



**LA CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO:
De la lucha por la igualdad al cuestionamiento de la identidad
como ideal normativo**

*THE FEMINIST CRITIQUE OF LAW:
About the Fight for Equality and the questioning of the identity
as a normative ideal.*

Juanita Catalina Mendoza Eskola¹
cmendozae@yahoo.com
Recibido el: 10/10/2016
Aprobado el: 19/12/2016

Resumen

Este artículo presenta los principales cuestionamientos que desde el feminismo (o los feminismos) se han dirigido al Derecho, como sistema social y como discurso. De modo especial, analiza las diversas posiciones que asume la crítica feminista respecto de la utilización del Derecho como instrumento para transformar la situación de las mujeres. Sin desconocer la importancia de la lucha de las mujeres para enfrentar la discriminación y lograr la igualdad, el artículo muestra que el uso esencialista de las categorías “hombres” y “mujeres” puede significar, al mismo tiempo, la exclusión de derechos de quienes no se adecuan a este ideal normativo.

Palabras clave

Derecho - feminismo - género - mujeres

1 Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales
Universidad de Cuenca



Abstract

This article shows the most important questions that the feminism (or feminisms) asks to Law, as a social system and speech. In a special way, it analyzes the different positions that the feminist critique assumes about the possibility of using Law as an instrument to change the situation of women. Moreover, even though the article regards the importance of women's struggle to face discrimination and achieve equality, it shows how the use of essentialist categories, such as "men" and "women" could signify, at the same time, the exclusion of the rights of those who do not fit on that normative ideal.

Key words:

Law - feminism – gender - women

La concepción feminista del derecho plantea que el derecho constituye una de las principales manifestación de poder dentro de la sociedad, y que dicho poder no sólo se observa en los parlamentos y en las leyes, en los tribunales y en los juicios, sino también en otras instancias que conforman el sistema jurídico. El análisis feminista del derecho cuestiona los principios básicos del sistema jurídico y los presupuestos de la teoría jurídica, entre otros aspectos, a partir de lo cual se propone evaluar críticamente la legislación y las instituciones que conforman el sistema jurídico, así como presentar alternativas al ordenamiento existente. La concepción feminista del derecho cuestiona además los atributos del sujeto de derecho, la naturaleza de los derechos, la relación entre el derecho y la justicia, así como el significado mismo del derecho y de la justicia:

Es en el momento en que se alcanza plenamente (o casi) la emancipación, con el acceso a los derechos y la extensión y la multiplicación de los derechos mismos a todos/as, con la cancelación de normas discriminatorias y la promulgación de normas dirigidas a promover no sólo la paridad formal sino también la sustancial, cuando la pregunta radical acerca de la naturaleza misma del derecho y derechos modernos, su lógica de funcionamiento, su utilidad para disminuir las injusticias y legitimar pretensiones nuevas adquiere mayor intensidad (Pitch, 2003, p. 22).

El debate feminista en torno al uso del derecho está íntimamente relacionado con las visiones que se tengan del derecho y de los derechos, así como con lo que cada una de estas perspectivas considera necesario y útil para garantizar la inclusión de las demandas de las “mujeres” (o de algunas mujeres: las trabajadoras, las madres, las víctimas de delitos, entre otras). De esta manera, la cuestión acerca de la utilidad del derecho o de las estrategias para transformarlo en el sentido indicado asume diversas modalidades.

En primer lugar, se ha señalado que el derecho representa la vertiente discursiva y procedimental de las relaciones de poder presentes en una sociedad, desempeñando un papel decisivo en la perpetuación de los esquemas patriarcales de dominación (Carreras, 1995). Por ello, la jurisprudencia feminista se ha propuesto “desenmascarar” la ideología y la estructura patriarcal que se esconden detrás de la teoría jurídica. La jurisprudencia feminista rechaza la idea de una teoría jurídica neutral, objetiva e indiferente ante los fenómenos sociales, por el contrario, pone en evidencia aquellas creencias e ideologías que consolidan el *statu quo* y que restringen la libertad de determinados grupos sociales. Aquí el concepto de “patriarcado” se usa para hacer referencia al dominio masculino generalizado en la civilización occidental, a través de la adjudicación del poder en los ámbitos económico, político y familiar, con base en la distinción entre la esfera pública y la privada. Consecuencia de ello es la sistemática resistencia del ordenamiento jurídico a intervenir en el ámbito privado en aras de la “intimidad familiar”, y la tendencia a invisibilizar los intereses de las mujeres en



la esfera privada, contribuyendo de esta manera a consolidar la hegemonía masculina.

