

Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica

Arantza Campos Rubio

EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

SUMARIO: I: Introducción.- II: Tres enfoques feministas en el análisis del derecho: 1. Primer enfoque: el derecho es "sexista": 1.1. El sujeto de derecho: hombres y mujeres; 1.2. La neutralidad de la norma; 2. Segundo enfoque: el derecho es "masculino": 2.1. El sujeto de derecho: el hombre; 2.2. La norma es "masculina"; 3. Tercer enfoque: el derecho tiene "género".- III: ¿Hacia una teoría feminista del derecho?: K.T.Bartlett *versus* C.A. Mackinnon: 1. K.T. Bartlett: Caracterización de la actividad jurídica como feminista; 1.1. La pregunta sobre la mujer; 1.2. Sobre el razonamiento práctico feminista; 1.3.Sobre la concienciación; 1.4.La "positionality"; 2. C.A. Mackinnon: La primacía de la experiencia de las mujeres: 2.1. La primacía de la experiencia de las mujeres; 2.2. La unidad de la experiencia femenina.- IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Aunque pueda sorprender, dado el rol que juega como "*parte ideal de lo real*"¹, el Derecho es una de las disciplinas que, en términos relativos, ha sido poco abordada desde las diversas perspectivas teóricas feministas que se han desarrollado a lo largo de las tres últimas décadas tanto en Europa como en Estados Unidos². Mientras que el conjunto de las Ciencias Sociales, y muy en especial la Historia, se convirtieron con rapidez en saberes cuyos paradigmas fundacionales fueron cuestionados³, y en los que la denuncia del androcentrismo y su definición⁴ como un sesgo teórico e ideológico que impedía analizar sociológicamente las formaciones sociales en las que hombres y mujeres se encontraban implicados y que conllevaba una interpretación de corte naturalista de sus roles, funciones y status sociales, jugaron un papel crítico central; con las denominadas Ciencias Jurídicas no sucedió lo mismo.

Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que en lo que se refiere a las cuestiones epistemológicas suscitadas por la crítica feminista a las disciplinas⁵, Historia y Derecho ocupan posiciones diametralmente opuestas. A nuestro entender esto no es casual y merece un breve comentario que, espero, ayudará a una mejor comprensión de lo que podríamos llamar "impermeabilidad" del Derecho ante las propuestas teóricas feministas, propuestas que, como veremos a lo largo de esta exposición, se irán configurando progresivamente.

¿Por qué la Historia ha interesado desde el principio a las teóricas feministas y el Derecho no? Primera cuestión y primer esbozo de respuesta bajo forma de interrogantes: ¿Será porque el discurso histórico es más permeable disciplinarmente que el jurídico? ¿Será

¹ M. Godelier, *Lo Ideal y lo Material*, Taurus, Madrid, 1989.

² R. Mura, *Un savoir à notre image?. Critique féministe des disciplines*, Adage, Canada, 1988.

³ L. Méndez, "Influencia de la Teoría Feminista sobre las Ciencias Sociales: una revisión conceptual", en: *Teoría Feminista: Identidad, Género y Política*, (45-57), Servicio editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1993.

⁴ M. Molyneux, "Androcentrism in Marxist anthropology", *Critique of Anthropology*, vol. 3 (9/10): 55-81, 1977.

⁵ S. Harding, *Ciencia y Feminismo*, Ediciones Morata, Madrid, 1996.

porque resulta más fácil reescribir la Historia incorporando a las mujeres⁶, que reescribir "el sexo de la ley"⁷? ¿Será porque nadie niega que la Historia sea una disciplina social revisable, mientras que parece existir una creencia compartida por insignes juristas según la cual el Derecho sería una Ciencia libre de sesgos ideológicos, sean estos sexuales, raciales, étnicos o de clase? Desde mi punto de vista, la respuesta a cada uno de estos interrogantes es un sí rotundo. Pero hay más problemas, y quizás de más calado, que los hasta ahora meramente enunciados. Problemas que nos remiten a otro ámbito que, al abordar estas cuestiones, no podemos obviar: el de la articulación entre, primero, la elaboración de una crítica feminista al Derecho - y a posteriori de unas teorías feministas del Derecho-, y las acciones políticas reivindicativas desarrolladas en diferentes periodos históricos por los movimientos feministas occidentales en favor de los derechos civiles y políticos de las mujeres.

Contrariamente a la Historia, el Derecho *normativiza* lo social en la práctica. A través de Códigos, Legislaciones, Normas, Disposiciones, se establece idealmente -y se impone prácticamente- una manera de entender los diferentes tipos de relaciones sociales que estructuran una sociedad en un momento histórico determinado. Y fue con el *Derecho Natural* y no con la Historia -a pesar de que sus versiones androcéntricas también fueron utilizadas para legitimar que las mujeres no tuvieran determinados derechos-, con el que tuvieron que lidiar las primeras feministas de nuestra modernidad. Se puede afirmar que históricamente el feminismo emergió cuando "filósofos y hombres políticos utilizaron la noción de "diferencia sexual" para justificar los límites que imponían a la universalidad de los derechos individuales"⁸. Dicho de otra manera, surgió con nuestra modernidad, de la mano, entre otras, de una Olympe de Gouges que, a finales del siglo XVIII se creía y se pensaba como ciudadana poseedora de derechos civiles y políticos y que constataba empíricamente que éstos se le negaban. Y se le negaban por su sexo "la diferencia de sexo suponía a las mujeres incapaces de ejercer derechos(...) reputados naturales para la humanidad. El universalismo de la diferencia sexual prevaleció sobre el de los derechos naturales y, en consecuencia, el individuo abstracto no ha sido neutro, sino indudablemente masculino"⁹. Convertirse en sujetos del derecho y no en meros objetos de él, tener derechos para poder ejercerlos. Esos derechos, sean civiles o políticos, las mujeres occidentales los obtendrán no mediante generosa dádiva, sino a través de luchas a menudo prolongadas (recuérdese el largo camino hasta conseguir el derecho al voto) y ferozmente combatidas por los defensores del orden moral pero también, y es lo que aquí interesa, por los encargados de aplicar e interpretar un ordenamiento jurídico en el que se hace carne un Derecho que pocos osaron conceptualizar como un potente aparato ideológico de los Estados democráticos modernos¹⁰ y que menos aun, y más tardíamente, pocas -y muy pocos- tildarán de sexista.¹¹

⁶ G. Duby & M. Perrot, (dirs): *Historia de las Mujeres I,II,III,IV,V*, Taurus, Madrid, 1993; B.S Anderson & J.P Zinsser: *Historia de las Mujeres: Una Historia Propia*, Crítica, Barcelona, 1992.

⁷ P. Legendre: "Le sexe de la loi. Remarques sur la division des sexes d'après le mythe chrétien", en: *La Sexualité dans les Institutions*, Payot, Paris, 1976, pp. 3-63.

⁸ J. W. Scott: *La Citoyenne Paradoxale*, Albin Michel, Paris, 1998, p. 29.

⁹ J. W. Scott: *Op. Cit.* p. 10.

¹⁰ L. Althusser "Idéologie et appareils idéologiques de l' Etat", *La Pensée* (151):3-38, 1970.

¹¹ A.Sachs y J.H.Wilson, *Sexism and Law*, Martin Robertson, Oxford, 1978.

Por todo lo dicho hasta ahora, no olvidaremos, a lo largo de esta exposición, insistir en que hasta muy recientemente y aún ahora, las interacciones entre Derecho y feminismos se han desarrollado más en el terreno de lo que habitualmente denominamos "político" que en el ámbito puramente teórico. La razón es, si se quiere, banal: a lo largo de los dos últimos siglos, las mujeres occidentales hemos tenido que luchar por conseguir ciertos derechos que habían sido proclamados universales. Pero hay otra razón, menos obvia y más problemática en la medida en que se planteará en unos Estados democráticos en los que existe una igualdad formal entre hombres y mujeres definida y regulada por el legislador. En esos contextos, al parecer, se comparte la creencia según la cual una igualdad formal garantiza *per se* y a corto plazo una igualdad real. El automatismo de la ecuación sorprende puesto que equivale a minimizar las inercias sociales, a hacer caso omiso del carácter estructural de las relaciones sociales entre los sexos, y a asumir que quienes interpretan y aplican la ley lo hacen sin prejuicios, sin preconociones, sin sesgos ideológicos, desde la más pura objetividad. Pero sujetos sexuados son, al fin y al cabo, quienes se dedican a la Ciencia Jurídica, y no seres desencarnados y numerosas y recientes sentencias así lo demuestran.¹² En consecuencia, las teóricas feministas del derecho constatarán, muy a su pesar sin duda, sentencia tras sentencia, que no basta con eliminar toda forma de discriminación en los textos legales, sino que hay que examinar críticamente cómo se interpretan y aplican las leyes. Ante la petición de los movimientos feministas en favor de la igualdad real de derechos y del fin de la discriminación por razón de sexo, las teóricas feministas del derecho asumirán dos retos a los que se irán enfrentando cronológica y progresivamente. El de investigar las formas en las que el Derecho ha tratado históricamente a las mujeres, y el de proponer cambios y reformas legales capaces de subsanar una situación de desigualdad legal, tanto formal como real¹³, entre hombres y mujeres.

Las elaboraciones de las teóricas feministas del derecho cuyas propuestas vamos a exponer a continuación se caracterizan porque están atravesadas por una tensión constante entre la necesidad epistemológica de reelaborar los conceptos que, a su entender, enmascaran el hecho de que el Derecho sea "sexista"¹⁴ sea "masculino"¹⁵ tenga "género"¹⁶ y la voluntad de combatir una praxis jurídica androcéntrica que se plasma en sentencias que afectan a las mujeres en todos los ámbitos, sean éstos laborales, civiles o penales. Al igual que otras teóricas feministas, las del derecho han optado metodológicamente 1) por combatir las lecturas de *sentido común*¹⁷ (sobre las relaciones sociales entre los sexos, lecturas que -asumiendo un naturalismo esencialista- legitiman el orden sexual dominante puesto que se entiende que éste "siempre ha sido así al ser 'naturalmente diferentes' hombres y mujeres" y,

¹² Entre otras por ejemplo las sentencias: Sentencia de 29 de Septiembre de 1998 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la CAV, Sentencia de 10 de Junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección segunda), Sentencia de 29 de Mayo de 1997 del Juzgado de lo Social nº4 de Bizkaia.

¹³ Sobre la doble vertiente normativa del principio moderno de igualdad jurídica ver L. Ferrajoli, "La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza", en *Democrazia e diritto*, nº 2, abril-junio, 1993, pp.49-73.

¹⁴ A. Sachs & J.H. Wilson, *Op. Cit.* 1978.

¹⁵ C.A. Mackinnon, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

¹⁶ C. Smart, "La mujer del discurso jurídico", en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, S.XXI, Madrid, 1994, pp. 167-189.

¹⁷ P. Bourdieu & J.C. Chamboredon & J.C. Passeron, *Le Métier de Sociologue*, Mouton, Paris, 1973.

2) por ser deudoras de las *teorías de la práctica*, es decir por situar en el centro de sus preocupaciones a los sujetos y a sus prácticas. Desde los denominados *enfoques prácticos* se asume que los sistemas sociales son sistemas de desigualdad y dominación que tienen poderosos efectos sobre las acciones desarrolladas por las personas, condicionando sus posibilidades reales de actuación¹⁸. En este sentido, los enfoques prácticos optan por analizar "las 'relaciones objetivas' que no pueden ni mostrarse ni tocarse con los dedos y que hace falta conquistar, construir y validar mediante el trabajo científico (...) (y no) por 'realidades' sustanciales"¹⁹.

Habiendo llegado hasta aquí por los derroteros y problemáticas someramente descritas, a nadie le extrañará lo que sigue a continuación. La exposición que vamos a realizar consta de dos partes. En la primera de ellas revisaremos las reconstrucciones feministas del discurso jurídico 'sobre la mujer'. Como iremos viendo, esas reconstrucciones comparten ciertos presupuestos básicos propios de lo que podríamos denominar "teoría feminista general" que fueron formulados en las dos obras pioneras de la llamada "segunda ola del feminismo": *El Segundo Sexo* (1949) de Simone de Beauvoir y *La Mística de la Femenidad* (1963) de Betty Friedan. Dichos presupuestos - a) la construcción social de la mujer; b) la situación de subordinación de la mujer respecto al hombre; c) la necesidad de cambiar la situación de subordinación en todos los ámbitos- permiten plantear la teoría feminista²⁰ como producto crítico de la radicalización de los ideales ilustrados de la modernidad²¹. Para llevar a cabo esta revisión de un modo claro y conciso, y teniendo en cuenta la abundante literatura

¹⁸ J.F. Collier & S. J. Yanagisako: "Theory in anthropology since feminist practice", *Critique of Anthropology*, vol. 9 (2): 27-37.1989.

¹⁹ P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*,s, Seuil, Paris, 1994, p. 9.

²⁰ Véase, C. Amorós (coord.), *Historia de la Teoría feminista*, Dirección General de la Mujer, Madrid, 1994, pp.109-149.

²¹ No consideraremos a las autoras que se inscriben en la corriente del pensamiento postmoderno ("postfeministas", "pensamiento de la diferencia") entendido en sentido fuerte; el que no acepta ningún compromiso con la coherencia interna del paradigma de la modernidad y se desmarca de él (Lyotard,1979) (Rorty,1989). El compromiso de estas autoras (Cigarini, 1993; Muraro, 1996...) con la negación de las categorías de **objetividad y universalidad**, así como con un sujeto cognoscente subjetivo, concreto y particular, construido a través de las experiencias vividas, hacen inútil cualquier pretensión teórica y formulan como incorrectas las teorías feministas que limitan su enfoque al partir de un elemento "esencial" común a las mujeres, sea éste la maternidad del feminismo cultural (Gilligan, 1985) o la subordinación del feminismo radical (Mackinnon, 1995). En ambos casos se parte de una supuesta identidad de experiencias de las mujeres. Desde esta perspectiva cualquier intento de construir una teoría global a partir de una idea común sobre la mujer está condenada al fracaso. Ahora bien, se puede considerar con sentido a las autoras que forman parte de un feminismo postmoderno, entendido como una crítica de la modernidad, como una ilustración de la Ilustración (Amorós, 1997). Asumir acríticamente la Ilustración es un contrasentido, así que si entendemos la postmodernidad como una dialéctica con la modernidad dudamos de que existan feministas que no sean de algún modo postmodernas. Pero en la medida en que la ambigüedad no se disipa del todo, no sobran en absoluto las precisiones acerca de en qué coordenadas teóricas y políticas se está, y cuáles son sus implicaciones. Desde nuestro punto de vista el feminismo es un proyecto si cabe hiperracionalista ya que reclama la igualdad en base a una irracionalización del poder patriarcal y una deslegitimización de la división sexual de los roles. El feminismo puede ser considerado como un test de grados de decencia o desvergüenza epistemológica. (universalidad, igualdad y sujeto) (Amorós,1997).

existente sobre el tema²², hemos optado por seguir preferentemente los esquemas propuestos por Olsen²³ y Smart²⁴.

Si en la primera parte de la exposición los tres enfoques desarrollados desde la teoría feminista nos permiten obtener una mayor comprensión de la forma en la que el discurso jurídico, a través del texto de la ley, contribuye a construir eso que conocemos como "mujer", en la segunda parte de la exposición nos centraremos en el método jurídico, y en la aproximación crítica a éste que se ha realizado desde la teoría feminista del derecho²⁵. Aproximación que incide esta vez en el desenmascaramiento de la pretendida neutralidad y objetividad de la aplicación del derecho. Para ello seguiremos a Bartlett²⁶ y Mackinnon²⁷ por la trascendencia y la influencia tanto teórica como práctica que las obras de estas dos autoras han tenido en los ámbitos tanto jurídicos como extrajurídicos.

