

## El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX<sup>2</sup>

### *Feminist Legal thought at the Turn of the 20th Century*

#### RESUMEN

Los estudios de género dan nombre a una vasta y heterogénea articulación de investigaciones y producciones académicas. Entre las más ineludibles cimientos de ese articulado se encuentra el pensamiento feminista, a partir del cual se acuña la categoría de género. La trama epistemológica y conceptual que da cuerpo al movimiento feminista se destaca por una incesante producción de ideas, propuestas y distintas intervenciones en todas las áreas del conocimiento. En este texto se propone un recorrido por los estudios de género en el área específica del pensamiento jurídico feminista. Se presentan y analizan las transformaciones de los feminismos jurídicos a través de las discusiones en torno al derecho y la igualdad, desde los inicios del área en la década de 1970 hasta su dispersión hacia el comienzo del nuevo milenio.

**Palabras clave:** Feminismos, igualdad, derecho.

#### ABSTRACT

The term *gender studies* is employed to cover a broad and heterogeneous conjuncture of research and academic production. Among the most certain foundations of this conjuncture is feminist thought, the field from which the category of gender was coined. The epistemological and conceptual framework that shapes the feminist movement is highlighted by an incessant production of ideas, proposals and other interventions in all areas of knowledge. This paper proposes a review of Gender Studies, specifically in the area of Feminist Legal Thought. I present and analyze the transformations of Feminist Jurisprudence as seen through the arguments around the subjects of law and equality, from its beginnings in the 1970s through to its dissemination and incorporation into other fields at the beginning of the new millennium.

**Key words:** Feminisms, equality, rights.

#### SUMARIO:

-1. Feminismos Jurídicos. -2. Igualdad y discriminación. -3. Igualdad de derechos y derechos especiales. -4. Igualdad, neutralidad y dominación. - 5. Feminismos jurídicos y esencialismo. -6. La diseminación jurídica feminista hacia el Siglo XXI. -7. Bibliografía.

1 CONICET/ Universidad de Buenos Aires, email: malucha@gmail.com

2 El presente artículo está basado en la investigación que dio lugar a mi tesis doctoral, *Igualdad y derecho en los feminismos jurídicos* (Costa, 2014).

## 1. Feminismos jurídicos

Desde fines de la década de 1960, los ámbitos de la academia jurídica norteamericana se ven poblados por un número cada vez mayor de mujeres, al tiempo que la agenda feminista, la igualdad y los derechos de las mujeres se formulan en tanto temas de algunos cursos preliminares y se plasman a su vez en una serie de artículos y conferencias que se reúnen de manera creciente, y que terminan por conformar un acervo bibliográfico especializado. Aquellas producciones germinales adquieren institucionalización universitaria a fines de la década de 1970 y principios de la de 1980, y dan lugar a lo que se identifica entonces como *pensamiento legal feminista* (*feminist legal thought*, u otras denominaciones similares como *feminist jurisprudence*), a la cual nos referimos con el nombre de *feminismos jurídicos*.

Las definiciones de esta área varían tanto como los enfoques y propuestas de quienes la componen. Junto con la divergencia de posturas, existe un presupuesto común en torno al derecho y su imposible aislamiento del resto de las dimensiones de la vida social y política (Olsen, 1995/1990; Smart, 1989; Wishik, 1993/1985). Tal como lo afirma Jenny Morgan: «las investigadoras feministas jurídicas rechazarían la idea de que la teoría y la práctica tengan que estar, o en verdad puedan estar, separadas» (Morgan, 1995/1988: 34)<sup>3</sup>. La producción de los feminismos jurídicos está condicionada, a su vez, por un escenario más amplio en el que los debates se articulan con el clima político y académico de un tiempo histórico dado.

El objetivo de este escrito es describir y analizar el área de los feminismos jurídicos a través de las discusiones en torno a las nociones de igualdad y derecho, desde sus momentos iniciales hacia finales de la década de 1990<sup>4</sup>. El material analizado se encuentra en compilaciones retrospectivas de revistas especializadas<sup>5</sup>. Las discusiones presentadas se vinculan con propuestas de estrategias jurídicas, tanto en torno a herramientas para el litigio judicial como respecto de las conveniencias y posibilidades legislativas sobre la igualdad y las mujeres. La sucesión de los debates se formula en un orden episódico de cuatro momentos. Durante los inicios del área, la igualdad se presenta como un problema asociado a la discriminación. Hacia la década de 1980, la igualdad encuentra su auge como tema en las producciones del área, y las discusiones se estructuran a través de la clásica disyuntiva igualdad/diferencia. La relación entre el derecho y la dominación caracterizan un tercer momento de las producciones durante la década de 1980. Finalmente, entrada ya la década de 1990, la vinculación de los feminismos jurídicos con otras áreas de investigación y activismos emergentes lleva el tema de la igualdad hacia un segundo plano, para fundirse con cuestiones en torno al poder y la subjetividad.

3 Traducción propia de esta y todas las citas cuyo original sea en inglés.

4 El área de los feminismos jurídicos se inaugura en tanto ámbito institucionalizado de producción académica en Estados Unidos. Si bien las investigaciones feministas respecto de la igualdad y el derecho se producen expansivamente en diversas latitudes, las mismas no congregan en un área universitaria definida o espacios de ese tipo en otros puntos del globo. Las citas y pensadoras referidas aquí pertenecen al ámbito universitario angloamericano, excepto Carol Smart, pensadora inglesa, cuyas intervenciones se construyen en diálogo con sus pares norteamericanas.

