismo modo, legítima la división de los campos entre masculino y femenino, y la intervención del Estado en la esfera en la que debe actuar la mujer, la privada y familiar. La exclusión de la esfera familiar y la artificiosa distinción entre público y privado caracterizan para Okin también las teorías políticas contemporáneas, tanto las liberales, como las comunitaristas; ambas, si bien utilizan modelos de justicia igualitaria y un lenguaje neutro y políticamente correcto, ignoran la subjetividad femenina, en la individualización de criterios de justicia.<sup>32</sup>

31 Concentrándome sobre la reflexión feminista en torno al derecho, no me ocuparé del tratamiento de las teorías políticas feministas, aun cuando estén estrechamente conectadas a aquélla. Para la exposición de las principales tesis contenidas en ellas, véase en italiano el último capítulo del volumen de Will Kymlicka, *Introduzione alla filosofia politica contemporanea*, Milán, 1996. Kymlicka, al constatar la diversificación extrema de la teoría política feminista, individualiza tres críticas a las teorías políticas contemporáneas, basadas en la idea de que "los principios que han sido desarrollados pensando en la experiencia y en los intereses de los varones son incapaces de reconocer adecuadamente las necesidades de las mujeres y de incorporar sus experiencias", pág. 263.

32 En el libro de reciente publicación en Italia (MOLLER OKIN, S., *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico*, a cargo de PALOMBELLA, G., Dedalo, 1999), Okin analiza las principales teorías políticas contemporáneas desde las comunitaristas (MACINTYRE, Walzer) a las neoliberales (Nozick) y neocontractualistas (Rawls) a las adscribibles a los *Critical Legal Studies* (Unger) desde el punto de vista de su compatibilidad e inclusión

Entonces la familia corresponde a una esfera de intangibilidad por parte del Estado, una jurisdicción autónoma, librada a las normas tradicionales y a los equilibrios internos de poder. Incluso sin querer suponer una intencionalidad masculina, de hecho esta es la situación que se ha creado. El espacio de autonomía y de desinterés del derecho público por la esfera doméstica, por lo demás, se ha traducido en ausencia de tutela para las mujeres contra las discriminaciones que acaecen dentro de las familias.

El derecho privado, por el contrario, se ocupa de la familia estrechamente, por un lado traza los confines normativos que determinan su configuración externa, su forma correcta; por el otro regula las relaciones entre los individuos que la componen cuando el conflicto ha arribado a un punto tal que no puede ser contenido y gestionado en el interior. Se consolida de este modo una cesura clara entre lo que sucede dentro y lo que, excepcionalmente, emerge.<sup>33</sup>

Para Okin es necesario tanto elaborar teorías de la justicia que sean realmente inclusivas –y no sólo en apariencia a través del uso de términos neutros– de los ámbitos de vida social de las mujeres, y consecuentemente en primer lugar de la familia, como abandonar el énfasis sobre el carácter masculino del derecho y de la moral, así como la clara contraposición entre justicia y cuidado. Estas posiciones han tenido, de hecho, el efecto negativo de consolidar el aislamiento de la reflexión, permitiendo su exclusión de la teoría política.

## V. LA TEORÍA FEMINISTA COMO TEORÍA CRÍTICA Y DECONSTRUCTIVA

Al igual que Catharine MacKinnon, si bien con diferentes lecturas de las relaciones entre los sexos, gran parte de la teoría jurídica feminista se ha orientado a una obra de deconstrucción y de desmitificación de la perspectiva masculina escondida en el derecho positivo.

de la perspectiva de género. En comparación con las primeras autoras, manifiesta un profundo escepticismo hacia la alianza propugnada por algunas estudiosas feministas y pone a la luz cómo incluso las teorías comunitaristas son construidas sobre una falsa neutralidad y cómo confiar en la tradición y en la pertenencia, la individualización y la realización de criterios de justicia es problemático y peligroso. En comparación con las teorías liberales, por el contrario, exceptuando todas las críticas de abstracción y falsa neutralidad, así como de “negligencias y racionalización de la opresión de las mujeres”, rescata la contribución que han hecho a la posición de los fundamentos de la igualdad y de la libertad femenina. Véase también MOLLER OKIN, S., “Feminism and Multiculturalism: Some Tensions”, en *Ethics*, 1998, vol. 108, págs. 661-684; y para una síntesis de las relaciones entre teorías feministas y teorías comunitaristas, FRAZER, E., “Féminisme et communitarisme”, en *Pouvoirs*, 1997, vol. 82, págs. 17-34.