La pertinencia de una revisión del método jurídico desde el feminismo se convierte en una tarea primordial ya que si la aplicación del "derecho creado", es decir el "derecho interpretado", se lleva a cabo a través de una serie de convenciones que deben ser respetadas y que se conocen como "método jurídico" o "metodología jurídica", inútil sería intentar entender lo que el derecho hace con la mujer sin una revisión crítica de la "metodología jurídica".

²² Suscintamente: T. Stang Dahl, *El derecho de la mujer*, Vindicación feminista, Madrid, 1991. F. Olsen, "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective", en *International Journal of the Sociology of law*, 18, 1990. K. T. Bartlett & R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991. A. Facio, *Cuando el género suena cambios trae: Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, San José (C.R.), 1992. E. Larrauri (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, SXXI, Madrid, 1994. C. A. Mackinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995. T. Pitch, "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista", en *Democrazia e diritto*, 2, aprile-giugno 1993. y "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexué" en *Déviance et Société*, Vol.16 No3, 1992

C. Pateman, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995. Marie-Andrée Bertrand, "Comment le Droit construit le Genre" en *New Alternatives for old challenges: Womens's rights*, IISJO, Oñati, 1996. F. Olsen, *Feminist Legal Theory*, serie Schools, Aldeshot, Darmonth, 1995.

²³ F. Olsen, "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective", en *International Journal of the Sociology of law*, 18, 1990.

²⁴ C. Smart Op. Cit. 1994.

²⁵ C. Smart, "La búsqueda de una teoría feminista del derecho" en *Delito y Sociedad*. Vol 11-12, 1998, pp.105-124. M.A. Barrère, "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?", en *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, pp.75-89, y "Feminismo y ciencia jurídica: Incursiones feministas en el método jurídico", en AA.VV., *Calculemos...Matemáticas y Libertad (Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas)*, Trotta, Madrid, 1996, pp.239 y ss, y "Teoría Feminista del diritto e processo al diritto moderno: Appunti sull'astrazione e sulla concettualizzazione giuridica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica A.XXV,n.2 dicembre 1995*, pp.447-493.

²⁶ K. T. Bartlett & R. Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.

²⁷ C.A. Mackinnon. Op. Cit. 1995.

Desde lo que Calvo²⁸ denomina "economía dogmática de la imprecisión" propia del canon hermeneútico tradicional, hasta lo que identifica como una especie de "economía política de la imprecisión legal" a la que parece obligada la aplicación del derecho en el estado social, podemos detectar que en la evolución del método jurídico concurre una misma pretensión: la de negar la existencia de una "holgura" hermeneútica, o como mucho controlarla, a la hora de aplicar el derecho; pretensión que puede ser calificada como algo más que estrictamente jurídica y que podría calificarse de jurídico-política.

La revisión del método jurídico desde la teoría feminista del derecho no se encuentra entre las realizadas por las llamadas teorías neoevolucionistas,²⁹ sino entre las denominadas críticas.³⁰ Desde la teoría feminista se ve con buenos ojos la cada vez más reiterada percepción de los teóricos de la pérdida de autonomía de lo jurídico, y su revisión se inscribe dentro de las teorías del derecho y de la ciencia jurídica que reaccionan críticamente frente a las hipótesis de autonomía, neutralidad y certeza del derecho.

Desde la crítica general al derecho liberal desarrollada por las teóricas feministas del derecho, se ha dado especial importancia a aquélla que incide en los graves problemas de legitimación que conllevan las decisiones judiciales que pretenden fundamentarse sobre el formalismo jurídico³¹, y el mito que identifica la legitimidad con la sumisión de los poderes públicos a la legalidad. Kennedy³² y Kairys³³ señalan dos de las consecuencias de identificar la legitimidad con el principio de legalidad. Esta identificación ha servido *"en primer lugar, como fundamento para desarrollar un modelo de dominación jurídica presuntamente basado en normas abstractas y generales concebidas como una estructura neutral, esto es, racional formal y por tanto apolítica y despegada de intereses y valores materiales. En segundo lugar, el mito liberal del principio de legalidad ha servido para legitimar la difícil posición de los jueces en el sistema democrático. La construcción de un modelo ideal capaz de justificar metodológicamente las decisiones jurídicas contribuye a*

²⁹ "La reacción de las teorías neoevolucionistas frente a la pérdida de autonomía de lo jurídico sintoniza con la apuesta de los últimos desplazamientos de la racionalidad hermeneútica por rescatar o crear nuevos márgenes de objetividad y racionalidad en la metodología de la decisión jurídica. Sin embargo, a pesar del interés y la trascendencia teórica de estos planteamientos, no puede decirse que el formalismo jurídico tenga buena prensa hoy en día" (Calvo, 1994:274).³⁰ La teoría feminista del derecho, y más concretamente la revisión del método jurídico llevado a cabo por las teóricas norteamericanas mantiene fuertes vinculaciones con el movimiento de los Critical Legal Studies (CLS). Ver A.Calsamiglia, "La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español", en *Doxa*, 11, 1992, pp. 295-310.

³¹ Tanto G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979 como C.Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un analisis del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990 han señalado, entre otros, que debemos considerar la imposibilidad de terminar por completo con la indeterminación y la vaguedad del sistema jurídico; hecho que debería ser suficiente para abandonar las tesis del formalismo dogmático.

³² D. Kennedy, "Legal Formality", en *Journal of Legal Studies* 2, 1973, pp.351-398.

³³ D. Kairys, *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Pantheon Books, New York, 1990.

promover su aceptación como decisiones mecánicas. La exclusión de los factores subjetivos, sociales e ideológicos que intervienen en la creación y aplicación del derecho permiten construir la apariencia de que los procesos jurídicos se justifican a partir de criterios lógicos y epistemológicos, esto es, según criterios de racionalidad formal en los que la opinión dominante es la del experto y no la de los ciudadanos de a pie." ³⁴.

Según las teóricas feministas y miembros de los CLS³⁵, el que en la actualidad el formalismo jurídico todavía impregne el pensamiento de los aplicadores del derecho³⁶ y el recurrente empeño de los teóricos del derecho por rescatar o crear márgenes de neutralidad y racionalidad en la decisión jurídica, sólo puede tener una explicación en el hecho de que exista un interés en que la decisión jurídica quede aislada de los posibles efectos deslegitimadores que podría tener su contaminación social y política. *"El formalismo jurídico y la ilusión del método promueven los últimos desplazamientos de la racionalidad hermeneútica buscan conservar o crear ámbitos de racionalidad formal, esto es, neutrales, que aislen la decisión jurídica del pluralismo de otros ámbitos sociales y en especial de la política. De esta manera, en primer lugar se produce una apariencia de falsa legitimidad de la decisión jurídica, cuando en realidad ésta descansa, en última instancia, sobre factores políticos y sociales y, en segundo lugar, la mistificación metodológica sirve de facto para disfrazar la enorme discrecionalidad existente."* ³⁷.

Desde la teoría feminista la crítica a la neutralidad, racionalidad y objetividad del método jurídico se hace de forma específica, concretándose en una crítica desde la perspectiva de género.³⁸ Los compromisos ideológicos que adquiere en concreto el método jurídico serán calificados de forma diferente según cuál sea el enfoque feminista. Por ello el método jurídico será calificado o bien como masculino o bien como instrumento de expresión y creación de género.

El objetivo principal de esta exposición consiste en realizar una primera aproximación a lo que la teoría feminista está desarrollando sobre el derecho. Teniendo en cuenta que creación y aplicación del derecho constituyen dos esferas esenciales del mismo en esta lección el derecho creado nos servirá para ver la Mujer que construye una parte importante del discurso jurídico, mientras que el derecho aplicado nos sirve para ver cómo cuestiones que se consideran no jurídicas se introducen en el discurso jurídico reproduciendo la Mujer que nuestro imaginario social tiene. La importancia de esta actividad se justifica en la gran

³⁵ Movimiento al que pertenecen entre otros los autores anteriormente citados Kennedy y Kairys.

³⁶ P.A. Ibáñez, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo.", en *Doxa*, 15-16, 1994, pp.861-882. En este artículo se refiere a cómo en un importante sector de la magistratura española actual el formalismo dogmático está firmemente asentado y remite a la obra de J.L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, en la que se defiende dicha posición de forma explícita.

³⁷ M. Calvo. Op. Cit. p. 276.³⁸ Ver M.J. Mossman, "Feminism and Legal Method: The Difference It Makes", en *Australian Journal of Law and Society*, núm.3, 1992, pp. 30-52.

trascendencia que para la vida cotidiana de las mujeres tiene lo que se haga en cada una de esas dos esferas del derecho.

II: TRES ENFOQUES FEMINISTAS EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO

El discurso del derecho sobre la Mujer ha provocado que las feministas desarrollen una serie de elaboraciones teóricas sobre la norma jurídica y su lenguaje, así como sobre el sujeto de derecho. Los tres enfoques: "el derecho es sexista", "el derecho es masculino" y "el derecho tiene género", que a continuación vamos a revisar, resumen los esfuerzos de las feministas en su empeño de dar cuenta de la forma en la que el derecho piensa sobre la Mujer.

En el discurso del derecho sobre la Mujer nos encontramos con determinadas formas de percibir y expresar la "diferencia sexual". Como otras diferencias, la sexual se expresa habitualmente en oposiciones normativas dicotómicas³⁹ que estructuran nuestro pensamiento. Oposiciones tales como racional/irracional; pensamiento/sentimiento; cultura/naturaleza; objetivo/subjetivo; abstracto/concreto; razón/emoción; activo/pasivo pueden y suelen ser identificadas con los pares hombre/mujer o con masculino/femenino. Con esto queremos señalar que el pensamiento feminista ha constatado que:

1º) El sistema de dualismos no es simétrico. El que no lo sea supone señalar la jerarquización de dicho sistema. Los dos términos del dualismo se encuentran colocados en un orden jerárquico de dominación. La dominación consiste en que el primer término designa la parte positiva, que además define a la otra como su carencia. Lo irracional será lo que carezca de racionalidad, lo pasivo lo carente de actividad, etc.

2º) Dichos dualismos están sexualizados. Esto quiere decir que a una mitad del dualismo se le identifica con lo "femenino" y a la otra mitad con lo "masculino". La operación que han realizado los varones ha consistido en autodesignarse con una parte de los dualismos y han proyectado la otra parte hacia las mujeres. La operación de autodesignación ha tenido como resultado que las partes de los dualismos que dominan sean identificadas con lo "masculino", y las dominadas con lo "femenino"⁴⁰.

⁴⁰ No es ni el lugar ni el momento de dar cuenta de la complejidad del concepto de género puesto que constituye la categoría central de la teoría feminista y requeriría bastante más espacio (físico y simbólico) que una nota a pie de página, pero sirvan las siguientes aclaraciones para acercarnos a él adecuadamente. *"La noción de género surge a partir de la idea de que lo "femenino" y lo "masculino" no son hechos naturales o biológicos, sino construcciones culturales. La existencia socio-histórica de los géneros (sistema de sexo-género) es el modo esencial en que la realidad social se organiza, se divide simbólicamente y se vive empíricamente. Dicho de otra forma, a lo largo de la historia todas las sociedades se han construido a partir de las diferencias anatómicas entre los sexos, convirtiendo esa diferencia en desigualdad social y política."* (Cobo, 1995:55).⁴¹ En contra de la idea imperante del derecho como un sistema de normas completamente autónomo o independiente de otros sistemas normativos como el moral o el político o incluso las costumbres, la teoría feminista (en sus distintas versiones) ha insistido reiteradamente en la vinculación de lo jurídico a lo político. Como consecuencia de ello y sin negar la singularidad o unidad que implica el término derecho, esta teoría se ha referido al derecho como una pluralidad de realidades. Una de estas realidades es la que se refiere al derecho como algo más que la norma *agendi* (sistema de normas cuyos/as destinatarios/as son las personas de una determinada sociedad en un determinado momento histórico). A este concepto de derecho como sistema de normas se le puede añadir la noción de derecho como ordenamiento, organización, o institución, con lo que el derecho estaría compuesto por el "derecho creado" o derecho legislado (ley escrita como resultado de un proceso político), y el "derecho aplicado" o "derecho interpretado" (interpretación de la ley escrita). Como es sabido la interpretación de la ley

3º) El derecho⁴¹ se identifica con la parte "masculina" de los dualismos, es decir con la parte percibida como superior. La ideología dominante mantiene que la ley es racional, objetiva, abstracta y general y que, de esta forma, la ley es mejor que si fuera irracional, subjetiva, particular y concreta, es decir, que si fuera femenina.

En los tres enfoques que a continuación revisaremos podemos detectar diferentes posiciones en torno a las relaciones que se establecen o debieran establecerse entre el derecho y las mujeres en un contexto de pensamiento dualista, jerarquizado y sexualizado. En síntesis, el primer enfoque que postula que "el derecho es sexista", admitiría tanto el pensamiento dualista como la jerarquización, pero desestimaría la sexualización de dichos dualismos jerárquicos (el derecho es racional, objetivo, abstracto, general..., y es mejor que sea así, pero ser racional, objetivo..., no son características que pertenezcan en exclusiva a los hombres). El segundo enfoque que defiende que "el derecho es masculino", aceptaría los dualismos y su sexuación, pero no admitiría su jerarquización (el derecho es racional, objetivo..., y por ello es masculino, pero el que así sea no significa que deba serlo y que sea mejor que si fuera subjetivo, concreto...). Y el tercer enfoque según el cual "el derecho tiene género" no aceptaría ni la sexuación ni la jerarquización de dichos dualismos (el derecho es racional, general, objetivo..., pero no son características que pertenezcan a los hombres en exclusiva, ni porque sea así, si es que lo es, no es mejor, que si fuera subjetivo, concreto... En la realidad, el derecho es objetivo y subjetivo, concreto y abstracto...).

Cada uno de estos enfoques pone en cuestión la idea de sujeto de derecho y de norma jurídica que las distintas teorías del derecho ofrecen. Y dado que el sujeto de derecho y la

escrita debe tener en cuenta una serie de convenciones conocidas como "metodología legal" o "metodología jurídica". Desde el feminismo se advierte que intentar entender el derecho sin una revisión crítica de esta metodología se convierte en una tarea inútil. Este primer nivel del derecho, el derecho legislado y el derecho aplicado puede ser conocido aunque sea explicativamente, pero otra de las realidades del derecho como es la práctica cotidiana del derecho es bastante más difícil de conocer, es decir, difícilmente podremos saber la forma en la que se utiliza e interpreta el Derecho por parte de los distintos actores jurídicos (abogados, notarios, procuradores, policías...). Pero estos dos componentes pueden ser lugar común de muchos teóricos. Según Smart (1994), Facio(1992) y Schuler(1987) el fenómeno jurídico abarca también un tercer componente que consiste en las actitudes y el conocimiento de los dos anteriores que tenga la gente. El conocimiento de la ley por parte de la ciudadanía influye en cómo es administrada. Si no se conocen los derechos no se exigen. Del contenido que la ciudadanía otorgue a principios y valores tales como libertad, igualdad..., dependerá mucho de lo que se entienda por "igualdad de los cónyuges", "igual salario por trabajo igual, o por trabajo de igual valor". Smart llega más lejos sugiriendo que el derecho crea subjetividades. Y se refiere a la categoría de "bastardo". Según la autora esta categoría estrictamente legal en siglos anteriores deviene en el siglo XX en la categoría de ilegitimidad a la que se adscriben más posiciones que la legal como son la posición económica y una condición psicológica. A través de la categoría de "ilegitimidad" se crearon a principios del siglo XX "hijos desheredados y adultos desheredados" (Smart, 1994: 167).

norma jurídica son elementos de reflexión dentro de los distintos enfoques feministas sobre la Mujer del discurso jurídico, no está de más que nos detengamos brevemente en cada una de estas cuestiones.