5 Con excepción de los libros de Catharine MacKinnon y Carol Smart, los textos presentados aquí son originalmente publicados en revistas especializadas de distintos centros universitarios, cuyas ediciones acompañan la inauguración de esta área.

## 2. Igualdad y discriminación

Durante los primeros años de la década de 1970, en algunas universidades de Estados Unidos se organizan los cursos<sup>6</sup> y publicaciones<sup>7</sup> que inauguran al área feminista jurídica. El propósito explícito del pensamiento jurídico feminista es persuadir a quienes ocupan puestos claves en las instituciones estatales, sobre todo las jurídicas, para generar transformaciones a favor de los derechos de las mujeres. La praxis, factor común de los feminismos, no es una excepción en esta área, la cual se gesta y desenvuelve a partir del accionar de profesionales del derecho que, en tanto abogadas litigantes y feministas, se preocupan por obtener victorias judiciales a favor de las mujeres. Son ellas quienes organizan los primeros lineamientos del pensamiento jurídico feminista en términos estrictos, esto es, como área de producción institucionalizada.

Durante el momento de prefiguración del área, las críticas jurídicas feministas señalan los modos en que las codificaciones legislativas se constituyen en detrimento de las mujeres. El objetivo de este momento inicial es mostrar el tratamiento sesgado del derecho y promover una legislación que subsane la exclusión y garantice igualdad de oportunidades para varones y mujeres. Desde el enfoque de la discriminación, correspondiente a esta etapa germinal, la igualdad es aceptada sin más como el principio sobre el que se asienta el sistema jurídico. El énfasis es puesto en comprender y definir la igualdad en tanto semejanza entre varones y mujeres, al considerar que unos y otras deberían ser tratados por el sistema jurídico del mismo modo. La convicción de que este sistema opera de manera discriminatoria a través de la exclusión promueve la creación de estrategias para garantizar el acceso de las mujeres a los ámbitos de predominancia varonil. Esta modalidad estratégica en torno a la exclusión/inclusión se denomina *modelo de asimilación* (Dalton, 1993/1987), el cual es configurado en base a casos de discriminación racial<sup>8</sup>. La premisa que guía estas acciones es que la igualdad no es algo deseable sino también algo asequible a partir de la regulación legal.

Algunas feministas que adscriben a este modelo señalan que la idea de asimilación puede resultar engañosa. Advierten que se trata de un concepto que conlleva riesgos de subsunción de todas las personas a un ideal de lo humano. Para las feministas, el ideal de humanidad predominante en el derecho se basa en un sujeto masculino, adulto, blanco y sin discapacidades. Por tal motivo, algunas prefieren agrupar estas estrategias en lo que denominan *modelo de igualación*, y enfatizar así el objetivo de igualdad que las sustenta<sup>9</sup> (Fineman, 2005).

6 El primer curso de la incipiente área se ofrece en 1969, en la Universidad de New York, con Susan Ross como una de sus organizadoras principales. Otros cursos en torno a la discriminación sexual y el derecho se dictan entre 1970 y 1979 en la Universidad de Yale, la Universidad de Georgetown, la Universidad de Harvard y la Universidad de Columbia. En 1972, Herma Kill Kay dicta un curso sobre mujeres y derecho en la Universidad de Berkeley (Bartlett, 2012).

7 Un grupo de fundadoras que incluye a Ruth Bader Ginsburg inicia en 1972 *The Women's Rights Law Reporter*, una revista de la Rutgers School of Law-Newark, que se continúa publicando. Entre 1973 y 1975 se publican las primeras compilaciones sobre la incipiente área (Dalton, 1993/1987).

8 Tal es también la fórmula para la redacción de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

9 Las acciones afirmativas, como las de discriminación positiva, forman parte de este modelo. El objetivo de las acciones afirmativas es remediar, es decir, reformar un estado de cosas para asegurar igual acceso, en tanto igualdad de oportunidades, para una distribución igualitaria en función de habilidades y méritos.

## 2.1. El debate inaugural. Igualación vs. Diferenciación

Como mencionamos, el área de los feminismos jurídicos se inicia durante la década de 1970 con profusas discusiones. Las sentencias de las cortes judiciales para la resolución de licencias laborales por motivo de embarazo llevan a algunas feministas jurídicas a cuestionar el modelo de igual tratamiento. Surge entonces una serie de polémicas enmarcadas en la clásica disyuntiva de los feminismos, signada por la dicotomía igualdad/diferencia (Costa, 2010). Lo que entra en debate son los alcances del modelo asimilacionista para resolver situaciones relativas al empleo, la sexualidad y la reproducción (licencias por embarazo, puerperio, lactancia, cuidado de infantes).

Los casos que encienden las polémicas –como *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974) o *General Electric Company v. Gilbert* 429 U.S. 125 (1976)– se producen a partir de las demandas de mujeres que aducen discriminación sexual por cuanto que el embarazo no se encontraba incluido dentro de la cobertura del programa de seguros para discapacidades; es decir, el embarazo no era contemplado como una condición resguardada por parte del seguro médico laboral. Las demandas sostienen que dicho programa discrimina en base al sexo puesto que, al excluir el embarazo del catálogo de discapacidades, la cobertura de las mujeres resulta parcial, mientras que el seguro provee a los varones una cobertura total. De esta manera, el programa de seguros partía de la consideración implícita de que el embarazo no es una situación posible y probable entre las trabajadoras sino que se trata de un *extra*, un agregado sobre la generalidad de la humanidad.

Frente a este conflicto, se presentan en la inminente área de los feminismos jurídicos dos grandes posturas.