33 Una confirmación de este doble rasero en la familia resulta también de la escasez de las investigaciones sobre sus dinámicas y sobre sus normas internas, mientras el derecho de familia y su reforma han sido uno de los principales campos de intervención de la doctrina y del movimiento feminista, tanto en los países europeos y americanos, como en los africanos y asiáticos. En el ámbito de la sociología del derecho, el enfoque del pluralismo jurídico puede ser utilizado para abordar los ordenamientos familiares y, en general, diferentes áreas normativas femeninas. Véase FAVRETTO, A. R., *Il disordine regolato. Strutture normative e conflitto familiare*, Turín, 1995, y HELLUM, A., “Actor Perspectives on Gender and Pluralism”, en *Legal Polycentricity*, a cargo de PETERSEN, H., y ZAHLE, H., Dartmouth, 1995, págs. 13-29.



En el último decenio este enfoque deconstructivo se ha refinado ulteriormente en las obras de varias autoras: el análisis del derecho vigente en términos de desmitificación de las relaciones de poder contenidas en él ha acercado la teoría jurídica feminista al enfoque de los *Critical Legal Studies*, corriente en la que se reconocen de hecho varias juristas norteamericanas.

Una de ellas es Frances Olsen,<sup>34</sup> quien, en un trabajo de 1990, promueve una propuesta de esquematización de las corrientes del feminismo jurídico, que me parece útil recordar brevemente. Olsen parte de la constatación de que en el pensamiento occidental y, en particular, en la tradición liberal, emergen una serie de pares opuestos como activo/pasivo, racional/irracional, objetivo/subjetivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, poder/sensibilidad, cultura/naturaleza, etc. Los primeros términos de estos pares culturalmente son asociados a lo masculino, pero también al mundo del derecho; los segundos términos a lo femenino e indican características generalmente consideradas extrañas al derecho. Esta bipolarización y la correspondiente división de los campos habrían contribuido fuertemente y contribuirían aún a limitar el acceso y la influencia de las mujeres en el derecho.

Sobre esta base, las diferentes posiciones feministas en relación con el derecho pueden, según Olsen, ser reconducidas a tres enfoques fundamentales: el primero es el que rechaza la sexualización en cuanto pone en discusión la asociación de los primeros términos a lo masculino y reivindica la plena capacidad de las mujeres de participar en él, es decir, de ser racionales, activas, etc.; y, como consecuencia, de utilizar el derecho y sus categorías consolidadas para los propios fines. El segundo es el que rechaza la jerarquización, en el sentido de que asume la asociación de dichos términos a lo femenino y su ajenidad al mundo del derecho, pero proclama la importancia y el valor, y entonces invierte la visión tradicional que coloca en primer plano los valores masculinos. Esta perspectiva conduce a observar con sospecha al derecho, justamente porque se mueve sobre caminos que no son los femeninos.

Un tercero y más reciente enfoque que Olsen llama *de la androginia*, es el que tiende a poner a la luz cómo ambos grupos de características están presentes tanto en los varones como en las mujeres, a develar los contenidos ideológicos de estos conceptos, a problematizar su mismo contenido y sus límites. La androginia como llave de lectura de las relaciones varón/mujer se corresponde en la visión personal de Olsen con un enfoque que rechaza "tanto la caracterización del derecho como racional, objetivo, abstracto y gobernado por principios, como la jerarquización de racional, objetivo, etcétera, sobre irracional, subjetivo, etcétera".<sup>35</sup>

El Derecho no es aquella construcción racional que la ciencia jurídica oficial propone y no es por naturaleza masculino. El derecho es para Olsen una actividad

<sup>34</sup> Véase *infra* CARRINO, A. y Roberto M. UNGER, op. cit., y los CLS: scetticismo e diritto.