Pero junto a la dimensión crítica de la jurisprudencia feminista, se destaca también su dimensión constructiva orientada a “alterar” el derecho, de manera que éste recoja los intereses de las mujeres en un entorno post-patriarcal. El dilema está en determinar si, para erradicar la discriminación es suficiente con cambiar el contenido de las normas que regulan una situación determinada o si, por el contrario, se deben transformar los procedimientos que la cultura jurídica tiene como garantes de la objetividad, imparcialidad y neutralidad en la resolución de los conflictos jurídicos. De ahí que la jurisprudencia feminista se plantea el reto de cambiar cualitativamente el sistema jurídico, al propugnar que la voz de las mujeres sea tomada en cuenta en la elaboración de las normas, la justificación de las instituciones jurídicas, y el enfoque de la práctica jurídica.

La pretensión de la jurisprudencia feminista de ingresar en el mundo de la teoría del derecho ha sido criticada por considerar que implica una aceptación tácita de la legitimidad del derecho como “sistema esencialmente masculino” (Suárez Llanos, 2002). Este enfoque que enfatiza el “carácter masculino” del derecho ha recibido fuertes cuestionamientos (Smart, 2000). Dicho punto de vista parte de la creencia errónea de que “los varones” y “las mujeres” constituyen categorías homogéneas. Este enfoque presenta además a la clase social, la edad, la etnia, la religión, entre otras, como categorías secundarias. Por tanto, una respuesta apropiada requiere abandonar la idea de que existe “la mujer genérica”, y reconocer que coexisten diversas experiencias femeninas que no pueden tratarse en términos idénticos. Es necesario renunciar a aquellas ideas que perpetúan la noción del derecho como una unidad, y más bien intentar explicar sus contradicciones internas.

En segundo lugar, frente a los enfoques que conciben al derecho como “pura norma”, el feminismo enfatiza su carácter de “práctica discursiva social y específica”, que produce sentidos propios y diferentes de los generados por otros discursos sociales, y que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto que operan en un contexto histórico-social determinado (Ruiz, 2000a). Siendo un discurso social, a través de consagrar alguna acción u omisión como permitida o prohibida, lo que hace el derecho es otorgar sentido a las conductas de los seres humanos, convertirlos en sujetos y asignarles poder, de forma diferenciada. En esta línea, se propone ver al derecho como un “discurso público sobre el cuerpo de las mujeres” (Pitch, 2003). Se sugiere centrar la atención en cómo el derecho construye la relación entre “sujetos” y “cuerpos”, cuál es el sujeto que aparece como modelo, y qué capacidades y poderes le son atribuidos. De acuerdo con este planteamiento, el derecho únicamente norma el cuerpo femenino. Las mujeres son presentadas como “el otro” del sujeto que sirve de modelo. El cuerpo masculino adulto y sano no está normado porque es el estándar de referencia.



No obstante, es necesario reconocer que sería equivocado atribuir a las leyes la construcción de una imagen única y coherente de las mujeres, de los varones y de las relaciones entre los sexos, ya que el sentido de las normas cambia con el tiempo y según los contextos. De lo que se trata es de identificar las diversas, inconsistentes y contrapuestas imágenes de “lo femenino” y de “lo masculino” que pueden ser extraídas de las leyes, la jurisprudencia, así como de las campañas y los debates sobre las mismas. Si bien las ideologías patriarcales que moldean el derecho construyen las diferencias entre hombres y mujeres de manera que la supuesta inferioridad de las mujeres es entendida y justificada como “natural”, estas ideologías varían en el grado en que legitiman la desventaja femenina (Facio y Frías, 1999). Así, el derecho ha regulado la “incapacidad relativa de la mujer” equiparándola a los menores adultos; ha reproducido las relaciones de poder sobre las mujeres al justificar el deber de obediencia de la mujer a su marido; ha limitado el derecho de las mujeres a la integridad de los cuerpos al no castigar la violencia doméstica; ha caracterizado al embarazo, el parto y la maternidad como “situaciones particulares” y les ha otorgado históricamente derechos de menor valor.

El derecho refuerza la rígida distinción público/privado y, al hacerlo, favorece la construcción estereotipada de una determinada “figura” de mujer. La crítica feminista a la distinción público/privado ha permitido demostrar la desigualdad derivada de la asignación de lo público a los hombres y lo privado a las mujeres, y remarcar que el hecho de ubicar a las mujeres en lo privado, ha permitido sustraerlas de lo público, en el sentido de la protección legal a sus derechos (Matus, 1999). En efecto, el sistema normativo refuerza y reproduce roles y establece lugares para el quehacer de hombres y mujeres, asigna valores distintos a unos y otros, y, de esta manera, configura las identidades femenina y masculina. En este marco, la mujer es definida desde el único lugar legitimado por la norma: el privado. Esta asignación ideológica que hace el sistema jurídico de la mujer al espacio privado limita, al mismo tiempo, la constitución de la identidad femenina en el espacio público (Frías y Matus, 1999).