La crítica al sujeto de derecho de las teorías clásicas (derecho liberal) se encuadra dentro del actual contexto general de crisis del sujeto. El sujeto de derecho también se encuentra en crisis y desde la teoría feminista se ve la necesidad de repensarlo. Salas ⁴² propone volver a pensar el sujeto de derecho a través de la reconstrucción de la evolución de las representaciones del individuo en las culturas jurídicas, y por ello es necesario hacer referencia al concepto de individuo que manejamos en la actualidad. El individuo actual se reconoce *"En una figura renovada del sujeto, irremediabilmente rota(...) atravesada por la historia y para cuya concepción debe conservar sin embargo sentido el ideal de autonomía y de responsabilidad"*⁴³, y es precisamente este desmembramiento de la identidad del individuo occidental, sin asidero para determinar su identidad unitaria, el que provoca que cada cual elabore continuamente su propia identidad. Este hecho es de vital importancia para la idea que actualmente podamos tener del sujeto de derecho porque, como señala Carbonnier ⁴⁴ : a) en la actualidad es más difícil señalar la separación entre el sujeto de derecho y el no-sujeto de derecho. La concepción del individuo jurídico del Código Civil ya no puede ser el modelo central del sujeto de derecho, puesto que en la actualidad debemos enfrentarnos a un hombre que se percibe como un ser complejo, cambiante- subjetivo, inconsciente, en conflicto consigo mismo; b) la frontera entre la capacidad e incapacidad jurídica pasa a situarse en el interior de cada sujeto, o lo que es igual, *"antes del psicoanálisis (...) sólo podían ser (totalmente) sujetos de derecho las personas autónomas psicológica, social y económicamente(...). Poco a poco el derecho hace entrar, ya sea como tributarios de una protección, ya sea como titulares de derechos, a las mujeres, a los trabajadores, a los niños(...). Primero, el modelo de tutela y progresivamente se borra la frontera entre capacidad e incapacidad...se desmantela la representación clásica de un sujeto sin capacidad. Se encuentra en él la parte común que se creía desaparecida.."* ⁴⁵; c) Tiende a imponerse la necesidad de pensar el sujeto de derecho en una dialéctica de la dependencia y la autonomía, dos polos en constante interacción, uno pasivo -el sujeto del derecho, el que está obligado, colocado como *subjectum* bajo la dependencia del derecho, y un polo activo, el que es titular de un derecho, el que es la causa del mismo.

Pero si *" el pretendido no-sujeto de derecho tendría no obstante un derecho irreductible, el de devenir sujeto de derecho. Un derecho que esgrimiría contra el derecho objetivo, contra las instituciones jurídicas que le han impuesto su condición "*⁴⁶, nos encontramos con que ante el derecho aparecen unos sujetos en devenir a los que éste debe

⁴³ A. Renaut et L. Sosoe, *Philosophie du Droit*, PUF, Paris, 1991, p.39.

⁴⁴ J. Carbonnier, "Sur les traces du non-sujet de droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1989, p.23.

⁴⁵ J. Carbonnier. Op. Cit. p.24.

⁴⁶ J. Carbonnier. Op. Cit. p. 205.⁴⁷Ver J.R.Capella, *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968; C.S.Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983,pp.63-78.

abrir un espacio dentro de sus filas integrando de esta manera la dimensión temporal del sujeto de derecho, en contra de la clásica idea del sujeto como algo abstracto y descarnado, como algo sin cuerpo. Los distintos enfoques de la teoría feminista harán que el derecho tenga que percatarse de la encarnadura de sus sujetos. El sujeto de derecho cuyo referente era el individuo desencarnado del estado de derecho liberal, debe encarnarse en el estado social y democrático de derecho.

Al igual que el sujeto de derecho, también la norma jurídica se ve afectada por la evolución y las transformaciones del derecho así como por sus nuevas funciones sociales. Las pautas liberales hacían que el derecho se estructurase como un derecho racional-formal cuyo objetivo consistía en garantizar un marco general de autonomía protegida. Desde esa posición las funciones del derecho se orientaban a configurar y facilitar patrones de relación jurídica. También se ofrecían los procedimientos adecuados para resolver los conflictos que pudieran aparecer en su cumplimiento. El modelo tradicional indicaba que el objetivo del sistema jurídico era propiciar un sistema de relaciones intersubjetivas configurado racionalmente, es decir, un sistema independiente de las necesidades que habían determinado el origen del propio sistema. Un marco de autonomía protegida al que los particulares podían o no recurrir por propia voluntad según cuáles fueran sus propios fines e intereses. No es de extrañar que dentro de este modelo y adecuándose a sus funciones sociales, las normas jurídicas típicas se caracterizaran, desde el punto de vista de su estructura,⁴⁷ por recurrir a un sujeto universal y por su contenido abstracto. Según la ideología liberal, el elemento vocativo de las normas jurídicas se dirigía directamente a los particulares y, sólo indirectamente, como una función subsidiaria de garantía, sus destinatarios eran los poderes públicos. Además el derecho se ha caracterizado siempre por ser un derecho de contenido abstracto. Tanto es así que incluso se ha llegado a afirmar que dicho contenido era formalmente abstracto.

Pero en la actualidad nos encontramos con un derecho que se distancia cada vez más del derecho tradicional en el sentido de que el derecho útil es un derecho “administrativizado”. Este nuevo derecho se compone casi exclusivamente de normas cuyo objetivo es regular lo social. La forma en la que pretende regularlo es a través de normas cuyos fines estén de acuerdo con determinados intereses y objetivos sociales, y mediante normas de organización, es decir, a través de normas que dotan de competencias e instituyen procedimientos. Estas son necesarias para la realización de los fines regulativos de un derecho cuya eficacia exige un ejercicio activo por parte de los poderes públicos. Las transformaciones reseñadas van a provocar: "1) *un desplazamiento de la referencia subjetiva de las normas jurídicas que dejan de ser generales para convertirse en normas particulares, esto es, normas dirigidas a un único sujeto o a un número de sujetos determinado por unas características específicas derivadas de la atribución de competencias o poderes determinados.*; 2) *una clara pérdida de abstracción desde el punto de vista de la estructura lógica de la norma jurídica*; 3) *una pérdida de abstracción y generalidad que va más allá de la estructura lógica de la norma jurídica y afecta también al contenido material del derecho.*"⁴⁸

Que el destinatario del elemento vocativo de las normas jurídicas regulativas sean las autoridades públicas bajo cuya responsabilidad se articulan procedimientos y actuaciones encaminadas a alcanzar fines, valores o intereses sociales no impide que, *a posteriori*, en

tanto que dichas actividades puedan generar derechos, se consideren dirigidas a la ciudadanía en general. Esta nueva organización del derecho (la cantidad y trascendencia de las normas dirigidas a los poderes públicos para lograr fines), además de apelar a sujetos particulares, determina cierta pérdida de abstracción que el propio funcionamiento procedimental de la Administración exige. Si tenemos en cuenta el normal funcionamiento de la Administración *“en el caos existente, el funcionario aplica lo más concreto, lo que le da pautas precisas de actuación, es decir, la circular, y en lo no previsto, va remontándose hacia lo general (abstracto) pasando por la orden ministerial, el decreto, la ley”*,⁴⁹. Como podemos comprobar, lo que hace el funcionario consiste en invertir la pirámide normativa tan habitual en las explicaciones teóricas de la estructura del derecho. En la actualidad la idea más generalizada es que aunque teóricamente se insista en presentar la norma como general y abstracta, ésta *“ni es imparcial ni proporciona realmente un patrón firme de resolución de conflictos que no deje abierta la puerta a las valoraciones no imparciales de quien la aplica”*.⁵⁰

Pero se puede hablar también de pérdida de abstracción en otro sentido que, si se quiere, es mucho más preocupante desde el punto de vista de la ideología liberal, puesto que no sólo supone una pérdida de abstracción sino que cuestiona directamente las exigencias racionales de generalidad del derecho burgués. El estado social se caracteriza por realizar intervenciones cuya finalidad es lograr ciertos objetivos redistributivos. Para ello las normas que han de ser legisladas no pueden en ningún caso cumplir con las exigencias de abstracción y generalidad (ya que los destinatarios de la redistribución serán siempre un grupo determinado y nunca la ciudadanía en general), quebrando así la estructura de las normas jurídicas, y afectando al contenido material del derecho. *“Las políticas de distribución se basan en los procesos igualitarios de compensar las desigualdades económicas y sociales que se consideran incompatibles con la igualdad “natural” de todos los hombres y que han sido “artificialmente” producidas por el sistema de mercado. Esto supone que las leyes se vuelven siempre selectivas en relación con los diferentes segmentos de la población y situaciones sociales y de este modo se vuelven concretas y especiales”*⁵¹

Con la pérdida de abstracción derivada de la “administrativización” del derecho regulativo, no sólo se produce una pérdida de abstracción y generalidad de la estructura lógica de la norma jurídica, sino que el contenido material del derecho también se ve afectado. Podría pensarse que una pérdida de abstracción de la norma jurídica conllevaría una mayor seguridad jurídica, pero esto no es así. La racionalidad decisionista del derecho administrativo hace posible que la pérdida de abstracción sea compatible con el aumento de la discrecionalidad.

En lo que respecta a las normas jurídicas y a las cuestiones expuestas en torno a ellas, la crítica feminista al derecho se centrará en desenmascarar la idea de que éstas se dan con la

⁴⁹A. Nieto, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984 p.148.

⁵⁰M. Calvo, Op. Cit, p. 265.

⁵¹U.K.Preuus, "El concepto de los derechos y el Estado de bienestar", en *Problemas de legitimación en el estado social*, E.Olivas(ed.), Trotta, Madrid, 1991, p.83. Citado por Calvo García op.cit., p.266.

pretensión de servir de instancia objetiva y general para la resolución de conflictos. Dichas normas, se asume, han de ser aplicadas por sujetos neutrales que someten a ellas su juicio. Mediante estos planteamientos se creará un mecanismo de dominación masculina, ya que todos los valores implicados en la justificación del papel de las normas llevan la impronta del ejercicio del poder de los hombres sobre las mujeres.

Los tres enfoques teóricos que a continuación vamos a examinar detalladamente no responden a una evolución estrictamente cronológica de la teoría feminista. Si durante los años 60 los estudios realizados se referían exclusivamente al sexismo del derecho, en un periodo no muy distante, finales de los 60 y principios de los 70, aparecerán las críticas que lo califican de "masculino", y así sucesivamente, sin que por ello se abandonen las investigaciones desde cada una de las diferentes posiciones.

1. PRIMER ENFOQUE: EL DERECHO ES "SEXISTA"

Las feministas de los años 60 utilizaban una fórmula que podemos calificar de simple a la vez que acusatoria para caracterizar el derecho: "El derecho es sexista". Basaban esta afirmación en el hecho de que el derecho cuando diferenciaba a los sujetos por su sexo hacía que las mujeres resultasen perjudicadas puesto que la diferenciación siempre suponía ciertas desventajas para ellas. Así, por ejemplo, y en diversos países occidentales, la restricción de recursos materiales a las mujeres en caso de conflicto matrimonial y divorcio en el derecho civil; en el derecho penal ciertas normas que se referían a las mujeres exclusivamente se utilizaban para juzgar la conducta de éstas en materia sexual; en la esfera socio-profesional se les negaba a las mujeres el acceso a ciertas profesiones y salarios equivalentes a los de los trabajadores varones. Estas y otras constataciones son las que se expresan a través del enunciado "el derecho es sexista", y potenciarán el desarrollo de este enfoque feminista del derecho.

En términos generales en este enfoque se encuadran aquellos trabajos que cuestionan la veracidad, o mejor dicho, la exactitud de la afirmación de que el derecho es racional, objetivo y general. Si bien es cierto que este cuestionamiento no es exclusivo de quienes se adscriben a la crítica feminista, ya que otras corrientes de pensamiento sobre el derecho⁵² han reparado en esta cuestión, sí lo es el parámetro que selecciona. ¿Cuál es el parámetro que se utiliza para cuestionar la exactitud de esa afirmación? Las mujeres serán el parámetro, el test, que permita defender con rotundidad esa afirmación. Desde este enfoque no se pretende mostrar en ningún momento que el derecho no sea racional, objetivo y general, lo que se pretende es detectar las formas en las que el derecho no cumple esa pretensión cuando se trata de las mujeres. Es decir, no se cuestiona que el derecho no sea o deba ser racional, objetivo y general, muy al contrario se afirma que así debe ser, lo que sucede es que el derecho fracasa cuando se trata de las mujeres. El estudio y análisis del derecho realizado desde este enfoque puede mostrar y comprobar que éste en la práctica (independientemente de sus aspiraciones y buenas intenciones), trata de forma diferente a hombres y mujeres, con la particularidad de que en términos comparativos son las mujeres las que resultan perjudicadas respecto de los varones. Para no ser tachada de ideológica esta última afirmación debe confrontarse con ejemplos empíricos referidos, en este caso, a la legislación vigente en el Estado español.

a.- Constitución Española de 1978 art.57.1 que se refiere a la sucesión de la Corona y que diferencia a los sujetos por su sexo (aunque no sólo) y en el que las mujeres salen perjudicadas en favor de los varones. "La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; **en el mismo grado, el varón a la mujer**, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos".

b.- Código Civil

art. 893 No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse. El menor no podrá serlo, ni aun con la autorización del **padre** o del tutor.

art. 1040 Tampoco se traerán a colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero, si hubieren sido hechas por el **padre** conjuntamente a los dos, el hijo estará obligado a colacionar la mitad de la cosa donada.

art. 1043 Serán colacionables las cantidades satisfechas por el **padre** para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos.

art. 1056 Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.

Podemos afirmar que el calado de los ejemplos citados es de distinto alcance. A pesar de que el artículo 57.1 de la Constitución afecte a un número muy reducido de mujeres, pensamos en la importancia de su trascendencia simbólica ya que una de las lecturas que se puede realizar en clave ciudadana es que realmente las mujeres padecen de alguna carencia específica que les imposibilita para ejercer con la misma competencia que los varones las tareas designadas al Jefe del Estado (art. 56.1 CE "El Rey es el Jefe del Estado....."). En el caso del Código Civil las mujeres afectadas pueden ser más pero su impacto simbólico menor. La diferencia entre el 57.1 y los artículos 893, 1040, 1043 y 1056 del Código Civil citados es que mientras que en el primero se explicita el trato desfavorable a las mujeres, en el segundo el trato desfavorable es precisamente la inexistencia de trato. Los artículos del Código Civil antes mencionados hacen referencia expresa al "padre", no a la "madre", ni a los "progenitores". Y esto puede ser considerado como grave si tenemos en cuenta que en 1990 se reformó dicho Código para adecuarlo al principio de no discriminación por razón de sexo.