<sup>35</sup> OLSEN, F., "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective", en *The International Journal of Sociology of Law*, 1990, vol. 18, pág. 205. Olsen ha compilado también la publicación de las principales contribuciones de autoras feministas, sobre

humana, una práctica social, que, desde el momento que hasta ahora ha sido predominantemente dominada por varones, ha presentado como características propias prevalecientes las asociadas a lo masculino (racionalidad, abstracción, orientación a principios, etc.) y ha escondido aquellas asociadas a lo femenino (irracionalidad, concreción, contextualización, etc.). Características que por el contrario están también presentes en el derecho, aun cuando no siempre son reconocidas y oficializadas.

Entonces, la ciencia jurídica feminista tiene, para Olsen, en primer lugar un deber de análisis, de desenmascarar coberturas ideológicas, sean ellas internas a las categorías existentes o reformuladas según categorías nuevas, no obstante, sin negar que, en el plano práctico, el uso del derecho pueda todavía traer beneficios a las mujeres.

La teoría jurídica dominante tiende a confinar a las mujeres en sectores como el del derecho de familia y a excluirlas de otros considerados más masculinos, como el derecho comercial. En cambio, para Olsen, un objetivo importante del feminismo es el de "disolver los guetos del derecho", poniendo a la luz que en todas sus partes están presentes componentes irracionales, personalizados y subjetivos y ampliando la competencia plena de las mujeres a ámbitos diferentes de los que las conciernen directamente, como el cuerpo o, tradicionalmente, como la familia.

### VI. EL DERECHO A LO FEMENINO Y LA ESCUELA ESCANDINAVA: UNA NUEVA JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA

En los años más recientes, la teoría feminista en su conjunto ha superado la caracterización del derecho como técnica exclusivamente masculina. Por un lado, han sido elaborados enfoques epistemológicos más complejos; por el otro ha surgido una tendencia a la revalorización del rol del derecho y de sus modalidades de intervención

todo norteamericanas, sobre el derecho. OLSEN, F. (comp.), *Feminist Legal Theory*, Aldershot, Dartmouth, 1995. Una categorización similar a la de Olsen es propuesta por Carol Smart, criminóloga inglesa, que distingue tres enfoques en la teoría feminista: el primero corresponde a la idea de que el derecho es sexista, el segundo que el derecho es masculino, el tercero que el derecho es sexuado. Este último corresponde a la pregunta "how does gender work in law and how does law work to produce gender?", y se traduce en una deconstrucción de la Mujer construida en los discursos jurídicos, que apunta a la comprensión de la red de intereses en juego en un acto jurídico y asume el derecho como un objeto complejo, producto de múltiples influencias, y no un simple instrumento de un poder unilateral. Véase SMART, C., "The Woman of Legal Discourse", en *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, Londres, 1995. Este libro, compuesto por once trabajos, muestra el recorrido de la autora que partiendo de la investigación criminológica, se introduce en la tradición de los estudios sociojurídicos implantando sobre ellos una perspectiva feminista y desemboca en un enfoque que ella misma denomina postmoderno o posestructuralista. Sobre el postmodernismo feminista véase BARATTA, A., *Il paradigma del genere dalla questione criminale alla questione umana*, Padova, 1999. Para la deconstrucción de conceptos jurídicos es de particular importancia también la obra de Martha Minow; véase MINOW, M., *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, 1990.

con el objetivo de construir un derecho en grado de traducir en el propio lenguaje y modalidad la identidad femenina.<sup>36</sup>

La nueva ciencia jurídica femenina se propone entonces no sólo deconstruir las categorías jurídicas y las normas existentes, develando las implicancias escondidas, sino también formular y aplicar normas sustanciales y procedimentales, que, partiendo de la diferencia de género, expresen valores, intereses, objetivos y modalidades de acción femeninas. El derecho a lo femenino no se contenta más en ocuparse de las normativas que conciernen directamente a las mujeres, sus relaciones personales y laborales, su cuerpo, es decir, de los que han sido los campos de "primera intervención", sino que se extiende a todos los ámbitos del derecho positivo. Propone una mirada alternativa a la masculina, no necesariamente sustitutiva, sino complementaria.

En Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Australia y en los países escandinavos, la ciencia jurídica feminista está ampliamente difundida, elaborada e institucionalizada. Desde hace más de un decenio en las *Law Schools* americanas frecuentemente están presentes cursos de *Feminist Jurisprudence*, *Feminist Legal Theory*, *Women's Law*.<sup>37</sup> La escuela escandinava de *Women's Law* se forma hacia la mitad de los años ochenta gracias, sobre todo, a la obra de Tove Stang Dahl, a quien me dedicaré en la conclusión de esta breve exposición.<sup>38</sup>

El movimiento feminista escandinavo siempre ha sido particularmente abierto y colaborativo hacia las instituciones públicas, reconociendo el rol positivo del Estado social y del derecho como instrumento de transformación, así como de apoyo y promoción de intereses de grupos débiles.

"El derecho no es masculino por estructura y vocación; lo es en cuanto ha sido históricamente elaborado por los varones", este es el presupuesto que esboza Dahl en la búsqueda de un derecho no neutral, pero que tome nota y características de manera diferenciada los sexos. El "derecho de las mujeres", según Dahl, se define en base al objetivo "de describir, explicar y comprender la posición jurídica de las mujeres, en particular con el objetivo de mejorar su posición en el derecho y en la sociedad".<sup>39</sup>

36 Esta tendencia se testimonia en Italia en un reciente número de *Ragion Pratica* (1997, nro. 8), a cargo de GIANFORMAGGIO, L. y M. RIPOLI. A ella se asocia Pitch que concluye "que el derecho nos puede servir, porque es útil, no sólo en el plano simbólico, sino también como marco de normas que sostienen y producen justicia social para las mujeres y a su vez libertad femenina" (op. cit., pág. 219).

37 Las principales revistas jurídicas anglosajonas contienen frecuentemente cada vez más artículos de juristas feministas o dedicadas a la ciencia jurídica feminista. Desde 1992 incluso existe una revista (*Feminist Legal Studies*) que aborda, con análisis de normativas, comentarios a sentencias, reseñas, cuestiones jurídicas relevantes para las mujeres.

38 Tove Stang Dahl es autora también de un manual universitario de *Women's Law*. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo, donde enseña, esta materia constituye un curso de los últimos años e incluso están previstas lecciones en el ámbito de los principales cursos fundamentales que examinan la disciplina desde el punto de vista femenino.

39 STANG DAHL, T., "Building Women's Law", en *International Journal of Sociology of Law*, 1986, vol. 14, pág. 240. Sobre el movimiento escandinavo del derecho de las mujeres

Él se presenta como una teoría crítica articulada sobre dos niveles: uno de análisis, el otro de propuesta. Es una ciencia descriptiva, orientada a comprender y explicar las implicancias de género contenidas en el derecho vigente, pero, al mismo tiempo, es una ciencia crítica que se coloca en una perspectiva ética y política de reforma del derecho.

La *Women's Law*, por lo tanto, no es ciencia exenta de valores, sino orientada a elecciones precisas. Para desarrollarse requiere abarcar más enfoques y perspectivas que integran los métodos y las categorías de la ciencia jurídica, a cuya tradición, por lo demás, Dahl se refiere explícitamente.

El punto de partida son las mujeres y el conocimiento de su punto de vista. Eso significa adoptar una perspectiva desde la base, que se apoya sobre datos empíricos, y que, por lo tanto, presupone la realización de investigaciones sobre la condición, las necesidades y los reclamos de las mujeres. La *Women's Law* se caracteriza también por la adopción de un enfoque sociojurídico, apoyado en investigaciones empíricas cualitativas y cuantitativas. La perspectiva sociológica por lo demás ha sido ulteriormente desarrollada por otras juristas del área escandinava, no sólo a través de investigaciones empíricas, sino también a través de la acogida de modelos teóricos.<sup>40</sup>