Por un lado, las defensoras del modelo de igualación sostienen que la exclusión del embarazo de la cobertura del seguro laboral se puede interpretar como: «una lección de que el embarazo no es un tema relacionado con el trabajo sino con la familia. Ni el empleador ni el Estado reconocerían a la mujer embarazada como una trabajadora sino hasta después de que su embarazo y el cuidado de su hijo quede superado» (Williams, 1993/1984: 143). Para las defensoras del modelo de igualación, el embarazo debería ser incluido dentro del seguro laboral como una discapacidad o indisposición más. Tal es la postura de Wendy Williams, quien afirma que el objetivo principal de la intervención jurídica feminista a favor de la igualdad se encuentra en lograr que el derecho no contribuya a consolidar los roles sexuales tradicionales. El tratamiento jurídico del embarazo como una característica distintiva de las mujeres sólo colaboraría, señala Williams, para reforzar la «asunción de que los hombres deben ser tratados como el prototipo» de lo humano (Williams, 1993/1984: 151). Puesto que «el doble estándar ha sido siempre la respuesta del derecho a los sexos», Williams considera que con el modelo de «igual tratamiento las feministas buscan una transformación más radical» (Williams, 1993/1984: 151). Esa transformación se presenta como «un estereotipo andrógino más que masculino» (Williams, 1993/1984: 150). De este modo, el modelo de asimilación se propone como un mecanismo de esterilización de la normativa legal de toda presunción respecto de los sexos y las diferencias. Se aboga por un

horizonte de neutralidad jurídica por el cual se garantice que las reglamentaciones legales no asuman ningún patrón sexual respecto de la familia y las asignaciones de tareas. En definitiva, el propósito de estas feministas es lograr la superación de la estructura jurídica en una «neutralidad de género genuina en vez de meramente formal» (Williams, 1993/1984: 131).

Por otro lado, según las defensoras del tratamiento especial, la igualación del embarazo con otras circunstancias que limitan la capacidad de trabajo (y obligan al requerimiento de licencias) supone la aceptación del sujeto de derecho y todos sus sesgos como la norma general de lo humano. En esta vuelta sobre la diferenciación, las feministas jurídicas cuestionan el presupuesto de que el derecho establece un campo procedimental neutro (Dalton, 1993/1987). Advierten entonces que una de las principales desventajas de las estrategias de igualación es lo que desde el movimiento feminista se define como *invisibilización*, es decir, la supresión –en este caso, en el discurso jurídico– de las necesidades de las mujeres. «En el intento de encajar las experiencias de las mujeres en categorías forjadas pensando en los hombres, las diferencias de género son restablecidas puesto que se trata a la norma masculina como no problemática» (Minow, 1993/1988: 343). Iris Marion Young refiere al *riesgo de la asimilación* para dar cuenta de los posibles efectos no deseados de este tipo de estrategias. El modelo de asimilación significa «entrar en el juego después de que éste haya comenzado, después de que las reglas y estándares hayan sido establecidos, y tener que probarse una misma de acuerdo a esas reglas y estándares» (cit. en Minow, 1993/1988: 347). En esa línea de cuestionamientos, las feministas jurídicas comienzan a preguntarse si los métodos del asimilacionismo acaso promueven una objetividad alejada de las condiciones de vida reales de las mujeres.

Es entonces, a comienzos de la década de 1980, cuando la flamante área del pensamiento jurídico feminista se confronta con la necesidad de incluir en sus programas una mayor variedad de abordajes. De manera progresiva, el interés se deposita menos en el litigio y más en la crítica al derecho en sí mismo (Brooks Whitman, 1995/1991: 18). Esta ampliación de los enfoques abre paso a lo que se considera un segundo momento en el despliegue del área.

### 3. Igualdad de derechos y derechos especiales

Durante los últimos años de la década de 1970 y los primeros años de la de 1980, el pensamiento jurídico feminista se instituye como espacio de producción académica bajo el rótulo de *feminist jurisprudence*. La organización del área surge como una respuesta polémica sobre los presupuestos de los cursos que signan su primer momento germinal. El debate fundacional del área se enciende con la advertencia de que la desigualdad se produce y mantiene no sólo por medio de la exclusión o mediante la discriminación dentro de las estructuras sociales y políticas existentes. Las leyes y procedimientos neutrales también pueden generar desigualdades, sobre todo por cuanto que las condiciones de vida de las mujeres difieren de las del ideal sujeto del derecho. Negar esas diferencias equivale a desestimar aquello que caracteriza a quienes no se ajustan al modelo de lo humano

implícito en el derecho, es decir, supone invisibilizar a quienes no se correspondan con un sujeto mentado sobre una idea determinada de humanidad.

Las discusiones que inauguran el área comienzan a darse en torno a la urgencia de desarrollar nuevos métodos para abordar los problemas de las mujeres en el derecho y en la sociedad, los cuales no encajan en los términos de la igualdad en tanto semejanza o asimilación. Así, en consonancia con los debates del amplio movimiento feminista, los feminismos jurídicos se sumergen en el clásico dilema igualdad/diferencia. En términos jurídicos, la disyuntiva se plantea entre la posibilidad de igualdad como estrategia de asimilación o el tratamiento legal especial, en el sentido de derechos específicos de las mujeres (Costa, 2010). Martha Minow dilucida el compromiso por la igualdad que se encuentra en la base de esta disyuntiva.