De todas formas hay que señalar que son escasos y cada vez menos numerosos los ejemplos de "sexismo" que podemos actualmente encontrar en la letra de la ley. Sin duda, el hecho de que ya en los años 60 se empezara a calificar de "sexista" al derecho sirvió para

acometer reformas legislativas que corrigieran esa situación. Lo cierto es que designar al derecho como “sexista” cobra todo su significado si consideramos la legislación que va desde el periodo post-revolucionario (Revolución Francesa) que excluía a las mujeres de tres dimensiones básicas de la modernidad -la política, la educación, y el trabajo- hasta bien entrado el siglo XX. En el Estado español hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978 -con la salvedad de la segunda República- el derecho trataba a las mujeres en general de forma diferente que a los hombres perjudicándolas, por ejemplo, en el ámbito laboral⁵³. El trato desigual y perjudicial para las mujeres se centraba en cinco áreas: a) las cláusulas de celibato; b) los efectos perjudiciales derivados del embarazo para el acceso y permanencia en el trabajo de la mujer; c) la noción legal de "cabeza de familia"; d) las discriminaciones indirectas producidas a causa de la desigual valoración en función del sexo de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación; e) la prohibición de acceso a las mujeres a ciertas funciones tradicionalmente reservadas en exclusiva al sexo masculino (fuerzas armadas y trabajo en las minas). Pero de forma particularmente desventajosa, la legislación anterior a 1978 atañía a las mujeres casadas al restringirles su capacidad jurídica de las siguientes maneras: 1) otorgando la jefatura familiar al marido, quien ejerce la potestad sobre la persona de la mujer y de los hijos, imponiendo el deber de obediencia de la mujer al marido, y a éste el de proteger a la mujer; 2) extendiendo la autoridad marital al patrimonio de la familia, sobre la base de la necesidad de protección de la mujer casada quien queda equiparada, como incapaz, a los locos y a los menores; 3) dando al marido el control de la totalidad de los bienes matrimoniales, en especial en el régimen legal en los territorios de derecho común.⁵⁴

Como hemos podido ver el enfoque feminista que califica el derecho de “sexista” lo hace teniendo en cuenta el contenido de las disposiciones legislativas en cualquiera de los ámbitos del derecho. Este enfoque se reduce a señalar cómo el análisis del discurso jurídico sirve para conocer cuál es la posición de las mujeres en la sociedad a la vez que legitima dicha posición. Este enfoque nos permite concluir en base al contenido de las distintas disposiciones

⁵³F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminando por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995. pag 36 ss.⁵⁴D. Espin Cánovas, *Capacidad jurídica de la mujer casada*, Universidad de Salamanca, 1969, pag 15. "El matrimonio es la única forma de servidumbre real que admiten nuestras leyes. Ya no quedan más esclavos legalmente reconocidos sino las amas de casa" J. Stuart Mill y H.Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Península, Barcelona, 1973. Según J. Iglesias de Ussel y J. J. Ruíz-Rico, "Mujer y Derecho", en *Liberación y Utopía*, Cátedra, Madrid, pag 148:"En la práctica esta servidumbre real se concreta, por ejemplo en sentencias del Tribunal Supremo sobre agresiones leves del marido a la mujer. Entiende que si se realizan sin intención de producir malos tratamientos de obra no son causa legítima de separación conyugal si las disputas violentas no trascienden del domicilio familiar, ni requieren la intervención de autoridad pública o la asistencia facultativa".

legislativas que las mujeres son reflejadas en el derecho más como "objetos" del derecho que como "sujetos" de derecho. A continuación vamos a referirnos precisamente a lo que se deriva desde este enfoque respecto al "sujeto de derecho".

1.1. El sujeto de derecho: hombres y mujeres

En el enfoque que caracteriza al derecho como "sexista", nos encontramos con que muchas de las críticas realizadas encuentran su fundamento en una particular definición del concepto de igualdad ya sea en su vertiente formal como en la sustantiva.

Si tenemos en cuenta la lograda *igualdad formal* en el seno de los Estados democráticos, el enfoque que caracteriza al derecho de "sexista" nos permite detectar el prolongado periodo de tiempo en el que el derecho ha establecido distinciones "irracionales" entre hombres y mujeres. En este contexto entendemos por "irracional" el que las mujeres no sean tratadas como los hombres, es decir, que las mujeres no sean tratadas como si fueran hombres. Es en este sentido en el que se puede afirmar que las mujeres no son sujetos de derecho, puesto que no son tratadas como el verdadero sujeto de derecho. En la medida en que no son tratadas como si fueran hombres, no son sujetos de derecho. Desde este enfoque se afirma que si el derecho pretende cumplir con sus aspiraciones de racionalidad y objetividad, no debería consentir ninguna diferencia en el contenido de las normas que conllevara un trato diferente hacia las mujeres. El derecho debería tratar a las mujeres de la misma forma que si fueran hombres. Como consecuencia de ello la estrategia que se plantea dentro del derecho es la de anular aquellas leyes que incurren en "irracionalidades" como la que aparece en el ya citado art. 57.1 de la C.E. Otro problema diferente es el que plantea la igualdad en su vertiente *sustantiva*, es decir, la de la igualdad de resultados, ya que puede ser necesario que el derecho, por razones de tipo histórico, social o político, tome en consideración la existencia de diferencias entre las personas y deba renunciar a la igualdad formal. La igualdad sustantiva requeriría en algunas ocasiones un trato especial para las mujeres⁵⁵. Es en este sentido en el que se puede afirmar que las mujeres no son "sujetos de derecho". En la medida en que no son tratadas como el "verdadero" sujeto de derecho, en que no son tratadas como si fueran hombres, no son "sujetos de derecho". Desde este enfoque se afirma que si el derecho pretende cumplir con sus aspiraciones de racionalidad y objetividad, no debería consentir ninguna diferencia en el contenido de las normas que conllevara un trato diferente a las mujeres. Si se critica el que el derecho otorgue un trato diferente a hombres y mujeres, y precisamente esa diferencia es la que permite calificar el derecho de sexista, parece un tanto contradictorio fundamentar este enfoque en un concepto de igualdad que no se ciña a la *igualdad formal*, es decir, a "la igualdad de trato" y abarque igualmente la *igualdad sustancial*, es decir, el "trato diferenciado o especial". Pero desde este enfoque se considera que abogar tanto por la *igualdad formal* (igualdad de trato), como por la *igualdad sustancial (trato especial)* no escapa a las aspiraciones de neutralidad del derecho y se piensa que tanto las normas que asumen una igualdad de partida, como aquellas que tienen como fin la igualdad, se basan en la idea de que el derecho ha de ser neutral. La *igualdad formal* reclama un trato neutral de partida y la *igualdad sustancial*, que requiere un "tratamiento especial", lo

⁵⁵ Es en este sentido en el que se ha expresado reiteradamente el Tribunal Constitucional en STC128/87, STC19/89, STC68/91, STC109/93.

que reclama en realidad es un resultado verdaderamente neutral desacreditando algunos de los logros obtenidos por la igualdad formal calificándola de "pseudo neutralidad"⁵⁶. Como ya ha manifestado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, no siempre el trato desigual es discriminatorio, e incluso en algunas ocasiones, el trato igual a desiguales sí puede serlo. Para que el trato desigual sea discriminatorio (distinción arbitraria) debe entenderse que la diferencia de trato jurídico carece de justificación razonable y objetiva y que no existe una relación de proporcionalidad entre los fines y los medios empleados. Según el Tribunal Constitucional es procedente y no discriminatoria la desigualdad de trato para situaciones desiguales⁵⁷.

¿Cuáles son las consecuencias de aceptar la propuesta feminista de que el derecho es "sexista" como la adecuada para dar cuenta de lo que sucede con las mujeres?. Si desde este enfoque, cualquier mujer que quisiera constituirse seriamente en sujeto de derecho se vería abocada a demostrar que ha sido tratada de forma desigual de lo que un hombre lo hubiera sido en la misma situación. De esto se derivan al menos tres consecuencias:

1º El considerar adecuado que el derecho deba tratar a todos los sujetos de derecho de igual manera supone una aceptación implícita de un modelo asimilacionista masculino. Las mujeres sólo se constituirían en sujetos de derecho en la medida en que fueran asimiladas a los hombres.

2º Supone aceptar que el derecho incurre en una especie de error de apreciación al no poder ver a las mujeres como sujetos de derecho igualmente competentes y racionales que los hombres.

3º Que este error de apreciación puede ser corregido, es decir, que el derecho puede realmente tratar por igual a todos los sujetos de derecho.

Como estamos viendo, la idea de "error de apreciación" es recurrente y, de hecho, ha calado lo suficiente como para que se hayan producido dos respuestas en el ámbito jurídico que tratan de subsanar dicho error. Sólo subsanarlo permitiría lograr la meta ideal que consiste en tratar igual a todos los sujetos de derecho, o lo que es lo mismo, lograr construir un sujeto de derecho que sea realmente universal y no sexuado, es decir indiferente a la "diferencia sexual".

La primera respuesta nos remite al ámbito del lenguaje. El primer movimiento consistió en utilizar un lenguaje genéricamente neutro. Como ejemplo podemos ver la propuesta de utilizar el término "persona"⁵⁸ allí donde aparecían los términos de hombre y mujer. De esta forma se consideró que se superaba el problema de la diferenciación entre

⁵⁶ F. Olsen, *Op. Cit.*, 1985.⁵⁷ Igual nota 55.

⁵⁸ K. O'Donovan, *Sexual Divisions in Law*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1985, y M.J. Mossman, "Feminism and Legal Method: The Difference It Makes", *Australian Journal of Law and Society*, núm.3, pp 147-168.⁵⁹ Es preciso tener en cuenta que tanto el matrimonio como la familia que de él se deriva son instituciones patriarcales, en las que también nos encontramos con la subordinación de las mujeres. Ver, M. Burin e I. Meler, *Género y Familia: Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*, Paidós, Barcelona, 1998; y J. Donzelot, *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1979.

hombres y mujeres. Ingenuamente se creyó que, como consecuencia de la desaparición del problema de la diferenciación, desaparecería el de la discriminación. Por ejemplo, se llegó a pensar que al poner “cónyuge” en lugar de “esposa” en la letra de la ley se resolvían todas las desigualdades por las que se veían afectadas las cónyuges mujeres⁵⁹.

La segunda respuesta ante los "errores de apreciación" la defienden quienes consideran que hasta que no se produzca un cambio en el carácter estructuralmente desigual y jerárquico de las relaciones sociales entre ambos sexos, no será factible transformar la percepción que el derecho tiene de la Mujer.

Como vemos las alternativas remiten al todo o a la nada. Con la primera, mediante un simple cambio lingüístico, al mejor estilo postmoderno, se consigue terminar con uno de los problemas más consolidados y reiterados a lo largo de nuestra historia. Por el contrario, la segunda plantea la inutilidad de cualquier cambio en el derecho hasta que no se produzca un cambio en las posiciones ocupadas por hombres y mujeres en la sociedad, ya que el derecho está íntimamente relacionado con la política y la cultura. El cambio de posición social de las mujeres repercutiría en su posición en el derecho con lo que la diferenciación entre hombres y mujeres, o el trato discriminatorio hacia las mujeres, resultaría innecesario. Quienes comparten este enfoque proponen o bien cambiar el lenguaje del derecho o bien dejarlo como está hasta que cambie la sociedad.⁶⁰

Revisada esta cuestión, examinaremos a continuación desde este enfoque el contenido de la norma, con la intención de comprobar si responde o no a las expectativas de neutralidad con la que se le caracteriza generalmente dentro de la teoría del derecho.

1.2: La neutralidad de la norma.

Como respuesta a la caracterización del derecho como “sexista”, se produjo una reacción⁶¹ que se orientaba a resaltar el hecho de que las feministas no parecían distinguir entre lo que significa “diferenciar” y “discriminar”. El argumento se puede resumir de la siguiente manera. Que existen dos sexos biológicos, es algo tan evidente que el derecho no puede abstraerse de esa realidad. La cuestión está en si el trato diferente genera trato desigual -discriminatorio- en base al sexo, ya que se puede argüir que el trato diferenciado por razón de sexo no significa irremediamente un trato discriminatorio⁶². Pero desde la perspectiva que

⁶¹Las reacciones no suelen ser directas y citando las producciones concretas de las distintas teóricas, ya que las aportaciones de la teoría feminista raramente se constituyen en referente de debate intelectual entre quienes no son feministas. Una excepción puede ser el debate aparecido en la revista *Doxa* en torno a la pornografía y el feminismo. J. F. Malen Seña, "Pornografía y feminismo radical", en *Doxa*, 12, 1992; O. M.Fiss, "¿Qué es el feminismo?", en *Doxa*, 14, 1992; R. Osborne, "Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres?. Respuesta a Jorge Malen", en *Doxa*, 13, 1993; J. F. Malem Seña, "Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne", en *Doxa*, 13, 1993; M. F. Böhmer, "Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible", en *Doxa*, 13, 1993; R. Gargarella, "Réplica a Jorge Malem: las críticas que no se merece el feminismo radical", en *Doxa*, 14, 1993; R. Osborne, "De ciertas insuficiencias de un cierto liberalismo: (segunda respuesta feminista a Jorge Malem)", en *Doxa*, 17-18, 1995.

⁶²M.A. Barrère, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, IVAP, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 29 y ss; L.Gianformaggio, "Iguaglianza e Differenza: Sono veramente incompatibili?", en *Il Dilemma della Cittadinanza. Diritti e deveré delle donne*, Laterza, Bari, 1993; "Corregere

estamos exponiendo no se dice que el derecho es "sexista" sólo porque trata de forma "diferente" a las mujeres que a los hombres y a los hombres que a las mujeres⁶³. Desde este enfoque, cuando se afirma que el derecho es "sexista", lo que se trata de decir es que el motivo por el que las mujeres están maltratadas por el derecho es porque están tratadas de forma diferente que los varones; afirmación ésta que no puede ser reproducida a la inversa. Los hombres no están maltratados por el derecho porque estén tratados de forma diferente que las mujeres.⁶⁴ De lo que se deduce que la norma responde a un patrón y que éste está configurado por los hombres. Luego las mujeres son juzgadas por normas que responden a un patrón en el que no están incluidas. La neutralidad de la norma sólo es posible si las mujeres son tratadas igual que los hombres, ya que si se las trata de forma diferente, las normas dejarían de ser neutrales. Luego la neutralidad de la norma tiene como referente al varón, lo que en este enfoque no significa que el referente sea masculino⁶⁵.

Ante la dificultad de determinar el sujeto de derecho, se pensó en la posibilidad de construir un patrón de mujer (lo que conocemos como la categoría Mujer⁶⁶), con el que poder juzgar a éstas adecuadamente. Pero esta posibilidad fue rápidamente problematizada. La categoría Mujer se cuestionó poniendo de relieve que lo que se suponía respondía a ese patrón del "ser mujer" no era otra cosa que las características y necesidades de una mujer de clase

le diseguaglianza, valorizzare le differenze: superamento o rivalutazione dell'eguaglianza", en *Democrazia e Diritto*, 1996, pp.53 y ss.

⁶³ "Pero resulta que el sexo, que es lo que distingue a las mujeres de los hombres y a los hombres de las mujeres, es precisamente eso, una distinción, porque los sexos se definen como tales precisamente por su diferencia mutua y no por la diferencia de la mujer con respecto al hombre. Es así que la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres: ha hecho que el concepto de igualdad entre hombres presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de sexo presupone diferencia mutua, la igualdad es imposible" A. Facio: Op.Cit. 1992, p.26.

⁶⁴ Con la salvedad de la interpretación que el Tribunal Constitucional hacía en un principio (hasta la STC128/87) del art.14 CE. Hasta dicha sentencia el Tribunal Constitucional interpretaba el principio de igualdad entre los sexos realizando una aproximación "indiferente" al sexo. El TC no distinguía entre principio de igualdad y prohibición de discriminación con lo que su forma de análisis consistía simplemente en enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora de trato entre hombres y mujeres. Lo que provocaba que los varones aparecieran como los auténticos maltratados por el derecho. Ver STC81/82; STC98/83; STC103/83;y STC104/83; STC42/84; STC253/88; STC144/89; STC176/89; STC142/90; STC158/90; STC5/92.