Stang Dahl parte de la constatación de que los casos de discriminación, en el sentido de previsión normativa de diferente tratamiento entre varones y mujeres, son actualmente muy raros y a menudo introducidos justamente para asegurar una igualdad de hecho. Pero gran parte del derecho vigente, neutro respecto al género, trata en modos diferentes a varones y mujeres, desde el momento en que tienen estilos de vida, hábitos, valores y exigencias diferentes. Refiriéndose a la conocida distinción entre *Law in Books* y *Law in Action*, el derecho de las mujeres no debe limitarse al análisis de las prescripciones jurídicas, sino orientarse sobre todo a las discriminaciones de hecho. El vínculo con el realismo jurídico escandinavo y con una visión sociológica del derecho es evidente en la obra de Dahl que se apoya en particular en el enfoque desarrollado por Torstein Eckhoff y Vilhelm Aubert.<sup>41</sup>

véase también WEIS BENTZON, A., "Comments on Women's Law in Scandinavia", en *International Journal of Sociology of Law*, 1986, vol. 14, págs. 249-54 que resalta las ventajas que se derivarían de una mayor apertura a las ciencias sociales.

40 Por un encuadre del "derecho de las mujeres" en recientes perspectivas teóricas de la sociología del derecho, véase PETERSEN, H., "Dalla Scandinavia un'interpretazione femminista postmoderna del diritto", en *Democrazia e diritto*, 1993, nro. 2, págs. 145-173. La misma Petersen en una investigación sobre los lugares de trabajo femeninos en Dinamarca se refiere a los modelos del pluralismo jurídico como cuadro conceptual que permite comprender una amplia producción de normas informales. En esta investigación advierte cómo, incluso a fin de reducir conflictos y tensiones, las mujeres "desarrollan estrategias 'legales' más o menos conscientes" a menudo ignorando "reglas y principios jurídicos formales existentes", incluso con la complicidad de los dadores de trabajo. Como en este caso, muchas normas producidas por las interacciones femeninas en los lugares de su actividad no son adscribibles en el derecho del Estado, aun cuando entran en relación con él, y por lo tanto no son adscribibles con los instrumentos de la ciencia jurídica oficial (y masculina), pero pueden convertirse en base para la construcción de un derecho formal de las mujeres.

41 STANG DAHL, T., *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence*, Oslo, 1987, pág. 56 y ss.

El derecho femenino se encuentra en la necesidad de cortar transversalmente los límites tradicionales del ordenamiento jurídico, en tanto las normas a las que hace referencia pertenecen a diferentes ámbitos y a menudo revelan valencias significativas sólo si se consideran en conexión entre ellas. "El derecho de las mujeres no conoce limitaciones formales diferentes de la perspectiva feminista (...) atraviesa los límites entre derecho público y privado, así como aquellos entre varias áreas del ordenamiento jurídico y comprende en general todas las áreas del derecho",<sup>42</sup> y esto justamente porque adopta una perspectiva que parte del sujeto mujer, sujeto sobre el que actúan, si bien en diferente medida, todos los campos del derecho. Por lo tanto, es también jurídicamente interdisciplinario, tanto en el análisis del derecho positivo, como en la construcción de una disciplina autónoma, que se articula en nuevos sectores jurídicos, como los que Stang Dahl llama "*money law, housewife's law, waged labour law, birth law*". La *Birth's Law*, por ejemplo, no abarca sólo la prevención de los nacimientos o la interrupción del embarazo, necesarios para realizar la autodeterminación femenina, sino también todo el ámbito de la reproducción asistida y de la asistencia a la maternidad.

La individualización de lo que es "justo" se produce a partir de la identificación empírica de las percepciones femeninas: son tres las áreas principales en las cuales, según Stang Dahl, las mujeres lamentan una injusta distribución de los recursos: dinero, tiempo, trabajo.<sup>43</sup> El traslado del conocimiento empírico en nuevas normas jurídicas debe en última instancia hacer referencia a dos valores esenciales de la tradición occidental: libertad e igualdad. La ciencia jurídica femenina, por lo tanto, tiene la tarea primaria de formular normas que logren una mayor igualdad en la distribución del dinero, el trabajo, el tiempo y que, al mismo tiempo, favorezcan la libertad de las mujeres, entendida como autodeterminación y autorrealización.

42 Op. cit., pág. 30.

43 Op. cit., pág. 90 y ss.