Si a veces las feministas parecen contradictorias, argumentando, por un lado, a favor del derecho de las mujeres a ser incluidas y tratadas como los hombres, y por otro lado, por el derecho de tener tratamiento especial (que valore las diferencias de las mujeres), las feministas tienen una explicación. La inconsistencia yace en un mundo y un conjunto de construcciones simbólicas que simultáneamente han usado a los hombres como la norma y denigrado cualquier desvío de la misma. Así, el feminismo demanda una estrategia que genere un doble desafío: por un lado, desafiar las asunciones de que las mujeres son demasiado diferentes de la norma inespecífica masculina como para disfrutar de los privilegios masculinos y, por otro, desafiar las pretensiones de que las diferencias de las mujeres realmente justifican la negación de esos privilegios o beneficios (Minow, 1993/1988: 340).

En suma, el área feminista jurídica se inaugura como tal a partir de una inflexión en los supuestos que la preconfiguran: el primer postulado originario del área se articula desde la concepción de igualdad como asimilación y las consideraciones de exclusión y discriminación de las mujeres producidas por la aplicación sesgada de las leyes. Surge entonces una advertencia recurrente en el accionar feminista. Lo que resulta una conquista para las primeras feministas jurídicas encuentra sus límites tiempo después, cuando se cuestionan las posibilidades del derecho en los términos de una igualdad en tanto semejanza, de asimilación o neutral. Por tal sentido, durante lo que puede considerarse un segundo momento en las producciones del área, las investigadoras se dirigen a las raíces de las diferencias, cuestionan la legitimidad de las normas sexogenéricas y sus consecuencias para las instituciones jurídicas. El objetivo no es erradicar esas normas sino señalar la vinculación de las instituciones en la constitución y consolidación de las desigualdades que afectan a las mujeres. El derecho se cuestiona ya no por la incorrecta aplicación de las normativas legales sino por su sesgo masculino. Las instituciones jurídicas no se conciben más como neutrales y potencialmente útiles en la forma en la que están organizadas. Las propuestas producidas desde estos presupuestos se centran en la promulgación del denominado *tratamiento especial*, es decir, legislaciones específicas respecto de las situaciones y condiciones de las mujeres.

Muy pronto, no obstante, la disyuntiva igualdad/diferencia comienza a verse como limitante. Marta Minow observa las consecuencias de ambas posibilidades: «o bien reinvertimos las normas inespecíficas masculinas tratando de extenderlas con legitimidad a las mujeres, o bien criticamos esas normas y proponemos una nueva normativa femenina que puede ser insensible a la variedad de las experiencias de las mujeres» (Minow, 1993/1988: 343). Del mismo modo lo evalúa Carol Smart.

Aun debemos escapar de ese debate interminable que nos ha llevado a dar vueltas en círculos [...]. Ningún enfoque puede garantizar que finalmente no habrá perjuicios para las mujeres. El enfoque de la diferencia, en última instancia, alimenta una cruda sociobiología, el enfoque de la igualdad se puede utilizar con la misma facilidad por los hombres como por las mujeres y a menudo en detrimento de las mujeres (Smart, 1989: 84).

La advertencia de las limitaciones de la disyuntiva igualdad/diferencia lleva a los feminismos jurídicos a ensanchar y profundizar sus búsquedas. La vinculación del derecho con la dominación y los efectos de su lenguaje neutral son los ejes a través de los cuales se comienzan a elaborar nuevas propuestas jurídicas.

#### **4. Igualdad, neutralidad y dominación**

Catharine MacKinnon ofrece un conjunto de proposiciones unificadas sobre el derecho, la igualdad y las mujeres, el cual sienta las bases para una teoría jurídica feminista. En una original apropiación del pensamiento de Karl Marx, el primer postulado del que parte MacKinnon para su propuesta es la vinculación entre el dominio masculino y la neutralidad del lenguaje del derecho: «En las sociedades de la supremacía masculina, el punto de vista masculino domina la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina el mundo, no parece en absoluto un punto de vista» (MacKinnon, Catharine, 1995/1989: 427-428). MacKinnon señala así que la neutralidad del lenguaje jurídico constituye un medio para el enmascaramiento del dominio masculino, el cual, en tanto invisible, se legitima como el punto de vista de la ley e impone asimismo su postura a toda la sociedad. El dominio masculino, velado a través de la mediación legal, se difumina en todos los ámbitos y aspectos de la vida, de modo que se presenta como «característica de la vida, no como interpretación unilateral» (MacKinnon, 1995/1989: 428).

Para dar cuenta del control omnipresente del dominio masculino, MacKinnon inicia su propuesta con la recreación de la concepción marxiana del trabajo en la sociedad capitalista. La autora afirma que «la sexualidad es al feminismo lo que el trabajo al marxismo: lo más propio de cada uno, pero también lo más robado» (MacKinnon, 1995/1989: 23). En efecto, MacKinnon considera que el dominio masculino se presenta tan absoluto como el capitalismo. El control que detenta es tal que logra que la coacción se perciba como consentimiento: «En el Estado liberal, la norma de la ley –neutral, abstracta, elevada, omnipresente– institucionaliza el poder

de los hombres sobre las mujeres e institucionaliza el poder en su forma masculina» (MacKinnon, 1995/1989: 428). Si para Marx el conflicto central del capitalismo abrevia en la lucha de clases, para MacKinnon el nudo de la contradicción se presenta en la dominación que ejercen los varones para perpetuar la subordinación de las mujeres. Bajo el dominio masculino, entonces, la sexualidad de las mujeres es expropiada –así como el capitalista dueño de los medios de producción expropia el producto del trabajo del proletario–. Aún más, así como las relaciones de explotación en el capitalismo se presentan en tanto relaciones contractuales entre hombres libres e iguales, así también la sexualidad de las mujeres es expropiada por los varones bajo la aparente igualdad (MacKinnon, 1995/1989: 434).