El derecho acentúa conceptos que contribuyen a consolidar un imaginario colectivo resistente a las transformaciones. El derecho opera “naturalizando ciertos vínculos y relaciones”, a través del mecanismo de la legitimación selectiva de algunos de ellos, sin plantear opciones para actuar y decidir (Ruiz, 2000b). El discurso jurídico es un discurso complejo que se construye en medio de procesos históricos, culturales, políticos y sociales en los que participan actores diversos, cada uno de los cuales compete por hacer escuchar su voz, por hacer prevalecer sus propios significados, por obtener lugares de visibilidad y por salvaguardar los espacios ganados. En medio de esta trama, la instalación de la mujer como sujeto de derecho se realiza a través de las múltiples formas en que el derecho se dirige a ellas. Los conceptos que el derecho hace suyos se integran con prescripciones normativas, creencias sociales, teorías jurídicas, interpretaciones judicia-



les, concepciones ideológicas y conocimientos científicos, propios de una época y de una sociedad dadas.

No obstante lo dicho, desde diversas posiciones feministas se afirma que es posible hacer del derecho un instrumento transformador de los actuales modelos sexuales de dominación. Se sostiene que el derecho debe proponer nuevas maneras de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación y, de esta forma, contribuir al desmantelamiento de los mecanismos de la dominación. Si el derecho –como se afirma desde diversos frentes– ha desempeñado un rol crucial en el mantenimiento y reproducción de un sistema que coloca a las mujeres en una situación de inferioridad, ¿cómo al mismo tiempo podría ser empleado para el mejoramiento de la posición social y las condiciones de vida de las mujeres? En la concepción feminista del derecho es posible identificar diversas estrategias empleadas para alterar el “dominio masculino” y mejorar la posición de las mujeres.

Una de las principales estrategias ha sido denunciar las diversas formas en que las leyes niegan derechos o lesionan los intereses de las mujeres (Olsen, 2000). Para combatir esta situación, se plantea una serie de reformas legales que abarcan, desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio para la formulación y aplicación de la ley, hasta la idea de que el derecho debe tomar en cuenta la situación de subordinación de las mujeres e incorporar normas diseñadas para rectificar y superar la desigualdad.

Las primeras feministas que se adscribieron a este enfoque denunciaron los casos de denegación de la igualdad formal; plantearon que el derecho debía tratar de forma idéntica a hombres y mujeres; y, sostuvieron que las leyes debían prohibir la discriminación en contra de las mujeres. Su estrategia estuvo orientada, fundamentalmente, a nivel jurisdiccional, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de varias leyes que establecían preferencias por los hombres sobre las mujeres. Otro grupo de feministas denunció los casos de denegación de la igualdad sustancial y argumentó que, para alcanzar una igualdad sustancial, el derecho debía considerar las diferencias fácticas que existen entre hombres y mujeres. Aquí se produce un amplio debate entre aquellas posiciones que buscan un “tratamiento igualitario” y aquéllas que demandan un “tratamiento especial”.

También las feministas denunciaron la utilización de modelos “asimilacionistas” en la interpretación de la ley, es decir, aquéllos que evalúan la igualdad comparando la situación de las mujeres con la de los hombres. Cuestionaron el criterio de acuerdo con el cual, para fundar una demanda por discriminación, una mujer esté obligada a demostrar que es tratada peor de lo que se hubiera tratado a un hombre. Finalmente, las feministas denunciaron la exclusión de la esfera doméstica de los alcances del dere-



cho, señalando que esta situación ha contribuido a consolidar la subordinación de las mujeres, y a reforzar la idea de que las mujeres “no son dignas” de regulación legal.

Este primer núcleo de argumentación de la concepción feminista del derecho puede ser ubicado en el feminismo liberal de la igualdad, el cual está vinculado a los *Women's Studies* que se imparten en las facultades de derecho de los países nórdicos y en los Estados Unidos a través de cursos específicos acerca de la posición de la mujer en el derecho (Suárez Llanos, 2002). Se plantea que el “derecho es masculino”, lo cual significa que en la mayoría de áreas del derecho son las necesidades y conflictos de los hombres los que han sido codificados (Stang Dahl, 1987). El modo especial de ver la realidad social del grupo dirigente es aceptado por la ley y difundido como normal y como una parte del orden natural de las cosas. De esta forma, la ley contribuye a mantener la posición del grupo dirigente. Aunque los remanentes de la discriminación sexual formal prácticamente han sido erradicados de la ley, sin embargo, esto no ha evitado la existencia de prácticas de discriminación. Las normas de igualdad de trato, en sí mismas, no se han materializado en resultados justos, por lo que la meta por la igualdad exige un tratamiento desigual para promover la igualdad de oportunidades de los grupos menos favorecidos:

En la medida en que vivimos en una sociedad donde hombres y mujeres tienen trayectorias diferentes en la vida, diferentes condiciones de vida, con distintas necesidades y oportunidades, las normas legales, necesariamente afectan de forma diferente a hombres y mujeres. Y el silencio acentúa la desigualdad y la injusticia, independientemente de las intenciones de los legisladores. Es esa compleja interrelación entre ley y vida la que se busca encauzar y entender con el objetivo especial de contribuir al trabajo para una real igualdad y liberación (Stang Dahl, 1987, p. 22.).