⁶⁵ "El primero toma como objeto de estudio un referente empírico no problemático llamado hombres. El segundo invoca el concepto de valores de género, que no están vinculados a ninguna asunción de la categoría biológica de los hombres o (mujeres). Mientras el primero nos invita a sustituir simplemente las mujeres por los hombres, el segundo invoca ideas acerca de cómo los valores, los patrones y los principios no son nunca libres de su contexto cultural, pero cómo en una cultura falocéntrica algunos valores son tomados como universales y sin género.". C.Smart: Op.Cit. 1994, p.172.

⁶⁶ R. Hamilton, *La liberación de la mujer: Patriarcado y capitalismo*, Península, Barcelona, 1980. S.Beauvoir, *el segundo sexo*, Cátedra, Madrid,1999. B.Friedan, *La mística de la feminidad*, Júcar, Madrid, 1974. Sh.Rowbothan, *Mundo de hombre, conciencia de mujer*, Debate, Tribuna feminista, Madrid, 1977. K.Millett, *Política sexual*, Aguilar, Madrid, 1975. S. Firestone, *La dialéctica del sexo*, Kairós, Barcelona, 1973.⁶⁷ Crítica realizada desde las filas del movimiento feminista marxista, del movimiento feminista negro y del movimiento feminista lesbiano.

media, blanca, heterosexual...⁶⁷ La Mujer se convierte así en una categoría "nada evidente" y progresivamente será sustituida por la de "*las mujeres*", con el fin de visibilizar la diversidad interna de éstas como sujeto histórico colectivo⁶⁸.

En el caso de que fuera posible erradicar el sexismo del sistema jurídico quedaba claro que ello no supondría erradicar otro tipo de opresiones (por razón de clase, raza, orientación sexual...) que también afectan a mujeres y hombres. Con lo que se convertía en un cambio insuficiente o en un lugar no adecuado de cambio. Calificar al derecho de "sexista" presupone que las diferencias sexuales constituyen simples datos que pueden ser superados, variados individualmente. También oscurece la posibilidad de pensar que la "*diferencia sexual*"⁶⁹ es una cuestión básica que manejamos a la hora de comprender y negociar el orden social. La "*diferencia sexual*" constituye una de esas diferencias con las que la "*lógica de la identidad*" conforma una estructura binaria que se expresa a través del lenguaje y sus significados. Si para acabar con la discriminación (desigualdad) debemos acabar con la diferenciación, esto supone que deberíamos ser capaces de pensar al margen de la categoría sexo-género. Pongamos un ejemplo para comprender mejor lo que esto significa. Como ya hemos dicho, la "*diferencia sexual*" es un concepto construido culturalmente sobre un dato biológico como es el de la existencia de dos sexos en el caso de la especie humana. El pensamiento dominante sobre el significado de la "*diferencia sexual*" ha construido cada sexo biológico asignándole a cada uno una serie de características que tienen que ver con todo lo que constituye las relaciones sociales (ideas, instituciones, estructuras, prácticas cotidianas y rituales) y es precisamente esa asignación -el género- lo que construye el sentido de la realidad y no lo que refleja la realidad biológica.⁷⁰

Así, lo que se presentaba como una sencilla tarea de adecuación del lenguaje, se ha perfilado como uno de los problemas más resistentes y profundos de nuestra sociedad.

Como hemos podido observar, una de las mayores dificultades de este enfoque es la que se refiere a la dificultad de encontrar parámetros de "igualdad" (igualdad normativa), es decir, de establecer el término de la comparación, ya que las normas sociales (al igual que las jurídicas) reflejan el modelo de los varones. Así que la verdadera pregunta sería: iguales sí, ¿pero a quién? En un primer momento, la respuesta parecía evidente: iguales al "hombre", pero desde los distintos Movimientos Feministas (en adelante MMFF) europeos pronto se presentarán toda una serie de interrogantes: ¿quieren ser las mujeres tratadas simplemente

⁶⁹ La noción de "*diferencia sexual*" en la teoría feminista, es "*heterogénea y ambigua*" C. Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir. L'idée de nature*, Seuil, Paris, 1992, p.84. Hay tres formas de entender la "*diferencia sexual*": desde el punto de vista patriarcal, desde el "feminismo de la diferencia", y desde el feminismo-materialista. Desde el punto de vista patriarcal y androcéntrico el varón es considerado como lo humano y por ello la "diferencia sexual" es definida como algo inferior y negativo (la Mujer es diferente, inferior...). Desde el feminismo de la diferencia no se critica el concepto de "*diferencia*" del pensamiento patriarcal, sino que se centra en la "*diferencia sexual*" para, desde ahí, establecer un programa de liberación de las mujeres hacia su auténtica identidad, dejando en un segundo plano la referencia al varón. Y, por último, la "diferencia sexual" desde el feminismo materialista. Desde este punto de vista se parte de la realidad empírica de la *diferencia* de las mujeres y se rechaza la búsqueda de la *diferencia* (en el sentido de mística de la feminidad).

⁷⁰J.W.Scott: Op. Cit. 1998.

como hombres?; ¿la igualdad no supone un trato diferente?; ¿es la igualdad la principal meta del feminismo, o hay otros valores por encima de la igualdad que pretende el feminismo?; ¿qué concepto de "*diferencia sexual*" se maneja y cómo se responde a ella?. Y aún más peliagudo: ¿es preciso ignorar la "*diferencia sexual*" cuando se trata de lograr reformas legales?, o al contrario, ¿se deben resaltar las diferencias sexuales y usarse para forzar la "discriminación positiva" de los diferentes (con relación a la norma/varón), para que logren así una cierta igualdad material con los iguales?

De este conjunto de interrogantes podemos deducir que la cuestión de la neutralidad de la norma está directamente vinculada a uno de los problemas centrales del feminismo, el de la igualdad *versus* diferencia⁷¹. La trascendencia del principio de igualdad en la cuestión de la neutralidad de la norma requiere que realicemos alguna aclaración para lo que nos serviremos de la clasificación realizada por A.Littleton⁷² sobre las teorías de la igualdad. Esta autora distingue entre modelos de *igualdad simétricos* y *asimétricos*.

Los modelos de *igualdad simétrica* pueden presentarse en dos versiones. La primera, o de *asimilación*, consistiría en reconocer que las mujeres, si se les da la oportunidad, son o pueden ser realmente como los hombres. La segunda o *andrógina*, también considera que hombres y mujeres podrían ser iguales pero para ello hay que encontrar un término medio y tratar a ambos sexos como se trataría a un andrógino.

Frente a los modelos de *igualdad simétrica* se encuentran los de *igualdad asimétrica*. En estos se considera que no deben ignorarse las diferencias y se argumenta que toda sociedad "*sexualmente igualitaria*" debe ser capaz de tratar la diferencia por problemática que ésta sea. Formarían parte de dichos modelos los cuatro que a continuación enumeramos: el de los "*derechos especiales*"; el de la "*acomodación*"; el de la "*aceptación*" y el de la "*doctrina del dominio*".

1) El de los "*derechos especiales*"⁷³, que constata la diferencia entre hombres y mujeres y afirma que ésta se refleja en una serie de diferencias culturales que tienen como base la biología⁷⁴. Desde este modelo se propone que el hecho de reconocer la existencia de dichas diferencias no debe traducirse en desigualdad para las mujeres. La sociedad debe reconocerlas y no castigarlas por ello. Por ejemplo, tratar igual a las trabajadoras embarazadas

⁷²C. A. Littleton: *Reconstructing Sexual Equality*, en K.Bartlett y R.Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp.34-56.

⁷³ Una de las autoras más reconocidas de esta corriente es T.Stang Dhal, que, ya por los años 70, exactamente en el año 1974 consiguió que el tema del "Derecho de la Mujer" fuera reconocido por la Facultad de Derecho de Oslo como materia autónoma jurídica.

⁷⁴ No en diferencias ontológicas. La noruega T. Stang Dahl, *El Derecho de la Mujer*, Vindicación Feminista, Madrid, 1991. También pertenecerían a esta corriente juristas como R. West (1987) que comparte los presupuestos del denominado feminismo cultural, y también del denominado feminismo relacional Young (1990). Su principal exponente, C. Gilligan (1985), afirma que la experiencia de la maternidad provoca diferencias de género sociales y psicológicas. Dado que las mujeres paren y amamantan tienden a dar más importancia a la inclusión que a la exclusión y al cuidado del otro. Esta "diferente voz" ha sido olvidada o ignorada por el derecho que recoge el valor masculino de la autonomía por encima del valor femenino de la conectividad y el cuidado de los demás. Lo que persigue es incorporar al derecho los valores específicamente femeninos.

que a los trabajadores puede suponer una serie de desventajas para las trabajadoras embarazadas.

2) El de la "*acomodación*", que admite un trato diferencial para las mujeres sólo en lo que se refiere a las diferencias biológicas y en los momentos que sea necesario (gestación, parto, lactancia natural), pero exige un trato igual, o un modelo *andrógino*, para las diferencias culturales o difíciles de clasificar. Se trata de un modelo híbrido que se centra en la simetría, admitiendo la asimetría en caso de necesidad.⁷⁵

3) El de la "*aceptación*", que se centra no en el análisis del carácter de las diferencias (si son reales o no, si son biológicas, si son culturales o si se pueden eliminar), sino en la eliminación de las consecuencias de la "*diferencia sexual*". Se trata de conseguir, a partir de la asimetría de los géneros, una simetría en la sociedad⁷⁶

4) El de la "*doctrina del dominio*", del uso y abuso de las mujeres por parte de los hombres. Dicho modelo rechaza la diferencia como objeto de análisis y se centra en el análisis de la subordinación y el dominio. Toda norma o práctica jurídica que contribuya a la subordinación de la mujer o a su dominio por el hombre viola la equidad. Si por el contrario le dota de poder, realiza la igualdad.

Como hemos tenido ocasión de ver, la caracterización del derecho como "sexista" defendida desde este primer enfoque es una afirmación fundada, pero se puede objetar que no va a la raíz del problema, por lo que resulta imposible ofrecer una solución mediante un lenguaje jurídico que no repare en la cuestión del género. Una vez lograda la igualdad formal y mostrada la legitimidad de la igualdad sustancial se comprueba que los problemas no desaparecen y que hay que volver a pensar las relaciones que se producen entre el derecho y la Mujer. Hay que volver a revisar el discurso jurídico sobre la Mujer, y es así como aparece el segundo enfoque que a continuación vamos a exponer. Desde él se afirmará que el derecho es "*masculino*", afirmación que no entra en contradicción con la hasta ahora examinada –de hecho, coexistirán–, pero que trata de resolver problemas que ésta dejaba sin contestar y no sólo porque no se los había planteado, sino porque era imposible que lo hiciera. Afirmar que el derecho es "*masculino*" es dar un paso adelante en la comprensión de lo que hace el derecho con las mujeres, y lo que pueden hacer las mujeres con el derecho.

2. SEGUNDO ENFOQUE: EL DERECHO ES "MASCULINO"

Desde el comienzo de los años 70 se empieza a afirmar que el derecho no sólo es "sexista" sino que además es "masculino".

En primer lugar, desde este enfoque (y a diferencia del anterior), se acepta el enunciado que describe el derecho como racional, objetivo, abstracto y general (a pesar del lugar que se le otorgó en él a la mujer). También, a diferencia del enfoque anterior, éste rechaza la idea de que lo racional, objetivo, abstracto y general sea mejor que lo irracional,

⁷⁶ Podemos ver una justificación filosófica de esta posición en C. Amorós, *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y post-modernidad*, Cátedra, Madrid, 1997, pp.287-293 bajo el título "La discriminación positiva como interrupción de las interrupciones".

subjetivo, concreto y particular; y se considera que el derecho no padece ningún "error de apreciación" cuando se refiere a las mujeres.

En segundo lugar, afirma que no es que lo racional, abstracto y general sean categorías construidas inadecuadamente en relación a los sexos, por el contrario, son categorías comprometidas con los intereses de los varones en la medida en que colaboran en el mantenimiento del sistema de "dominación masculina"⁷⁷ sobre las mujeres. El derecho, en tanto que encarna estos valores, se compromete con el sistema de dominación ya que "las formas de dominio que se han empleado sobre las mujeres se han desarrollado social y económicamente, antes de la aplicación de la ley, sin actos estatales expresos, a menudo en contextos íntimos"⁷⁸. El derecho es "masculino" porque la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. Según esta propuesta, la objetividad es tanto una norma masculina, como la imagen misma del derecho. El derecho no sólo refleja la sociedad en la que los hombres dominan a las mujeres, sino también en la que las dominan de forma masculina. Pero, ¿en qué se fundamenta esta idea de que el derecho es "masculino"?, y ¿cómo han conseguido los varones configurar el derecho a través de sus valores?. La respuesta a estas preguntas la elaboran quienes defienden esta hipótesis desde la constatación empírica de que la mayoría de los legisladores, jueces, abogados y demás operadores jurídicos son efectivamente hombres. La idea puede parecer no sólo simple sino simplista, pero no lo es, ya que cuando se califica al derecho de "masculino" se va más allá de la simple constatación de que sean efectivamente los hombres los que lo hayan conformado. Lo que en realidad se quiere desvelar es que al presuponerse la masculinidad de los varones, ésta ha sido incorporada a los valores y prácticas que orientan el derecho. Poco a poco la formulación de la masculinidad del derecho se convierte en una caracterización más sutil, más "cultural" que "estadística". Por eso, en la actualidad, al calificar el derecho de "masculino" no se precisa que los actores jurídicos tengan un determinado sexo biológico.⁷⁹

Los argumentos que desarrolla Mackinnon, principal representante de este enfoque, se orientan hacia la demostración de que los ideales de objetividad y neutralidad con los que se

⁷⁷ En su reciente texto, P. Bourdieu, *La domination masculine*, Seuil, París, 1998, analiza dicho sistema examinando a través de qué mecanismos e instituciones (Familia, Iglesia, Escuela o Estado) se lleva a cabo el trabajo de reproducción social de la dominación masculina.⁷⁸ C.A. Mackinnon, Op. Cit., 1995, p.287.

⁷⁹ La principal representante de este enfoque C. A. Mackinnon: Op.Cit., 1995, basa la diferencia entre el hombre y la mujer en la subordinación jerárquica en la que la mujer se encuentra. No importa saber si el dominio es el resultado de la diferencia o la diferencia el del dominio, lo que importa es acabar con éste. Mackinnon propone un cambio de paradigma: pasar de las diferencias biológicas, de experiencias, de esencias... a la única que importa: la diferencia de poder. En la obra de R. Rorty, *Pragmatismo y Política*, Paidós, Barcelona, 1988, este autor acusa a Mackinnon de "realista" cuando ésta dice que "Creo que el problema real del feminismo no radica en que los machos biológicos o las hembras biológicas estén en puestos de poder, aunque es absolutamente indispensable que las mujeres estén ahí. Y con esto no quiero decir que los puntos de vista tengan genitales. Mi argumento es cuáles son nuestras identificaciones, cuáles nuestras lealtades, quién es nuestra comunidad, ante quién somos responsables. Si esto no parece muy concreto, creo que se debe a que no tenemos idea de lo que las mujeres podrían decir como mujeres. Propugno para las mujeres un papel que todavía tenemos que construir, en nombre de una voz que, al no ser acallada, puede decir algo nunca antes escuchado" Mackinnon: Op.Cit. 1995, p.185.

caracteriza al derecho son, dentro de una sociedad patriarcal, valores masculinos que han sido tomados como valores universales. Una de las consecuencias de este enfoque será considerar, a diferencia del anterior, que el derecho no fracasa al aplicar al sujeto mujer los criterios objetivos con los que se caracteriza. El derecho no padece un "error de apreciación" que puede ser subsanado. Lo que hace el derecho es aplicar criterios objetivos, y el problema reside en que estos criterios son masculinos. Por esto, insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad conlleva, irónicamente, insistir en ser juzgado bajo valores masculinos. Investigadoras como Gilligan⁸⁰, se han dedicado a observar y analizar cómo las mujeres han desarrollado valores propios como por ejemplo el cuidado de las personas y la capacidad de escuchar proponiendo que se conviertan también en parámetros legítimos para juzgar a mujeres y hombres.