El derecho en el esquema del dominio masculino que propone MacKinnon juega un rol central para consolidar la subordinación de las mujeres.

Quienes detentan el poder en la sociedad civil, que no son las mujeres, diseñan sus normas y sus instituciones, que se convierten en *status quo*. Quienes detentan el poder, que normalmente no son mujeres, escriben constituciones, que se convierten en el patrón más elevado de la ley. Quienes detentan el poder en unos sistemas políticos que no diseñaron las mujeres y de los que se ha excluido a las mujeres redactan la legislación, que establece los valores dominantes. (MacKinnon, 1995/1989: 429).

Con todo, MacKinnon aboga por una igualdad que sea «significativa para las mujeres» (MacKinnon, 1995/1989: 435). Para ello, diseña su propuesta de una jurisprudencia feminista mediante la cual forzar al derecho para que dé cuenta de la desigualdad sexual dominante. En ese sentido, MacKinnon se distancia de Marx, por cuanto que deposita en el derecho la esperanza de una posibilidad que aquel supone contradictoria. Esta pensadora considera que el derecho debe reconocer y rectificar las relaciones de subordinación. Con esa convicción, establece un método que se basa en la revaloración de la experiencia de las mujeres, la cual se resume en una única condición: «La desigualdad por razón del sexo la comparten las mujeres. Es la condición colectiva de las mujeres» (MacKinnon, 1995/1989: 433). Una jurisprudencia feminista tiene que basarse en esa experiencia que hace de las mujeres un sujeto colectivo, es decir, la experiencia de dominación que hace a todas subordinadas.

La jurisprudencia feminista de MacKinnon se articula en dos pasos: a través de la demanda de reconocimiento del lugar de las mujeres, su realidad y su experiencia, y en el desentramado del modo en que los derechos sustantivos legitiman el dominio masculino. A partir de este método, MacKinnon sentencia una serie de problemas acuciantes, distintos de aquellos en los que se han centrado las feministas jurídicas. «Existe desigualdad sistémica entre los sexos en la práctica social de la violencia sexual [...] y en la intervención del Estado, que *de iure* hace ilegal la violencia sexual pero *de facto* permite a los hombres parcticarla a gran escala» (MacKinnon, 1995/1989: 439-440). La violencia sexual es el modo en que se constituyen las relaciones sociales bajo el dominio masculino; en línea con la

metáfora marxiana, la violencia sexual comparte el lugar de la explotación, la cual define el modo de las relaciones sociales en la sociedad del dominio capitalista. La violencia sexual encuentra en la pornografía una complicidad clave puesto que, según MacKinnon, esta última «marca las pautas públicas del tratamiento de las mujeres en privado [...], sexualiza la definición de lo masculino como dominante y de lo femenino como subordinado». Para esta pensadora, la pornografía es la manifestación tecnológica de la violencia masculina y, por lo tanto, debe estar vedada.

#### 4.1. Iguales y diferentes

Las ideas de MacKinnon configuran un cuerpo de textos e intervenciones jurídicas que dan lugar a una propuesta metodológica y programática; confía en las posibilidades de una jurisprudencia feminista a través de la promulgación de derechos específicos que reconozcan el conflicto social que, desde su perspectiva, se ciñe en la relación del dominio masculino y la garantía de subordinación de las mujeres a través de la violencia sexual. «La ley no suele garantizar el derecho a cosas que no existen», afirma MacKinnon (1995/1989: 437), por lo tanto, es necesario modificar la ley para que pueda garantizar una «igualdad, entendida sustantivamente en vez de abstractamente, definida en los términos propios de las mujeres, en los términos de su experiencia concreta [...]» (MacKinnon, 1995 / 1989: 437).

La advertencia de la vinculación del derecho con la desigualdad que afecta a las mujeres se ve notablemente enriquecida a través de las intervenciones de MacKinnon, las cuales dejan un profuso legado plagado de polémicas. Los postulados y los efectos de sus propuestas encienden agudos cuestionamientos. Uno de los elementos más criticados es su concepción unívoca de la experiencia de las mujeres<sup>10</sup> (*Vid.*: Abrams, 1991; Fineman, 1990; Minow, 1987). Las críticas advierten que la metodología de MacKinnon abriga una concepción absoluta, monolítica y, por lo tanto, sesgada de las mujeres.

¿Y si la identidad de las mujeres que tiene su clave en la violación sexual es una construcción de la feminidad expresamente de finales del siglo XX y de la clase media blanca, la consecuencia de una privación radical de la sexualidad por una parte y la erosión de otros elementos de la heterosexualidad obligatoria, como la división sexual del trabajo social, por la otra? (Brown, 2003/1995: 140).

10 En relación con sus propuestas sobre la pornografía y la prostitución, se cuestiona el absolutismo con el que concibe la subordinación de las mujeres, lo cual conlleva a estimar que estas carecen de toda posibilidad de agencia y de la capacidad para tomar sus propias decisiones (*Vid.*: Abrams, 1991; Cornell, 1995/1991; Fineman, 1990; Harris, 1993/1990). También se advierte la inadecuación de la metáfora marxista por medio de la cual ella construye su teoría (*Vid.*: Sutherland, 2005).

Una jurisprudencia feminista que pueda dar cuenta de las necesidades y experiencias de las mujeres, como la que propone MacKinnon, requiere de la articulación de una figura jurídica de mujer. Clare Dalton señala que esa figura se instituye mediante la negación de realidades y perspectivas de mujeres que no se subsumen en la mujer creada por el derecho, y advierte que «Las teóricas feministas deben luchar continuamente en contra de la tentación de afirmar nuevas verdades necesarias, universales y ahistóricas» (Dalton, 1993/1987: 10).