Pero si bien el derecho ha contribuido en gran medida al mantenimiento de la hegemonía masculina en la sociedad, también puede proporcionar las bases para la transformación de las relaciones entre los sexos. Esto supone no sólo partir de una crítica a la ley para identificar la discriminación y la injusticia que afectan a la mujer, sino también construir normas acordes con las experiencias y los intereses de la mujer. Así, los conceptos de “justicia” y “libertad” –como conceptos políticos que encierran los valores de igualdad, dignidad, integridad, autodeterminación y autorealización– pueden ser utilizados para evidenciar que la libertad de ciertos individuos y grupos se obtiene a costa de la libertad de otros, por lo que se debe prestar atención a los obstáculos que limitan la participación social de la mujer; considerar la noción de integridad como consecuencia de las demandas de protección contra las agresiones a las que está expuesta la mujer; señalar que las trayectorias de la vida de la mujer han estado con frecuencia rodeadas de responsabilidades para con los demás, limitando de este modo su derecho a la autodeterminación; y, exponer cómo, muchas veces, las nece-



sidades de los otros han impuesto límites a la autorrealización de la mujer.

Han sido varios los cuestionamientos que ha recibido el conjunto de propuestas que son parte de esta corriente (Facio, 1999). Se señala que las acusaciones de androcentrismo que se formulan al derecho omiten el análisis de las múltiples exclusiones de carácter racista, homofóbico u otras que genera el derecho, así como de las injusticias que produce entre hombres o entre mujeres. En definitiva, se critica la excesiva confianza que las representantes de esta corriente depositan en el acceso de algunas mujeres al ámbito público, el papel de los organismos jurisdiccionales en la interpretación de las leyes y el proceso mismo de promulgación de las leyes, como formas de solución a los problemas que afectan a las mujeres. Finalmente, se invita a discutir los sesgos de los principios básicos del derecho, de las instituciones jurídicas y de las respuestas que el derecho prioriza frente a los problemas sociales.

Una segunda categoría de críticas feministas, considera que las demandas de “igualdad de derechos” e “igualdad de oportunidades” son una forma de otorgar aprobación tácita, tanto a la ideología como a la estructura del derecho, al cual caracterizan como una institución opresiva hacia las mujeres (Olsen, 2000). Este núcleo de argumentación feminista reivindica la noción de diferencia, es decir, la “distinta voz, perspectiva y moral de las mujeres”, dando lugar a la *Feminist Jurisprudence* (Suárez Llanos, 2002). La *Feminist Jurisprudence* plantea que los derechos individuales –garantes de la imparcialidad y la neutralidad– serían la expresión de la voz masculina y normalizadora de la razón. El cuestionamiento de la *Feminist Jurisprudence* se extiende al “método legal”. La fuente de crítica se centra en la falsa neutralidad del procedimiento de interpretación y aplicación normativa por parte de los órganos jurisdiccionales. De acuerdo con la *Feminist Jurisprudence* la actividad judicial vendría a expresar “el triunfo” de la concepción masculina del derecho. Se sostiene que problema central de tal concepción deja que cada uno de los problemas vinculados a la situación de las mujeres se trate conforme a un criterio de interpretación de la ley, cuando esa ley ha sido definida por el varón.

De acuerdo con Robin West (2000) –una de las más reconocidas representantes de esta tendencia–, las mujeres serían portadoras de unos valores distintivos que se derivan de su potencial maternal de conexión física, al tiempo que existirían unos peligros que acompañan esa específica capacidad de conexión de las mujeres. En este marco, la teoría moderna del derecho sería esencialmente “masculina” debido a que los valores y peligros que caracterizarían las vidas de las mujeres no han sido tomados en cuenta ni por el derecho ni por la doctrina legal. La teoría del derecho habría sido incapaz de tomar en cuenta esos valores distintivos que poseen las mujeres, los peligros distintivos que inciden sobre ellas, y las consecuencias distintivas que caracterizan sus vidas. En este contexto, se plantea la elaboración de una doctrina legal que “tome en serio” las vidas de



las mujeres. La teoría feminista del derecho, así concebida, articularía dos proyectos: la denuncia de la pretendida neutralidad del derecho en cuanto al género, y la reconstrucción del derecho para que esté en condiciones de recoger “el distintivo estado existencial” de las mujeres:

[...] una cantidad considerable de reformas legales feministas, principalmente en las áreas de violación, acoso sexual, libertad de reproducción, y derechos del embarazo en el lugar de trabajo [...] frecuentemente han sido conseguidas por medio de la caracterización de los perjuicios a las mujeres como análogos, sino idénticos, a los perjuicios sufridos por los hombres (el acoso sexual como una forma de “discriminación”; la violación como un crimen de “violencia”); o por medio de la caracterización del anhelo de las mujeres como análogo, sino idéntico, a los valores oficiales de los hombres (la libertad de reproducción -que debe fundamentarse en el derecho a la individuación- es concebido en cambio como un “derecho a la autonomía”). Esta conceptualización errónea pudo haber sido en otros tiempos un precio necesario a pagar, pero es un precio alto y, al acumularse estas victorias, un precio cada vez más innecesario (West, 2000, p.159).

Se asegura que el intento de explicar las reformas feministas a través del uso de analogías forzadas, ha dado como resultado una doctrina legal inconsistente. Por el contrario, se plantea que la teoría feminista del derecho debería diseñar las reformas necesarias para la seguridad y el mejoramiento de las vidas de las mujeres, a través de un lenguaje que refleje su propia experiencia. Sin embargo, esta postura ha sido objeto de fuertes cuestionamientos, al intentar descubrir en “la específica capacidad de conexión de las mujeres” una supuesta esencia femenina. En efecto, las experiencias de las mujeres se verifican en circunstancias históricas y sociales específicas. Por esta razón, tampoco los esfuerzos de las feministas en torno a reformas legales podrían caracterizar los “perjuicios que acompañan las vidas de las mujeres”, como si fueran los mismos siempre y en todo lugar. El proyecto de la jurisprudencia feminista habría caído en una trampa (Kohen, 2000), al intentar reemplazar una jerarquía de verdad –la concepción masculina del derecho– por otra –una teoría femenina del derecho igualmente totalizadora–.

Un tercer grupo de estrategias feministas estaría orientado a hacer las experiencias de las mujeres “visibles” al derecho. En esta estrategia coexiste tanto la concepción de que el derecho es “patriarcal” como la idea de que puede ser utilizado para dar nombre a los daños que experimentan las mujeres, como grupo subordinado, y que hasta ahora han sido vividos como algo privado, invisible o irrelevante. De esta manera, el derecho puede emplearse como estrategia de legitimación de nuevas pretensiones y de nuevos principios desde el punto de vista de las mujeres. Éste sería el camino seguido por los grupos y movimientos de mujeres al dar una nueva denominación, procurar un nuevo alcance u otorgar un significado por primera vez a determinadas vivencias, transformándolas de algo que se



experimenta individualmente en algo que se denuncia públicamente por tener una causa social (Pitch, 2003).

Para MacKinnon (1995) –una de las mejores exponentes de esta estrategia–, quienes detentan el poder social –los hombres– diseñan las normas y las instituciones para mantener el *statu quo*, presentando las cualidades que se valoran desde el punto de vista masculino, como los patrones de la relación adecuada entre la vida y la ley. Por ello, se requiere desarrollar un método de creación de conciencia por parte de quienes carecen de poder social –las mujeres–. Las mujeres conocen la desigualdad porque la han vivido, de modo que saben cuáles serían los beneficios de acabar con las barreras que impiden el logro de la igualdad. El método feminista implica “dar voz” a las mujeres para que puedan describir su condición, como colectivo, revelar los fundamentos de un sistema que mantiene a la mujer en condiciones de inferioridad, y contribuir a la transformación de la situación de dominación/sumisión impuesta. Este método, que demanda adoptar “el punto de vista de la desigualdad de las mujeres en relación con los hombres”, implica aprehender la realidad de las mujeres desde dentro y desarrollar estrategias para hacer frente a las distintas manifestaciones del poder masculino. Como consecuencia, una vez que se ha definido la igualdad sexual en la ley desde el punto de vista de las mujeres, la ley ya no podría aplicarse sin cambiar la sociedad:

En este enfoque, la desigualdad no es una cuestión de identidad y diferencia, sino de dominio y subordinación. La desigualdad tiene que ver con el poder, su definición y su incorrecta distribución. La desigualdad fundamental se interpreta como cuestión de jerarquía, que –igual que el poder logra construir la percepción social y la realidad social– por derivación se convierte en distinciones categóricas, en diferencias. Cuando la ley global de la igualdad es abstracta, este enfoque es concreto; cuando la ley global de la igualdad es falsamente universal, este enfoque permanece específico. El objetivo no es hacer unas categorías legales que persigan y atrapen el *statu quo*, sino hacer frente a través de la ley a las desigualdades de la condición de la mujer para cambiarlas (MacKinnon, 1995, p. 435).