Se puede afirmar con rotundidad que esta concepción del derecho implica un rechazo casi absoluto de la reforma jurídica como instrumento de cambio. Mackinnon afirma que el derecho refuerza tanto más la distribución existente del poder cuanto más se adhiere a su propio ideal de imparcialidad. Una de las consecuencias más relevante de mantener esta posición sería la que considera inútil articular los agravios (las desigualdades de las mujeres) en términos de "*igualdad de derechos*" e "*igualdad de oportunidades*". De este enfoque se puede deducir que limitarse a este tipo de reivindicaciones supone otorgar una aprobación tácita al orden social existente y renunciar al objetivo más global de provocar cambios más radicales en la sociedad. Así, desde esta perspectiva lo que queda comprometido es la propia práctica jurídica, ya que ésta, como el resto de formas de acción jurídica, sólo sería realmente efectiva cuando se encuadrara en un contexto que abarcara cambios sociales globales de orden cultural, social, económico... Algunas de las teóricas que defienden esta posición⁸¹ argumentan que polemizar en los juicios no puede conducir a la transformación social porque, al confiar y sostener el paradigma del derecho, se mantiene y se refuerza el paradigma del patriarcado. Para eliminar el patriarcado, debería desafiarse y transformarse el poder masculino de la ley.

Si desde el derecho es "sexista" se afirmaba que para que el sujeto de derecho cumpliera adecuadamente sus aspiraciones de abstracción y universalidad debería incluir a las mujeres, desde el derecho es "masculino" se propone que es la propia idea de "*sujeto abstracto y universal*" la que debe abandonarse si se quiere responder de forma adecuada a las necesidades de las mujeres.

Por esta razón, la problemática en torno al sujeto de derecho también será relevante desde esta nueva posición teórica.

2.1 El sujeto de derecho: el hombre

Para quienes comparten la idea de que el derecho es "masculino", las teóricas feministas que defienden la jerarquía de las dicotomías y dedican sus esfuerzos a demostrar

⁸¹ D. Lacombe, "Un genre trouble: le féminisme, la pornographie, la réforme du droit a la thèse de la reproduction de l'ordre social, in *Déviance et Société*, vol. XVI, n.3, 1992 pp. 38-57. T. Pitch, "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista", *Democrazia e diritto*, n.2, 1993. pp. 3-47. L. Cigarini, "Libertà femminile e norma", en *Democrazia e diritto*, n.2, 1993. pp. 95-98. Librería de Mujeres de Milán, *No creas tener derechos*, horas y HORAS, 1991.

que las mujeres deben ser incluidas en la parte noble de ellas no consiguen más que una "asimilación" de las mujeres a través de las normas, modos de conducta y expectativas masculinas. Ahora bien, entienden claramente que este proceso no es ni natural ni inevitable y por ello plantean posibles alternativas entre las que podemos encontrar la de abandonar la idea de sujeto abstracto y universal y sustituirlo por la idea de sujeto que propone Benhabib y que denomina el "otro concreto"⁸²; o el que plantea Amorós y que denomina "sujeto verosímil"⁸³. Una lectura cuidadosa de la crítica de Mackinnon al ideal liberal del derecho nos permite señalar una doble cuestión referente a la idea de "sujeto" en general y de sujeto de derecho en particular.

La primera es que según la autora el objetivo de convertirse en individuos no ha sido elegido por las mujeres. La segunda, que el contenido de lo individual ha sido formulado con relación al entendimiento y a los valores masculinos, y por eso la petición al derecho de que permita a las mujeres ser individuos se traduce inexorablemente en la petición de que deje a las mujeres ser hombres. La crítica que se puede realizar a estos planteamientos es la siguiente. Se podría estar de acuerdo, con las feministas que aceptan el esquema liberal del derecho, en que el objetivo es conseguir que las mujeres sean individuos, y no estarlo en que ello signifique necesariamente que se alienta a las mujeres a ser hombres. Veamos, antes de proseguir, qué proceso conceptual conduce a Mackinnon a afirmar que pretender que las mujeres sean consideradas por el derecho como individuos es una postura "asimilacionista", en el sentido expresado hasta el momento de pretender que las mujeres sean hombres.

Es preciso que nos remitamos a la idea de sujeto neutro respecto del sexo que tiene sus orígenes en la Ilustración y la consagración occidental del hombre racional individual como centro del universo. Según las teorías liberales clásicas del contrato, la sociedad humana en cuanto sociedad tiene su fundamento o condición de posibilidad en un "pacto" o "contrato" entre "individuos"⁸⁴. Una vez que los *individuos* del "estado de naturaleza" (seres pre-sociales) realizan el pacto sobre el respeto de los derechos de unos y de otros⁸⁵ aparece la

núm.48, enero-febrero 1992

⁸³ C. Amorós: Op.Cit., 1997, pp.19-85.

⁸⁴ En la voz "persona" del diccionario de filosofía de J. Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid, 1984, se establece la siguiente distinción entre los términos "persona" e "individuo". "El término 'individuo' se aplica a una entidad cuya unidad, aunque compleja, es definible negativamente. Algo o alguien es individuo cuando no es otro individuo. El término persona se aplica a una entidad cuya unidad es definible positivamente y además con 'elementos' procedentes de sí misma.". En lo que se refiere a los seres humanos el *individuo* sería una entidad psico-física determinada completamente (una entidad natural), y la *persona* sería algo más, es decir, la persona tendría su base en una entidad psico-física pero con libertad e independencia de los mecanismos de la Naturaleza (la persona es un ser o una entidad no natural).

⁸⁵ C. Pateman indica acertadamente en su obra, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, que previo al contrato social se da un contrato sexual que se adscribe a la naturaleza pues no tiene la capacidad de engendrar sociedad, pero sin el cual el contrato social sería imposible, ya que las mujeres son el objeto y no el sujeto del contrato. "De acuerdo con Pateman, el contrato social, cuyo sujeto son los varones, oculta la previa exclusión de las mujeres mediante un 'contrato sexual' en el que éstas intercambiarían con aquéllo protección por servidumbre. Si el contrato social explica para los teóricos políticos del 'patriarcado fraterno' la génesis de la esfera pública, el <<contrato sexual>> se encontraría en el origen de la privada, ámbito donde 'el desorden de las mujeres' es controlado como condición para constitución de la vida cívica" C.Amorós: Op.Cit.,1997, p.175.

sociedad compuesta ya no por "*individuos*", sino por "*personas*" ("*individuos libres*", seres sociales no determinados absolutamente por la naturaleza, puesto que la realización del pacto se hace libremente). Bien, éste es el esquema clásico liberal de cómo surge la sociedad, o de cómo se pasa del "*estado de naturaleza*" a la "sociedad", de cómo los "*individuos*" (pre-sociales) se convierten en "*personas*" (seres sociales libres).

La crítica de Mackinnon ⁸⁶ se centra en señalar el error conceptual que se comete en la teoría del contrato ya que ¿cómo el "*individuo*" , un ser pre-social absolutamente determinado, puede realizar un pacto libremente?. Los que realizan el pacto, aunque sean llamados "*individuos*", necesariamente han de ser "*personas*" de lo que ella deduce que conceptualmente "*la persona*" lo mismo que el "*individuo*" es un ser "pre-social" (previo al contrato). Es decir, conceptualmente el individuo precede a la sociedad, y en la medida que los individuos son pre-sociales las "personas" "*nacen, no se hacen*", puesto que el "*individuo*" no puede hacer (crear), sólo puede "*reproducir*" (determinación natural). Las *personas* son creadas, por un Creador con unos derechos inalienables como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Estos derechos no son adquiridos, concedidos, o desarrollados; los individuos poseen ya los derechos simplemente por el hecho de ser individuos. Son Derechos Naturales. Si ésta es la idea de persona, es perfectamente entendible que al aceptarla se haga para todos, es decir, se quiera ampliar para que englobe también a las mujeres. Pero resulta que tal pretensión, la de la ampliación, crea una paradoja conceptual. Veamos por qué.

Consideremos por una parte la idea de S. de Beauvoir de que "*la mujer no nace, se hace*", que es probablemente el aforismo más ampliamente aceptado a lo largo de la historia intelectual feminista occidental de la segunda mitad del siglo XX. Consideremos por otra parte, que según la crítica realizada a las teorías clásicas liberales del contrato, las *personas* son pre-sociales, es decir, no se hacen, puesto que han sido creadas. Pues bien, si aceptamos las dos premisas anteriores no nos queda más remedio que concluir que las mujeres no son personas. Ya que si para ser persona debes ser creada, y las mujeres no lo son, no nacen, sino que se hacen, entonces las mujeres no pueden ser personas. Mackinnon asume esta posición y propone una re-significación del término "persona". Propone una estrategia consistente en separar la idea de Mujer, de la idea de "individuo al que le ocurre que es mujer". La idea de Mujer (la mujer no nace, se hace) que es elaborada o construida , podría por lo tanto estar incorrectamente elaborada. Los individuos mujeres son pre- sociales, pero el concepto de "mujeres" está socialmente formulado o elaborado. De esta forma, nos dice que, a lo que se aspira, no es a convertir o a hacer que las mujeres sean individuos (es decir seres pre-sociales), sino a destapar o descubrir la individualidad de las mujeres, la cual ha sido ocultada por incorrectas, tópicas e irracionales ideas de lo que la "*feminidad o el sexo femenino*" significa.

Mackinnon señala lo limitado de las teorías del contrato y del individuo neutro de cara a explicar la situación de desigualdad en la que socialmente son colocadas las mujeres, y su limitada operatividad ya que sólo podrán ser resueltas aquellas cuestiones que se encuentren

⁸⁶ C.A. Mackinnon, Op. Cit, pp. 277 y ss.⁸⁷ El feminismo radical se desarrolló en EE.UU entre los años 1967 y 1975 siendo sus teóricas más importantes K. Millet con su obra *Política sexual*, Aguilar, Madrid,1975 y S. Firestone con su obra *La dialéctica del sexo*, Kairós, Barcelona,1973.

dentro de los márgenes que determina el liberalismo. Las mujeres que, como se ha señalado, “no nacen, se hacen”, serán sólo aquellas que actuarán como individuos, las que se desmarcarán de su genérico. Desafortunadamente, esto sólo funciona cuando los iguales, los hombres que ya poseen el status de individuos, reconocen la conducta de las mujeres como una conducta que corresponde a un "individuo" y no a un "genérico". Es decir cuando la consideran un igual y no una idéntica. Sigue existiendo heterodesignación.

Tanto las feminista radicales⁸⁷ como Mackinnon, como las mujeres que se adscriben al movimiento de C.L.S⁸⁸ critican las restricciones inherentes al enfoque liberal sobre el individuo. Desde la constatación de que el individuo es el centro de la teoría liberal, afirman que tratar cuestiones de "clase" (grupo) es difícil, si no imposible, dentro del sistema legal desarrollado por el liberalismo. Si además, como ya hemos señalado, se asume la afirmación de que el "individuo" es pre-social, nos encontramos con que el contexto social es tangencial, si no irrelevante. Las teóricas del CLS señalan que separar lo individual de su contexto social en los juicios ante los tribunales hace que se dejen fuera del caso concreto que se esté tratando muchos elementos necesarios para su resolución. Un ejemplo nos ayudará a entender mejor esta idea.

Consideremos la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional en la STC145/91⁸⁹, sentencia en la que se introduce en el ordenamiento jurídico español el concepto de "*discriminación indirecta*" inexistente hasta ese momento. En dicha sentencia se contempla la prohibición de discriminación por razón de sexo como “*signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica se conecta también con la noción sustancial de igualdad*” (F.J. 2). El argumento transcrito permitirá ampliar la noción de discriminación. Si hasta ese momento se consideraba que la discriminación por razón de sexo era sólo un “*tratamiento diferenciado perjudicial en razón de sexo, cuando éste sea objeto de consideración directa*”; a partir de esta sentencia se ampliará la noción genérica de discriminación al introducirse la de “*discriminación indirecta*”, entendida como “*tratamiento formalmente no discriminatorio del que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual*”.⁹⁰

⁸⁹ En la sentencia en cuestión, STC145/91 de 1 de julio, las recurrentes en amparo son limpiadoras de un hospital público que solicitaban les fuera otorgado el mismo salario que a los peones del mismo hospital.

⁹⁰ “*Es decir, cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el art.14 CE considera discriminatorias (en este caso, el sexo) y tal invocación se realice precisamente por una persona que sea miembro del colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación (en este caso, las mujeres), el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferencia formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE, que pudiera reflejar, en realidad, ‘infravaloraciones sociales y económicas del trabajo femenino’* F.Rey, Op.Cit,1995, p. 15.

Los esfuerzos orientados a convertir a las mujeres en individuos, durante el periodo que va desde los años 60 hasta finales de los 70, se canalizaban a través del sistema legal mediante la petición de igualdad, por lo que quedaban atrapados dentro de los límites de ese sistema. La estrategia de centrar las reivindicaciones dentro del ámbito de lo jurídico no ofrece una salida satisfactoria, puesto que esta posición contiene en sí misma una tensión irresoluble. El análisis que configura la posición teórica feminista según la cual el derecho es “masculino”, es decir, el que considera que “las mujeres” constituyen un grupo (clase)⁹¹ -y no simplemente una agrupación de individuos- traiciona su apuesta por el individuo. Dicho de otra manera, traiciona la idea de que las mujeres *son* realmente individuos y que sólo ellos (y no los grupos/clases) tienen derechos y responsabilidades. Desde este enfoque se realizan esfuerzos para convivir con esta contradicción puesto que se llevan a cabo reclamaciones en nombre de individuos mujeres que han sido incorrectamente tratados como “mujeres”.

Por ejemplo, en EE.UU, una serie de normas que restringían el peso y la altura mínimas de los guardas de prisión impedían a mujeres individuales que eran lo bastante fuertes como para optar a ese trabajo ser tratadas como individuos cuya cualificación para ser guardias de prisiones podía ser fácilmente evaluada. Estas normas fueron recurridas por atentar contra el principio de “*igualdad de oportunidades*” y las restricciones fueron derogadas. Pero cuando no hay referente masculino, es decir, cuándo los tribunales no ven a los querellantes más que como mujeres, las restricciones permanecen. En el mismo proceso en el que se recurrieron las normas que restringían el peso y la altura mínima para acceder al trabajo de guarda de prisión, también se recurrió otra restricción: la que limita *per se* la posibilidad de las mujeres de ocupar puestos en los que se produzca o pueda producirse contacto o choque con los internos. En este caso el tribunal mantuvo la restricción porque encontró que el grupo “mujeres” como tal –y no necesariamente uno de sus miembros, era vulnerable al ataque sexual.