En la misma línea, Carol Smart afirma que las consecuencias de los universales del derecho afectan de igual modo a las categorías de las investigaciones, y pone así en duda las posibilidades de una jurisprudencia feminista: «Las feministas han ido más lejos al criticar la práctica académica de construir teorías abstractas y universales. Esta crítica no es una mera declaración de que lo que es universal es realmente masculino, sino que va más allá, a desafiar la propia práctica de construcción de "grandes teorías"» (Smart, 1989: 64). Smart advierte así que la crítica a la neutralidad de los universales del derecho supone también asumir los límites de los universales feministas en el derecho. La sospecha que comienza a circular en el área jurídica feminista es que estos universales son el resultado de un feminismo «insistente e inflexible», el cual «imagina a todas las mujeres moldeadas por las experiencias que en realidad son propias de la clase de mujeres que se convierten en estudiantes y profesoras de derecho» (Dalton, 1993/1987: 10).

Hacia la década de 1990, se plantea en los feminismos jurídicos un debate que acarrea profundas complejidades para pensar qué sentidos de igualdad se pueden pretender y cuáles concepciones del derecho se pueden formular para sustentar dichos sentidos. El derecho es puesto en cuestión no sólo por las omisiones respecto de las mujeres. La concepción del carácter productivo del discurso jurídico, adoptada por los feminismos jurídicos a partir de aquella década (*Vid.*: Brown, 2000; Frug, 1995/1991), advierte sobre una serie de problemas respecto de los alcances del derecho, sus presupuestos y sus métodos, los cuales son aun materia de debate sin solución ni respuesta definitiva.

## 5. Feminismos jurídicos y esencialismo

La emergencia cada vez más resonante de las voces feministas negras y chicanas, tanto como la distinción intra-feminista en función de la identidad u orientación sexual –emergencia y distinción que irrumpen en el amplio movimiento feminista ya durante la década de 1970– conducen a cuestionamientos contundentes dentro del área jurídica. Las preguntas que surgen inquietan sobre las referentes de los feminismos, los mecanismos de validación de las verdades feministas en el derecho, los parámetros que sustentan la racionalidad jurídica feminista. Los feminismos jurídicos se interpelan respecto de sus jerarquías y del predominio de aquellas quienes se arrogan el nombre de las mujeres por las que habla el derecho. De esta forma, el eje de los debates, anclado por tradición en la disyuntiva igualdad/diferencia, redirecciona su foco. El núcleo de las discusiones ya no anida en la igualdad o la diferencia de las mujeres respecto del sujeto del derecho sino que se posiciona en la autodefinición de las mujeres (Weisberg, 1993).

El interrogante respecto del ser mujer y de aquello que iguala de manera definitoria a todas desemboca en un asunto muy resonado y debatido en los feminismos: el problema del esencialismo. Con este término se designa de forma general a toda postura que adhiera a la idea de que lo que define o determina a las mujeres, lo que constituye su característica más absoluta, lo que todas las mujeres comparten y las distingue como tales es algo esencial, una esencia definitoria. Las formas que adquiere el esencialismo varían entre la formulación determinista de una condición ineludible hasta la esencialización de la heterodesignación. Es decir, si otrora la subordinación y la alteridad se señalan como características de los condicionamientos que recaen sobre las mujeres, desde las posturas esencialistas, en cambio, se constituyen como su distinción más propia.

Angela P. Harris afirma que esencialismo refiere a «la noción de que hay una "experiencia de las mujeres" monolítica que puede ser descripta independientemente de otras facetas de la experiencia como la raza, la clase y la orientación sexual» (Harris, 1993/1990: 348). La discusión sobre el esencialismo, por consiguiente, tiene su piedra de toque en la relevancia de aquellas *otras facetas* en la vida de las mujeres. En el área jurídica, el debate se inicia a partir de las advertencias que tanto las mujeres negras como las lesbianas hacen respecto de aquellas ideas que los feminismos legitimados institucionalmente dan por presupuestas. Puesto que la institucionalización de los feminismos implica la promulgación de la experiencia de algunas pocas mujeres que hablan y escriben en nombre de todas, la crítica antiesencialista conlleva la reflexión sobre los modos de establecimiento, difusión y organización de los feminismos en las distintas instituciones. El refuerzo del privilegio de los sectores acomodados –el de las nacidas mujeres blancas sin discapacidades, heterosexuales y de clase media–, la asignación del mote de *diferentes* para todas aquellas fuera de dicho conjunto (Harris, 1993/1990) y la relativización de la diversidad son algunos de los efectos del esencialismo. En palabras de Harris: «el esencialismo feminista representa no sólo un insulto a las mujeres negras, sino también una promesa rota –la promesas de escuchar la historia de las mujeres, la promesa del método feminista» (Harris, 1993/1990: 351). En definitiva, los sesgos racista, clasista y heterocissexista del esencialismo significan la reedición del cuestionado privilegio masculino, esta vez, en beneficio de algunas mujeres.

La crítica al esencialismo genera en algunas feministas jurídicas el compromiso político-epistemológico de concebir y adoptar definiciones siempre abiertas. En ese sentido, Harris insiste en que «cualquier intento de hablar de todas las mujeres en términos de lo que todas las mujeres tienen en común socava las posibilidades de evaluar el significado de las diferencias de las mujeres» (Harris, 1993/1990: 336). Por lo demás, la compleja trama de diversidades que conforman las distintas experiencias de vida entraña el reconocimiento de lo inasible, es decir, implica una herida de muerte en el objetivo de una teoría legal feminista en los términos conocidos.