Esta nueva concepción del problema de la desigualdad sexual, por tanto, demanda la construcción de una idea renovada de la igualdad, tanto en la ley, así como en la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de una igualdad en sentido sustantivo en lugar de su construcción abstracta, que debe ser definida en los términos propios de las mujeres, a partir de su experiencia concreta. La adopción de este nuevo concepto de igualdad proporciona a las mujeres la oportunidad de desarrollar una nueva jurisprudencia. De esta manera, las mujeres pueden ser parte del proceso de cambio de la relación que el Estado tiene con ellas y de la que ellas tienen con los hombres, exigiendo la igualdad real a través de la ley.



El primer paso consiste en poner en evidencia las condiciones concretas de desigualdad de las mujeres, señalando los abusos que sufren las mujeres en un contexto legal caracterizado históricamente por la privación de los derechos civiles, la exclusión de la propiedad y de la vida pública, y la falta de reconocimiento de los daños específicamente sexuales. El siguiente paso es reconocer que las formas masculinas de poder sobre las mujeres están legitimadas a través de derechos individuales en la ley, por lo que la igualdad sexual real en la ley implica limitar o eliminar los actuales derechos-poderes de los hombres sobre las mujeres y los niños/as. El objetivo es evidenciar que existe una desigualdad sistémica entre los sexos que se expresa, fundamentalmente, en la práctica social de la violencia sexual, cuyas víctimas mayoritariamente son mujeres y niños/as, y que si bien la intervención de *iure* por parte del Estado considera ilegal la violencia sexual, sin embargo, permite de *facto* a los hombres practicarla a gran escala.

Mientras más neutrales aparezcan las normas, más “ciegas” al sexo, y menos abiertas a cuestionar que su contenido tiene algún punto de vista, más cerca estarán de imponer el punto de vista masculino. Mientras los derechos abstractos legitiman la experiencia masculina del mundo, los derechos sustantivos de las mujeres promueven una autoridad no dominante, la autoridad de la verdad excluida, la voz del silencio. Bajo este marco, la jurisprudencia feminista se explica por la condición concreta de la mujer y por la necesidad de cambiar la situación de dominación/sumisión. Esta nueva jurisprudencia implica una nueva relación entre la vida y la ley.

La propuesta de McKinnon contribuyó a redefinir conceptos como el acoso sexual, la pornografía y la violación, partiendo del punto de vista de quien sufre esas ofensas y concibiendo este punto de vista como un punto de vista colectivo (Pitch, 2003). De manera especial, la definición del acoso sexual se reveló con gran éxito en el plano práctico porque propició una serie de batallas judiciales, a través de las cuales se consiguió la introducción de reglas específicas y se logró su reconocimiento como situación de ilegítima discriminación sexual. En el plano simbólico, su efecto ha sido evidente al haber dado nombre y significado a un conjunto de chantajes sufridos por las mujeres, como colectivo, que habían sido experimentados individualmente y que hoy son visibilizados públicamente.

No obstante, la propuesta de MacKinnon ha sido calificada como paradójica (Kohen, 2000), ya que, por un lado, dirige duras críticas al carácter masculino del derecho y, por otro, ha intentado, de manera activa y exitosa, utilizarlo para desafiar la opresión masculina. Desde otras posturas también se han dirigido varias críticas a los planteamientos de McKinnon. En efecto, es inconveniente tratar de descubrir en el derecho una especie de esencia masculina (Olsen, 2000). El derecho tampoco es unitario; de él se pueden extraer principios amplios y generales, diferentes entre sí, que al ser aplicados pueden conducir a resultados contradictorios. Por otra parte, el derecho no sólo regula las relaciones de género, sino que crea identida-



des. A través de las normas jurídicas el derecho construye sujetos sexuados subordinados. Por ello, es necesario ir más allá de la dicotomía hombre/mujer en el análisis de la teoría jurídica. De lo que se trata es de adquirir una conciencia política crítica frente a todo tipo de opresión:

A mi entender, “poner la cuestión de las mujeres” en relación con el derecho no significa sólo [...] examinar cómo el derecho no consigue tomar en consideración las experiencias y valores que, por las razones que sea, parecen más típicas de las mujeres que de los hombres, o cómo los estándares y conceptos legales existentes suponen una desventaja para las mujeres. También significa examinar si el Derecho puede ser una de las estructuras que configura la diferencia de género. Se trata de ver si el derecho contribuye en la construcción de la diferencia políticamente significativa cuando se trata de una diferencia de sexo (Mestre, 1998, pp. 339-340).