Mackinnon rechaza este compromiso que se da con lo individual en detrimento del que se da con el grupo (clase), al entender que no está justificado. Pero su rechazo no se debe a que piense que las mujeres no quieren, o no querrían, ser individuos. Mackinnon no acepta los análisis basados en el individuo porque cree que sólo un análisis fundamentado en el grupo/clase puede recusar con éxito el contenido predominantemente masculino de muchos conceptos incluido el de “*individuo*”. A pesar de que la autora valora los intentos de quienes partían del postulado de que el derecho es “sexista” para extender los límites del liberalismo, su crítica básica hacia el mismo no puede refutarse⁹². Según ella, mientras el liberalismo sea la guía, el contenido masculino del actual concepto de *individuo* seguirá influyendo en el razonamiento y en el resultado de las sentencias. El liberalismo no puede ofrecer más que una imagen vacía de la *persona*, un vacío que será llenado por aquellos que estén en el poder. Es cierto que el liberalismo no legitima el contenido masculino de dicha imagen, pero carece de mecanismos para cambiar lo que ya está ahí. Mackinnon va incluso más lejos ya que, si se pudiera encontrar un camino para desafiar el contenido masculino del concepto de *individuo*,

⁹² Un intento de acercar posiciones entre el feminismo liberal y el feminismo radical en el ámbito jurídico lo tenemos en M. F. Böhmer, “Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible”, en *Doxa*, 13, 1993, pp.179-190.

se estaría todavía, según ella, persiguiendo un objetivo (el individualismo) que no se ha desarrollado mediante el método feminista⁹³.

Esta autora propone un concepto de "sujeto colectivo" alejado de la idea del "sujeto individual" para definir el "sujeto de derecho". Parece que podría fundamentar este "sujeto colectivo" en los datos que aportan las mujeres que han encontrado un profundo significado de ellas mismas en la relación con otros, especialmente con los hijos⁹⁴. Ahora bien, Mackinnon está imposibilitada para presentar este argumento particular sobre la verosimilitud de "lo que quieren las mujeres", puesto que insiste en que lo que las mujeres son y han sido es la encarnación de los intereses del hombre: <<las Mujeres aprendieron que los hombres las ven y tratan desde su ángulo de visión, y aprendieron el contenido de esa visión. Todos estos detalles juntos revelan y documentan el tipo de mundo que habitan las mujeres socialmente y algo de lo que para ellas supone habitarlo, cómo las mujeres son privadas sistemáticamente de su yo y cómo ese proceso de privación constituye la socialización de la femineidad>>⁹⁵. Para la autora, lo que se haya amado hasta ahora no nos dice nada sobre lo que se pudiera amar si las mujeres fueran libres de definirse a sí mismas.

2.2: La norma es "masculina".

Uno de los conceptos fundamentales desarrollados por la teoría feminista es el de *androcentrismo*, que podemos definir por el momento, y sin ningún ánimo de exhaustividad, como un sesgo teórico e ideológico que consiste en ver el mundo desde lo masculino, tomando al varón como parámetro o modelo de lo humano⁹⁶.

Como ya hemos señalado en el apartado anterior, la cuestión no se refiere exclusivamente a la constatación empírica de que la mayoría de los legisladores, jueces y demás operadores jurídicos sean varones, sino que lo que también se dice es que tienen en la mente el modelo de lo humano (que es el varón) cuando elaboran, promulgan y aplican leyes, o cuando elaboran las doctrinas y principios que sirven de fundamento a su interpretación y aplicación. Desde este enfoque se mantiene que es un error pensar que las normas jurídicas (leyes, disposiciones...) son neutrales, es decir, que se dirigen igualmente a hombres que a mujeres y que conllevan para ambos sexos los mismos resultados o efectos. Por una parte tenemos que las normas, al tener como referente al varón, no reflejan las necesidades, potencialidades y características de las mujeres⁹⁷. La creación en la actualidad de normas en el

⁹⁴ Las propuesta de Gilligan: Op.Cit.,1985 sobre la ética del cuidado que funciona en las mujeres, además de la ética de los principios que han desarrollado los varones.

⁹⁵ K. A Mackinnon, Op. Cit., 1995, p. 164.

⁹⁶ La definición de androcentrismo, propuesta por M. Molyneux es la siguiente: "un sesgo teórico e ideológico que se centra principalmente y a veces exclusivamente sobre los sujetos hombres y sobre las relaciones que han establecido entre ellos. En Ciencias Sociales esto significa una tendencia a excluir a las mujeres de los estudios (...) y a acordar una inadecuada atención a las relaciones sociales en las que se encuentran inmersas(...) La no consideración de las relaciones sociales en las que los agentes mujeres se encuentran implicadas significa que ciertas relaciones sociales cruciales son mal definidas y que otras no son identificadas. Esto (...) pervierte necesariamente los argumentos propuestos que conciernen a las características generales de la formación (social y económica) que está en causa" M. Molyneux: Op.Cit.,1977, pp.9-10.

⁹⁷ Según A. Facio, el que las normas jurídicas reflejen una cierta parcialidad a favor de los hombres se debe a que todo el sistema jurídico es androcéntrico, y esto no porque así lo decidieran en un momento histórico

derecho positivo que se refieren a los malos tratos, al acoso sexual, a la violación, al aborto..., no se debe a que sean hechos que se dan ahora por primera vez, sino que por primera vez ahora se considera que aquello que afecta mayoritariamente o en exclusiva a las mujeres, también debe ser regulado por normas jurídicas.

Según MacKinnon, *"el legalismo liberal"* hace que la dominación masculina sea invisible y esté legitimada al adoptar el punto de vista masculino en las leyes al mismo tiempo que impone esa visión a la sociedad, a pesar de que estas cualidades en la ley pueden, paradójicamente, ser un tipo de fuerza positiva. Por este motivo hay que revisar la ley positiva con la comprensión de que las formas masculinas de poder sobre las mujeres están incorporadas positivamente a ella como derechos individuales: *"Los hombres son soberanos en la sociedad de la forma en que Austin describe la ley como soberana: 'una persona o un grupo cuyas órdenes son habitualmente obedecidas y que no suele obedecer a nadie'. Los hombres son el grupo que ha tenido autoridad para hacer las leyes, encarnando la <<regla de reconocimiento >> de H.L.A.Hart que, según su idea, confiere autoridad a la ley"*⁹⁸. El enfoque que permite ver la norma positiva como masculina constituye el fundamento que posibilita el cambio de la ley.

Para MacKinnon las categorías legales existentes son sospechosas, en gran parte, porque reflejan la lógica supremacista masculina, lógica que no tiene en cuenta las perspectivas de la mujeres. Según la autora, el punto de vista del *"observador imparcial"* refleja el punto de vista de aquellos que disfrutaban del poder de convertir su subjetividad en la norma *"objetiva"* y no sólo excluye, sino que desacredita, los puntos de vista de las mujeres que nunca han disfrutado de tal poder⁹⁹.

Diremos entonces que las normas formalmente promulgadas son masculinas fundamentalmente por dos razones: 1) porque parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino, regulando aquello que les afecta a los varones básicamente; 2) porque promulgan normas *"protectoras"*¹⁰⁰ para la Mujer, que responden a las necesidades que tienen los hombres de que ésta se mantenga en la posición social que ellos consideran la adecuada.

determinado, beneficiar a los varones en detrimento de las mujeres, sino porque el sistema jurídico es uno de los productos sociales del patriarcado. El hecho de que sólo los hombres hasta épocas bien recientes hayan podido ser ciudadanos ha determinado que sólo ellos pudieran dictar y aplicar leyes, con lo que la exclusión de las mujeres de los órganos de creación y aplicación del derecho ha garantizado a lo largo de la historia que las necesidades sentidas por los varones fueran las únicas tenidas en cuenta a la hora del quehacer jurídico y que las de las mujeres no fueran motivo de dicho quehacer. A. Facio: Op.Cit., 1992, pp.72 y ss.

⁹⁸ C. A Mackinnon, Op. Cit, 1995, p. 302.

⁹⁹ K.Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry*, vol 16,nº2, 1991, pp.387 ss. La reflexión que realiza esta autora es que, paradójicamente, el apoyo para las demandas legales proviene principalmente de la legitimación de una fuente que ha sido excluida o desacreditada hasta este momento; la experiencia de mujeres cuyas vivencias de "uso y abuso" son características de la situación normal de las mujeres.

¹⁰⁰ En el caso del ordenamiento jurídico español el TC ha estimado la ilegitimidad constitucional de determinadas normas que sólo en "apariencia favorecían a las mujeres cuando en realidad respondía a la idea que los hombres tienen de las mujeres. STC207/87 se declara inconstitucional la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta el derecho al retiro anticipado. No respondía a las necesidades de las mujeres, sino a la idea de los varones de que una auxiliar de

Gran parte del trabajo teórico de MacKinnon se centra en desenmascarar esta situación a la vez que establece las condiciones previas necesarias para que las necesidades y experiencias de las mujeres lleguen a formar parte del sistema jurídico, redactando decretos contra la pornografía o presentando demandas en contra del acoso sexual. Cuando MacKinnon redacta una ordenanza¹⁰¹ o arguye en favor de una nueva clase de demanda, es capaz de obtener sus formulaciones de la experiencia femenina y así lograr distanciarse lo más posible de las categorías legales diseñadas por el Hombre que niegan tal experiencia.

Los trabajos en los que MacKinnon redacta normas que se convertirán en modelos que se proponen a los legisladores son también distintos de la legislación coercitiva normal en muchas de las direcciones o tendencias ligadas al círculo de los más inmediatos responsables de la legislación¹⁰². Sus demandas eligen como blanco prácticas especiales de tal forma que permiten que toda la sociedad repare en el gran problema de la subordinación sexual. La contribución de su trabajo sobre el acoso sexual no fue meramente el hacer que pudiera llegar a procesarse al acosador, sino mostrar que no es ni "flirteo" ni "atracción mutua" sino una forma de "discriminación sexual". La ordenanza sobre la pornografía, trata a ésta no como un discurso o lenguaje protegido, sino como un acto que vuelve objetos y sexualiza esa objetivación de las mujeres. Sus propuestas guían a las mujeres por un camino que busca transformar la visión que tienen de ellas mismas. Con la creación de nuevos motivos de proceso por perjuicios que habían estado ocultos, se da carta de credibilidad a experiencias

vuelo debe ser "joven". Respecto a otras normas de otros ámbitos del derecho pero basadas en el mismo esquema. STC142/90, STC28/92, STC 3/93, STC315/94, STC317/94...

¹⁰¹ Por ejemplo la ordenanza aprobada por el Consejo del Ayuntamiento de la ciudad de Minneapolis e Indianápolis. Las encontramos en "The Minneapolis Civil Rights Ordinance, with Feminist Amendment", en *Constitutional Commentary*, vol.2,1985, pp181 ss. Y W.Brigman, "Pornography as Group Libel: The Indianapolis Sex Ordinance" en *Indiana Law Review*, vol.18,1985,nº2, pp.479 ss.¹⁰²Sólo recordar que gran parte del trabajo desarrollado por Mackinnon coincide con la época en la que Regan fue presidente de EE.UU. y en la que una ola conservadora y reaccionaria impulsó a gran parte de la sociedad norteamericana a iniciar una campaña en contra de la pornografía, constituyendo el "movimiento antipornografía" del que Mackinnom era junto con otras un referente indiscutible.. C.V.,Vance en *Placer y peligro*, Revolución, Madrid, 1989, señala los peligros que conlleva para las mujeres cualquier recorte de libertad y, entre ellos, la censura de la pornografía. En la contraportada del libro aparece una de las tesis del feminismo que defiende esta posición "el feminismo debe entender el placer como una afirmación vital, una fuente de poder, deseoso de futuro y de contacto humano, y no temerlo como algo destructivo, debilitador o corrupto". Para una discusión sobre la cuestión de la pornografía ver. J.F.Malen Seña, "Pornografía y feminismo radical", en *Doxa*, 12, 1992. R.Osborne, "Liberalismo y feminismo:¿un dilema para las mujeres? respuesta a Jorge Malem", en *Doxa*, 13, 1993. J.F.Malem, "Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne", en *Doxa*, 13, 1993, pp.301-314.

subjetivas que de otro modo, llegado el caso, hasta las propias mujeres que las vivían podían dudar de su existencia. Las normas que la autora redacta permiten a las mujeres presentar demandas en nombre propio, permitiéndolas verse a sí mismas, por lo menos en este contexto, como responsables o sujetos activos de sus propias vidas más que como objetos de la interpretación que otros hacen de sus vidas.

Sin embargo, muchas de las ventajas que ofrece el trabajo de MacKinnon como redactora de leyes, se convierten en desventajas cuando se trata de ejercer como abogada. Los extensos y radicales mensajes que estas demandas expresan son raramente bien aplicados ya que cuando aparecen cuestiones conflictivas, la permisividad del pensamiento convencional opera de tal forma que demandantes potenciales comienzan a dudar de que hayan sido esclavizados por los tratantes de pornografía. De la misma forma, los tribunales tienden a confundir el "acoso" con el "flirteo". Esto se debe a que todos los implicados pasan por alto la conexión entre estas "ofensas" y la violación, violencia doméstica y otros síntomas de subordinación sexual. Si estas demandas quieren ser instrumentos efectivos para restringir las prácticas ofensivas, y si sus amplios mensajes quieren ser entendidos, deben apoyarse en la clase de conciencia de la que surgen estas demandas. De este modo, la creación de nuevas demandas permite que el trabajo jurídico de MacKinnon se convierta también en un discurso público en nombre de un cambio legal inspirado en el feminismo.

De la misma forma que en el primer enfoque, según el cual el derecho es "sexista", en este segundo enfoque donde se caracteriza el derecho como "masculino" nos encontramos con un conjunto de diferentes posiciones teóricas más o menos elaboradas. Desde el pionero trabajo de Gilligan¹⁰³ hasta los trabajos de Benhabib, Young Mossman, éstos están encuadrados en la fructífera relación entre la teoría feminista y la teoría crítica¹⁰⁴ que, desde una crítica de las tradiciones modernas, destacan la exclusión de la teoría del derecho de los valores asociados con el cuidado de los otros (tradicionalmente vinculados con "lo femenino"), en beneficio de valores asociados con ideas de imparcialidad y objetividad (tradicionalmente asociadas con "lo masculino").

Una de las autoras críticas con los planteamientos de Mackinnon, es Smart, quien planteará algunas objeciones ante el enfoque que caracteriza al derecho como "masculino". La primera de ellas es la de que *"en vez de problematizar y llegar a un acuerdo sobre las contradicciones internas del derecho, perpetúa la idea de que el derecho es una unidad"*¹⁰⁵. La segunda objeción consiste en afirmar que dicho enfoque *"presume de que cualquier sistema basado en valores universales y en una toma imparcial de decisiones (pero que actualmente se revela como particular y parcial) obedece de una manera sistemática a los intereses del hombre como un categoría unitaria"*¹⁰⁶. Estas dos críticas pretenden incidir en lo problemático de una posición que llegaría, en su defensa extrema, a convertir en incongruente el propio proyecto feminista de cambiar la situación social de las mujeres. Si el derecho es monolíticamente masculino, si no existen fisuras en él, si siempre favorece los

¹⁰⁴ S. Benhabib y D. Cornella: Op.Cit., 1990.

¹⁰⁵ C. Smart, *Op. Cit*, 1994, p. 174.

¹⁰⁶ C. Smart, *Op. Cit*, 1994, p. 174.

intereses de los “hombres” como categoría homogénea, y perjudica los de las “mujeres”, el cambio en las relaciones sociales entre los sexos se hace imposible. Además la posición mantenida por Mackinnon parece no reparar lo suficiente en el hecho señalado por la propia teoría feminista de que la actual idea de universalidad responde a una “falsa universalidad”¹⁰⁷. Smart apuesta, aún a sabiendas de la dificultad, por introducir elementos de relatividad en las categorías en apariencia monolíticas de Hombre y Mujer y propone ver cómo el derecho crea categorías generizadas que afectan a hombres y a mujeres de distinta o de igual manera.