Por su parte, Clare Dalton sostiene que ninguna narrativa o teoría feminista debe considerarse habilitada para hablar de manera unívoca por todas las mujeres. Más bien, el pensamiento legal feminista debe llevar a segundo plano las preguntas por la igualdad, por la diferencia, por los universales y el dominio, y focalizarse en «el poder que legitima comprensiones y explicaciones particulares del mundo, en la vinculación entre poder y conocimiento, aun cuando también vea al poder como difuso» (Dalton, 1993/1987: 13). En una apropiación implícita del legado de Michel Foucault, Dalton afirma que las feministas: «no sólo podemos pensar respecto de las mujeres y el derecho, el lenguaje y las instituciones jurídicas, sino también desafiar la estructura del pensamiento legal [...]» en la búsqueda de «transformaciones más radicales que la mera reforma legal que ofrecimos en el pasado» (Dalton, 1993/1987: 14). Esas transformaciones se hallan no en una jurisprudencia feminista en los términos de una teoría sino en la construcción articulada de una serie heterogénea de discursos acerca del derecho, en función de «deconstruir la verdad y la necesidad de tales verdades y certezas dogmáticas, en lugar de abonar a las jerarquías del conocimiento existentes» (Smart, 1989: 71).

En su propuesta de «manifiesto legal postmoderno», Mary Joe Frug también declara su optimismo por las transformaciones feministas en el derecho a partir de intervenciones puntuales. «Estoy a favor de disrupciones locales. Estoy en contra de teorías totalizadoras» (Frug, 1995/1991: 492). Frug afirma que las feministas jurídicas no deben desentenderse del carácter constructivo del lenguaje. El discurso jurídico debe ser reconocido como un sitio para la acción política en torno a las desigualdades. Desde los postulados postmodernos sobre la productividad del lenguaje y las luchas locales, Frug propone que la acción jurídica feminista tiene que ser «indeterminada, incoherente, contingente» (Frug, 1995/1991: 497) puesto que «sólo cuando la palabra "mujer" no pueda ser coherentemente entendida, la opresión sexual será fatalmente minada» (Frug, 1995/1991: 521). En ese sentido, Christina Brooks Whitman afirma que las feministas: «necesitamos una teoría sin Teoría [...] Sin embargo, no ha emergido ningún modelo alternativo que evite esos peligros» (Brooks Whitman, 1995/1991: 29).

Desde estas advertencias, las producciones de los feminismos jurídicos evidencian un giro por el cual se desarrollan nuevos desafíos a la retórica jurídica, a partir de las críticas de casos particulares y en una apuesta interdisciplinaria. Brooks Whitman sugiere que en el camino de los feminismos jurídicos, llega el momento de tomar las experiencias adquiridas y construir un espacio de demandas más matizadas que contemple «la forma en que las posiciones de desventajas varían aun dentro de los grupos» (Brooks Whitman, 1995/1991: 29). Esa contemplación, no obstante, resulta inimaginable por medio de las categorías universales de las teorías coherentes y cerradas.

## 6. La diseminación jurídica feminista hacia el Siglo XXI

El primer momento de prefiguración del área jurídica feminista se corresponde con la concepción de la igualdad como no-discriminación, asimilación o igualación. Para estas investigadoras del inicio del área, concentradas en la práctica del litigio, la igualdad es un objetivo realizable a partir de la modificación de los sesgos que impiden una correcta aplicación de las leyes. El área se instituye como tal a partir de las discusiones desatadas sobre aquellas primeras concepciones. Algunas feministas consideran que las características que hacen a las mujeres diferentes de los varones –especialmente las referentes a las capacidades reproductivas– deben ser reconocidas por el derecho a través de tratamientos y leyes especiales. El clásico debate feminista sobre la igualdad y la diferencia se impone en el área jurídica a través del dilema igualdad de trato/tratamiento especial. Esa disyuntiva es cuestionada de inmediato por presuponer que las mujeres deben ser iguales o diferentes respecto del varón, es decir, en tanto que los términos de ese dilema no consideran que la postulación del varón como modelo de la humanidad resulte problemático. Ese momento de inflexión del área deriva en las críticas al lenguaje neutral del derecho y a la consideración del discurso jurídico como perpetuador de las desigualdades. Se trata de un periodo propositivo, en el que las feministas jurídicas abogan por la creación de una jurisprudencia que pueda romper con el patrón masculino y atender, por fin, a las experiencias y necesidades de las mujeres. No obstante, las críticas a este tipo de propuestas surgen rápidamente. La noción de esencialismo aparece en el área para impugnar aquellas propuestas basadas en la idea de *experiencias* o *conciencia de las mujeres*. Hacia la década de 1990, con la influencia cada vez mayor de los estudios *queer* y de la diversidad sexual (Vid.: Ball, 2005; Fineman, Jackson, & Romero, 2009; Thoreson, 2009), de los feminismos chicanos y los enfoques postcoloniales, las producciones de los feminismos jurídicos cambian el foco de sus análisis e intereses. Las especulaciones en torno al derecho viran para dar lugar a la dimensión del poder como componente constitutivo de las relaciones sociales. Así, se adhiere al postulado de que el poder habita no sólo en las relaciones jurídicas que condicionan a las mujeres sino también en las relaciones entre los propios grupos del activismo político. Desde la inteligibilidad postmoderna, y con la mirada puesta cada vez más en las subjetividades, el objetivo de los feminismos jurídicos se difumina entre diversas áreas, en la intersección cada vez más marcada con otras disciplinas (Bartlett, 2012). La igualdad es puesta entre paréntesis, y las feministas jurídicas abogan ahora por una praxis que ponga el acento más en la deconstrucción de los discursos jurídicos que en la culminación de una jurisprudencia o pensamiento legal feminista.