El aceptar que no existe un “sujeto de origen” (Birgin, 2000) tiene consecuencias importantes en la definición de las estrategias feministas respecto del uso del derecho. Reconocer la ambigüedad de toda identidad implica de-construir la categoría mujer, es decir, admitir que no corresponde a ninguna esencia unitaria y unificadora. No se trata de enfrentar una entidad homogénea *mujer* con otra entidad homogénea *varón*, sino de explorar una multiplicidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia sexual está construida siempre de muy diversos modos.

En esta dirección se plantea el análisis del derecho como una “tecnología de género” (Smart, 2000). Se afirma que es posible de-construir el derecho como dotado de género tanto en su conceptualización como en su práctica, y que es factible realizar un análisis del derecho como proceso de producción de identidades de género. Este enfoque asigna singular importancia al papel que desempeña el discurso jurídico en la creación de la mujer –y de los diferentes tipos de mujer–. Se alega que la construcción moderna de la categoría mujer se produjo en contraposición a la del varón. Mientras que los diferentes tipos de mujer se configuraron tanto al diferenciarse unos de otros como al ser sustraídos de la categoría mujer. Así, la criminal, la prostituta, la infanticida, la mala madre, entre otros conceptos, históricamente habrían servido para reforzar la comprensión cultural de lo que significa la “mujer correcta”. Por ello se insiste en la necesidad de descartar la idea de que derecho es un conjunto unitario de normas que oprimen a la mujer o que el derecho es un conjunto de herramientas que pueden ser moldeadas para obtener una situación más favorable para la mujer. El poder del derecho está más bien en su capacidad para producir identidades de género.

No obstante, tampoco parece ser adecuado abandonar el derecho como un lugar de lucha. Asumida la tesis de que las relaciones que se establecen entre el derecho y el orden social son complejas, contingentes y cambiantes, la teoría jurídica feminista puede seguir planteándose *la pregunta de*



la mujer, es decir, indagar en cada instancia si el derecho tiene en cuenta las experiencias de las mujeres, y si los patrones imperantes en el derecho las perjudican o las favorecen. Se trata de poner al descubierto las características relevantes del derecho, su impacto en las vidas de las mujeres, y promover las transformaciones que sean necesarias (Kohen, 2000).

Desde América Latina el feminismo plantea que la transformación del estatus jurídico y social de las mujeres, las relaciones de poder entre los géneros, y la estructura misma de las sociedades, no puede depender de reformas parciales (Facio, 1999a). Éstas podrían no tener ningún efecto o incluso podrían reforzar las estructuras patriarcales. Como sabemos, muchas leyes que se han promulgado para el supuesto mejoramiento de la condición jurídica de las mujeres, con el tiempo han producido nuevas dinámicas de exclusión y discriminación hacia algunos o varios grupos de mujeres. Una teoría crítica del derecho debería tener la potencialidad de vincular el derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación; revelar las relaciones de poder que oculta; y, ser capaz no sólo de describir el derecho existente sino, fundamentalmente, de democratizarlo.

En este marco, una metodología para el análisis del fenómeno legal, desde una perspectiva de género (Facio, 1999b), implica descubrir cuáles son las necesidades y experiencias que orientan la formulación de las leyes. Por otra parte, requiere investigar cuáles son los estereotipos que guían la consideración de los roles que debe desempeñar cada sexo. Además, plantea identificar los efectos concretos, en hombres y mujeres, de la aplicación de las leyes, dependiendo de los roles asignados a cada sexo, su valoración social, así como la asignación diferenciada de tiempo y espacio, entre otros aspectos. Justamente, un análisis de género muestra que las leyes no son neutrales y que sus efectos son diferentes si se trata de hombres o de mujeres, ya que la pertenencia a uno u otro sexo es determinante del menor o mayor poder que existe en una sociedad.

A través de esta metodología se puede descubrir a “la mujer” que está presente en el discurso jurídico o reconocer a aquélla que ha sido invisibilizada por él. Es decir, permite identificar a la mujer que ha sido contemplada como “el otro” del paradigma de ser humano y, desde ahí, analizar cuáles son los efectos de las normas en mujeres de diferentes clases sociales, etnias, creencias, orientaciones sexuales, edades, etc. Pero también posibilita determinar cuál es la mujer que aparece representando a todas las demás mujeres, ya que hay derechos que se otorgan a determinados colectivos mujeres y que producen discriminaciones a otros. Se trata de analizar la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto y que institucionaliza la desigualdad, es decir, descubrir si estamos frente a la mujer-madre, la mujer-reproductora, la mujer-familia, la mujer-trabajadora, entre otras.