El área jurídica feminista es efecto de la intervención y apropiación de las ideas feministas en el ámbito académico. El análisis de las discusiones que configuran los distintos momentos de esta área (prefiguración, institucionalización, inflexión y diseminación) permite un trazado panorámico de los debates que atraviesan tanto al pensamiento feminista en general, como al amplio movimiento feminista en su accionar político. Así, el recorrido propuesto en este escrito a través de las intervenciones político-epistemológicas del área jurídica posibilita esclarecer genealógicamente el panorama actual. Sobre esta base es posible formular interrogantes críticos sobre los modos factibles de su crecimiento y continuidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMS, Kathryn (1991) «Feminist Lawyering and Legal Method», *Law & Society Inquiry*. N° 16, pp. 373-385.
- BALL, Carlos (2005) «This is not your father's autonomy: lesbian and girls rights from a feminist and relational perspective», *Harvard Journal of Law and Gender*. N° 28, pp. 345-361.
- BARTLETT, Katharine (2012) «Feminist Legal Scholarship: a History through the Lens of the California Law Review», *California Law Review*. N° 100(2), pp. 381-429.
- BROOKS WHITMAN, Christina (1991) «Review Essay: Feminist Jurisprudence», en Frances Olsen (Ed.) *Feminist Legal Theory I: Foundations and outlooks*, New York, New York University Press, 1995, pp. 17-31.
- BROWN, Wendy (2000) «Suffering rights as paradoxes», *Constellations. An international journal of critical and democratic theory*. N° 7(2), pp. 230-241.
- BROWN, Wendy (1995) «Lo que se pierde con los derechos», en Wendy Brown y Patricia Williams (Eds.) *La crítica de los derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2003, pp. 77-146.
- CORNELL, Drucilla (1991) «Sexual difference, the Feminine, and Equivalency: a critique of MackKinnon's 'Toward a feminist theory of the state', en Frances Olsen (Ed.) *Feminist Legal Theory II. Positioning Feminist Theory within the Law*, New York, New York University Press, 1995, pp. 529-558.
- COSTA, Malena (2014) *Igualdad y derecho en los feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.
- COSTA, Malena (2010) «El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos», *Feminismo/s*. N° 15 (junio), pp. 235-252.
- DALTON, Clare (1987) «Where we stand: observations on the situation of feminist legal thought», en D. Kelly Weisberg (Ed.) *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia: Temple University Press, 1993, pp. 32-39.
- FINEMAN, Martha (1990) «Challenging Law, Establishing Differences: The Future of Feminist Legal Scholarship», *Florida Law Review*. N° 42, pp. 25-43.
- FINEMAN, Martha (2005) «Feminist Legal Theory», *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*. N° 13(I), pp. 13-23.
- FINEMAN, Martha; JACKSON, Jack & ROMERO, Adam (2009) «Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations» Disponible en: <http://public.eblib.com/EBLPublic/PublicView.do?ptiID=476266> (última consulta: julio 2014)
- FRUG, Mary Joe (1991) «A postmodern legal manifesto», en Frances Olsen (Ed.) *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, Nueva York, New York University Press, 1995, pp. 491-521.
- HARRIS, Angela P. (1990) «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory», en D. Kelly Weisberg (Ed.) *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, pp. 348-358.
- MINOW, Martha. (1987) «The Supreme Court 1986 Term-Foreword: Justice Engendered», *Harvard Law Review*. N° 101(10).

- MINOW, Martha (1988) «Feminist Reason: Getting it and Losing it», en D. Kelly Weisberg (Ed.) *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, pp. 339-347.
- MORGAN, Jenny (1988) «Feminist theory as legal theory», en Frances E. Olsen (Ed.) *Feminist legal theory Volume I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995, pp. 33-49.
- MACKINNON, Catharine (1995) *Hacia una teoría feminista del Estado*, Valencia, Ediciones Cátedra, 1989.
- OLSEN, Frances (1990) «Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective» en Frances Olsen (Ed.), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995, pp. 473/485.
- SMART, Carol (1989) *Feminism and the power of law*, Londres, Routledge.
- SUTHERLAND, Kate (2005) «Marx and MacKinnon: The Promise and Perils of Marxsim for Feminist Legal Theory», *Science & Society*. Nº 69(1), 113-132.
- THORESON, Ryan Richard (2009) «Queering Human Rights: The Yogyakarta Principles and the Norm That Dare Not Speak Its Name», *Journal of Human Rights*. Nº 8(4), pp. 323-339.
- WEISBERG, Kelly (1993) «The Debate over Essentialism: Gender and Race. Introduction», en D. Kelly Weisberg (Ed.) *Feminist Legal Theory. Foundations*, Philadelphia: Temple University Press, pp. 335-338.
- WILLIAMS, Wendy (1984) «Equality's riddle: pregnancy and the equal treatment/ special treatment debate», en D. Kelly Weisberg (Ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, pp. 128-155.
- WISHIK, Heather Ruth (1985) «To question everything: the inquiries of feminist jurisprudence», en D. Kelly Weisberg (Ed.) *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, pp. 22-31.

Recibido el 24 de septiembre de 2014

Aceptado el 21 de octubre de 2014

BIBLID [1132-8231 (2015) 26: 35-49]