Esta metodología de análisis –que puede ser de una norma constitucional, de un texto legal, de una doctrina jurídica, de una decisión judicial, de un debate legislativo, etc.– se fundamenta en una concepción amplia del derecho, de acuerdo con la cual, éste estaría integrado por tres componentes íntimamente vinculados, afectados, delimitados y definidos entre sí: un componente formal normativo, un componente estructural y un componente político-cultural. El componente formal normativo estaría relacionado con la ley formalmente promulgada (ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, entre otras). El componente estructural, estaría constituido por el contenido que los operadores de la administración de justicia dan a las normas, reglas y principios al momento de seleccionarlos, aplicarlos e interpretarlos. Finalmente, el componente político-cultural se expresaría en el sentido que la gente da a la ley por medio de la costumbre, sus actitudes, las tradiciones, la doctrina jurídica, y el manejo especializado de la misma; el uso que hace de las leyes existentes; el acatamiento cotidiano de leyes no escritas o derogadas; así como las relaciones que se establecen entre leyes escritas y no escritas.

El tipo de estudio que se plantea es de carácter contextual. Un análisis de género contextualizado considera que variables como la etnia, la clase social, la edad, entre otras, atraviesan el género y lo modifican. El análisis de género, por otra parte, rompe con las formas dicotómicas de pensar el mundo y las relaciones sociales. Implica un examen más complejo y siempre posible de ser enriquecido con otras perspectivas. Se propone hacer un análisis de género “desde la perspectiva de las mujeres”, es decir, desde el punto de vista de un ser subordinado, que ocupa un lugar de menos poder y de menor privilegio que un hombre de su misma clase, etnia, opción sexual, edad, creencia, etc., y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres en general.

No obstante, insistimos con Butler (2007) que los términos “hombres” y “mujeres” no indican identidades homogéneas. Estas categorías logran estabilidad y coherencia únicamente en el contexto de la matriz heterosexual, que excluye a quienes no cumplen las exigencias normativas tácitas del sujeto. En este sentido la “identidad” es un ideal normativo más que un aspecto descriptivo de la experiencia de las personas:

En definitiva, la “coherencia” y la “continuidad” de “la persona” no son rasgos lógicos o analíticos de la calidad de persona sino, más bien, normas de inteligibilidad socialmente instauradas y mantenidas. En la medida en que la “identidad” se preserva mediante los conceptos estabilizadores de sexo, género y sexualidad, la noción misma de “la persona” se pone en duda por la aparición cultural de esos seres con género “incoherentes” o “discontinuos” que aparentemente son personas pero que no se corresponden con las normas de género culturalmente inteligibles mediante las cuales se definen las personas (Butler, 2007, pp. 71-72).



La matriz cultural –que ha hecho perceptible la identidad de género– exige que algunas “identidades” no puedan existir, aquellas que se alejan de las reglas de inteligibilidad cultural. En definitiva, lo que se considera como “natural” de hombres y mujeres es una construcción ficticia creada a través del ordenamiento obligatorio de atributos de género. Por tanto, un análisis de género del fenómeno jurídico no puede seguir insistiendo en la coherencia y la unidad de estas categorías, porque al hacerlo estaría negando la multitud de intersecciones culturales, sociales y políticas en que éstas se construyen.

BIBLIOGRAFÍA

- Birgin, H. (2000). Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo. *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Argentina: Centro de Apoyo al Desarrollo Local / Editorial Biblos.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, España: Paidós Ibérica SA.
- Carreras, M. (1995). *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Alcalá de Henares, España: Excmo. Ayuntamiento de Alcalá de Henares/Centro Asesor de la Mujer.
- Facio, A. (1999a). Hacia otra teoría crítica del derecho. *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones / La Morada.
- Facio, A. (1999b). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones / La Morada.
- Facio, A. y Frías, L. (1999). Feminismo, Género y Patriarcado. *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones / La Morada.
- Frías, L. y Matus, V. (1999). Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal. *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones / La Morada.
- Kohen, B. (2000). El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual. *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Argentina: Centro de Apoyo al Desarrollo Local / Editorial Biblos.



MacKinnon, C.A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, España: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer.

Matus, V. (1999). Lo privado y lo público, una dicotomía fatal. *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones / La Morada.

Mestre, R. (1998). Neus Campillo: El feminisme com a crítica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, España: Nueva Época / Ministerio de Justicia / Ministerio de la Presidencia.

Olsen, F. (2000). El sexo del derecho. *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Argentina: Biblos.

Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Madrid, España: Editorial Trotta.

Ruiz, A. (2000a). La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Argentina: Centro de Apoyo al Desarrollo Local / Editorial Biblos.

Ruiz, A. (2000b). De las mujeres y el derecho. *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Argentina: Biblos.

Smart, C. (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico. *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Argentina: Centro de Apoyo al Desarrollo Local / Editorial Biblos.

Stang Dahl, T. (1987). *Derecho de la Mujer. Una introducción a la Jurisprudencia Feminista*, Madrid, España: Vindicación Feminista Publicaciones.

Suárez Llanos, M.L. (2002). *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Madrid, España: Dykinson.

West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*, Bogotá, España: Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniandes/Instituto Pensar.