El enfoque que a continuación vamos a exponer recoge la propuesta que acabamos de enunciar según la cual el derecho tiene “género” y crea género, es decir, elabora categorías jurídicas generizadas.

3. TERCER ENFOQUE: EL DERECHO TIENE "GÉNERO"

El tercer enfoque crítico feminista referido al derecho rechaza la superioridad de lo racional, lo objetivo..., sobre lo irracional, subjetivo..., y niega que el derecho sea o pueda ser racional, objetivo, abstracto y general. Las feministas que se adhieren a esta posición¹⁰⁸ se encuentran en parte de acuerdo y en parte en desacuerdo con los dos enfoques hasta ahora expuestos. Desde esta perspectiva se relativizan en exceso, desde nuestro punto de vista, los beneficios obtenidos por las feministas que propugnan la reforma jurídica en nombre de los derechos de las mujeres. Además se pone en cuestión el papel jugado por la teoría jurídica abstracta a la hora de obtener estos beneficios. Para quienes postulan que el derecho tiene “género”, el razonamiento jurídico y las batallas jurídicas no se pueden separar radicalmente del razonamiento político y moral y de las batallas políticas y morales.

Desde este enfoque, se dice que el derecho resulta a menudo ideológicamente opresivo para las mujeres pero, a pesar de ello, se rechaza calificarlo como “masculino”. El derecho no tendría para estas teóricas una naturaleza esencial o inmutable. Se entiende el derecho como una forma de actividad humana, una práctica realizada por personas, y no está de más reconocer que dicha práctica la realizan fundamentalmente hombres. Se constata así que los hombres que practican esta actividad realizan afirmaciones acerca de lo que están haciendo que no siempre son verdad, o que por lo menos pueden no serlo. En la medida en que el derecho ha estado dominado por los hombres, las características asociadas a las mujeres han sido oscurecidas, pero no eliminadas. El derecho no sólo no es “masculino”, sino que además es tanto irracional, subjetivo, concreto y personal, como racional, objetivo, abstracto y general. Bajo esta doble afirmación desarrollarán su actividad teórica autoras como las ya mencionada Smart y, Buttler o Fuss¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Entre las teóricas feministas que apuestan por este enfoque nos encontramos con W.Hollway, "Gender Difference and the Production of Subjectivity" en Henriques eta al. (comps.), *Changing the Subject*, Methuen, Londres, 1984; H. Allen, *Justice unbalanced: gender, psychiatry and justicial*, Open University Press, Milton Keynes, Philadelphia, 1987; D. Riley, *Am I That Name?*, Macmillan, Londres, 1988; S. Heckman, *Gender and Knowledge*, Northeastern University Press, Boston, Ma., 1990; E. Spelman, *Inessential Woman*, Beacon Press, Boston, Ma., 1988.¹⁰⁹ J. Butler, *Gender Trouble*, Routledge, Londres, 1990. D. Fuss, *Essentially Speaking*, Routledge, Londres, 1989. C.Smart: Op.Cit., 1994.

En síntesis, el fundamento de la doble afirmación enunciada podría resumirse en cuatro puntos:

1) *El derecho no es general*. La pretensión de que el derecho es general se basa en la creencia de que el derecho consiste en una serie de reglas o principios¹¹⁰ y que esas reglas generales proporcionan una serie de principios básicos para resolver casos individuales. Pero, en lugar de esto, en realidad el derecho está hecho de una aglomeración de conjuntos de reglas específicas y de algunos principios (standars) muy generales. Las reglas son demasiado específicas, definidas y concretas para considerarlas generales. La existencia de estas reglas es lo que da al derecho la posibilidad de acercarse a los casos concretos, resolviéndolos. Pero estas reglas son demasiado detalladas y cada regla abarca un reducido número de casos siendo así insuficientes como para convertir el derecho en general.

Por otra parte los principios generales son demasiado vagos e indeterminados¹¹¹ para aplicarlos a los casos concretos de forma inequívoca¹¹². De este modo al igual que las reglas sirven para muy pocos casos concretos, los principios abarcan demasiados. El sistema jurídico fluctúa entre las reglas y los principios generales pero su aspiración de generalidad no está lograda. El derecho no es más abstracto y general que concreto y particular.

2) *El derecho no es racional*¹¹³. No existe un derecho racional. Desde esta perspectiva supongamos que las feministas son conscientes de que uno de sus fines es lograr derechos iguales para todos los seres humanos con el objetivo de lograr derechos para las mujeres¹¹⁴.

¹¹¹ Ver referencia en la nota 109.¹¹² Si tenemos en cuenta muchas de las demandas que llegan a los tribunales podríamos encontrar al menos dos tipos de principios generales que se puedan aplicar a un caso y que llevarían a resultados contrapuestos. Por ejemplo, consideremos el caso de lo que sucede en el ámbito privado de la familia cuando se trata de alguna de las relaciones que se establecen dentro de ella, como es la relación de los padres con los menores. Los tribunales en general han sido en exceso "*respetuosos*" con la autonomía familiar y a consecuencia de ello no han intervenido sistemáticamente en ese ámbito. Pero de la misma manera existe también una actitud generalizada de protección a la infancia. En más de una ocasión se da el caso particular, de que el *principio de no interferencia* en la familia conduce a un resultado, mientras que el principio de *protección a la infancia* lleva al resultado contrario.

¹¹³ Entendemos por racional "*La 'racionalidad práctica' (...) debe satisfacer cinco condiciones: a) tener conciencia de los fines que se persiguen; b) conocer los medios necesarios para la obtención de los fines perseguidos; c) poner en práctica los medios al alcance de uno para conseguir la finalidad deseada; d) subordinar los fines próximos a los fines últimos; e) los fines últimos deben ser compatibles entre sí*" J.Igartua, "La interpretación de la ley", en *Lecciones de Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p.251.

¹¹⁴ Como hemos señalado en la nota anterior tener conciencia de los fines que se persiguen es la primera característica que debe cumplir la <<racionalidad práctica>>.¹¹⁵ Véase que poner en práctica los medios al alcance de uno para conseguir la finalidad deseada es otra de las características de la 'racionalidad práctica'.

Constatemos también que se han realizado muchos esfuerzos¹¹⁵ por parte de las feministas para lograr dicho fin. Pues bien, desde este enfoque se afirma que dichos esfuerzos son en vano, que no han funcionado y que no funcionarán, y no sólo porque todavía no se conocen con certeza los medios para la obtención de los fines perseguidos¹¹⁶. En la cuestión de la obtención de los mismos derechos para todos los seres humanos, con el objeto de conseguir derechos para las mujeres, nos encontramos con los clásicos conflictos entre "*igualdad de oportunidades*" (igualdad de salida) e "*igualdad de resultados*" (igualdad de llegada); entre derechos naturales y derechos positivos; entre derechos como garantía de seguridad y derechos como garantía de libertad; entre derechos individuales y colectivos¹¹⁷. Se afirma desde este enfoque que todos los problemas que surgen con el uso de estas categorías hacen que el análisis de los derechos resulte incapaz de solventar ningún conflicto significativo. Para mantener esta afirmación se apoyan en autores como Jelin, Olsen, Bunch, y Sen¹¹⁸. Más específicamente, si una decisión protege el derecho del/a demandante a la libertad de acción, el opuesto puede proteger el derecho del/a demandado/ a la seguridad. Si una decisión protege el derecho de la mujer a la igualdad de trato formal, su derecho a la igualdad material puede requerir una decisión distinta. En EE.UU ya se ha producido el caso de que las abogadas feministas se hayan encontrado defendiendo las dos posiciones contrarias¹¹⁹.

Consideremos la siguiente cuestión. Algunas feministas sostienen que la "*igualdad formal*" requiere que el derecho considere la maternidad como cualquier otra incapacidad temporal, mientras que otras mantienen que la "*igualdad material*" precisa que la mujeres puedan procrear sin perder su puesto de trabajo, incluso en el caso de que otras ausencias temporales al mismo no sean permitidas. Por lo tanto algunas feministas abogan porque las mujeres insistan en la igualdad formal, rechazando cualquier forma específica de permiso por maternidad, mientras que otras insisten en que las trabajadoras necesitan un permiso por maternidad adecuado, incluso en el caso de que no existan permisos similares para hombres (o incluso para las mujeres fuera de los de la maternidad). El derecho no proporciona una base racional para elegir qué derecho debe ser reconocido y protegido en cada caso. El análisis en términos de derechos no puede solucionar estos conflictos.

3) *El derecho no es objetivo*. La idea de que el derecho es objetivo es rechazada por el reconocimiento gradual de que las cuestiones políticas aparecen por doquier. Cada vez que se efectúa una elección, cada elección jurídica, que no es obvia e incontrovertida, es una decisión

¹¹⁷ El sujeto de derecho exclusivamente como *individuo*, o la posibilidad de la existencia de sujetos de derecho que sean grupos de individuos.

¹¹⁸ E.Jelin, "¿Ante, de, en, y? Mujeres y derechos humanos", en *Revista América Latina Hoy*, nº 9, 1994. F. Olsen "The Sex of Law" en, Kayris, D. (ed.), *The Politics of Law*, Pantheon Books, New York, 1984; Ch. Bunch, "Hacia una re-visión de los derechos humanos", en ISIS (ed.), *La mujer ausente*, Eds. de las Mujeres, nº 15, 1991; A. Sen, en ISIS (ed.), *La mujer ausente*, Eds. de las Mujeres, nº 15, 1991.

¹¹⁹ El caso Sears. Este caso se refiere a la demanda de discriminación sexual impuesta a una de las mayores empresas del comercio (Sears, Roebuck & Company) por la Comisión de oportunidades para la Igualdad de Empleos (EEOC) en 1978 en la que dos historiadoras Alice Kessler-Harris y Rosalind Rosenberg testificaron en lados opuestos.¹²⁰ S. M. Okin, "La política y las desigualdades complejas de género", en D. Miller y M. Walzer (comps), *Pluralismo, justicia e igualdad*, FCE, México, 1997. pp.161-190.

basada en la política, por lo que no puede ser objetiva. Okin¹²⁰ señala que debemos prestar más atención al contexto político de los principios aparentemente objetivos y atemporales. Más concretamente, en el debate sobre la *igualdad vs. diferencia* (iguales derechos, diferentes derechos), no se puede dejar de lado el actual contexto conservador en el que nos desenvolvemos. En ese contexto político es muy posible que sean utilizados argumentos sobre la *diferencia* o “*cultura de la mujer*” de forma diferente a la originaria. Minow¹²¹ se refiere a esta cuestión bajo la etiqueta de “*el dilema de la diferencia*”. Según esta autora, a la hora de tomar decisiones jurídicas, al ignorar la diferencia en el caso de los grupos subordinados se corre el riesgo de favorecer una “*neutralidad incompleta*”, mientras que al centrarse sobre la diferencia, se puede resaltar el “*estigma de la desviación*”. Tanto al centrarse en la diferencia como al ignorarla se corre el riesgo de recrearla. Éste es el dilema de la diferencia. Minow sugiere que lo que se necesita es un replanteamiento sobre la diferencia y esto implica rechazar la idea de que la igualdad vs. la diferencia constituye una oposición. En vez de encasillar las estrategias y análisis como si estos pares binarios fueran verdaderos y atemporales, tenemos que preguntarnos de qué forma el emparejamiento dicotómico de la igualdad y la diferencia funciona. En vez de permanecer dentro de los términos del discurso jurídico-político existente, tenemos que someter estos términos a examen crítico. No podemos servirnos de tales conceptos hasta que no entendamos cómo funcionan a la hora de construir y delimitar significados específicos. Como consecuencia de lo dicho hasta ahora, debemos reconocer que simplemente es un error afirmar que el derecho es o puede llegar a ser racional, general y objetivo. De hecho el derecho no se sitúa exclusivamente en uno de los lados de las dicotomías.

4) *El derecho no puede ser segregado*. Algunas veces la teoría jurídica dominante reconoce que el derecho no es general, racional y objetivo. La ideología dominante reconoce las denominadas características “femeninas” (parcialidad, subjetividad...) e incluso llega a celebrarlas, pero sólo en aquellas cuestiones que hoy en día han perdido la preponderancia que tenían en el derecho de no hace tantos años. Por ejemplo cuando el derecho en su sentido más trascendente se asocia al derecho público entonces el derecho de familia (derecho privado) puede ser subjetivo, particular, concreto; pero el derecho mercantil o el penal está concebido como general, racional y objetivo. Es importante para las feministas corregir este error. El enfoque más adecuado será aquél que logre destruir los guetos del derecho y demostrar que no se puede excluir lo particular, lo irracional y lo subjetivo de ninguna esfera del derecho. Los cuatro argumentos expuestos permiten pasar de la idea de que el derecho es “masculino” a la de que tiene “género”¹²². Ese paso conduce a trabajar sobre la historia de las

¹²² En 1972, por primera vez, la socióloga inglesa A. Oakley, en *La mujer discriminada, biología y sociedad*, Tribuna Feminista, Madrid, 1977, separa analíticamente sexo y género. Es decir, distingue las diferencias sexuales de sus consecuencias sociales, que revisten la forma de la desigualdad entre los sexos. Su concepto de género agrupa todas las diferencias constatadas entre hombres y mujeres: individuales, (psicología); de roles sociales, (sociología); de representaciones culturales, (antropología); es decir agrupa todo lo que es variable y está socialmente determinado, siendo la variabilidad la prueba de su origen social. Por su parte, en 1974 la antropóloga norteamericana M. Rosaldo en “Mujer, cultura y sociedad: una visión teórica”, en *Antropología y Feminismo*, Anagrama, Barcelona, 1977, hará la misma distinción. Para esta autora, el género no es un hecho unitario, determinado en todos los sitios por el mismo tipo de intereses, sino el producto complejo de una variedad de fuerzas sociales. El género es un constructo cultural que varía de cultura en cultura, y hay que analizar cómo se construye, sus diferentes formas, sus cambios históricos y sus relaciones con las categorías de

normas y a concebir el derecho como un conjunto de procesos. Se puede decir que este enfoque tiene la ventaja de ser más abierto que los dos anteriores ya que desde su perspectiva los procesos no están determinados unidireccionalmente y no se presupone que el derecho siempre favorece a los hombres y perjudica a las mujeres. En este enfoque ya no se tienen en cuenta las categorías Mujer y Hombre, ya que las reflexiones sobre el género se refieren al sentido y las consecuencias sociales y subjetivas que tiene pertenecer a uno u otro sexo, por lo que esas consecuencias muchas veces entendidas como naturales, no son sino formulaciones de género. Se trata de analizar las distintas significaciones atribuidas al hecho de ser varón o ser mujer en cada cultura, en cada periodo histórico y en cada sujeto. Esta posición teórica permite comenzar a deconstruir el discurso jurídico en lo que se refiere a la visión y a las prácticas que éste desarrolla sobre las mujeres y los hombres. Permite pensar en el derecho como una "tecnología del género"¹²³. El derecho puede ser visto como una estrategia que produce "género", posición desarrollada y privilegiada por Smart(1994). La Mujer es un sujeto que tiene género y el derecho, como otras realidades, hace emerger a la Mujer en una posición generizada. El tránsito a este último enfoque no implica un rechazo total del anterior, pero permite posiciones menos cerradas en las que se puede argumentar que, dentro del derecho, las mismas prácticas "significan cosas diferentes para los hombres y las mujeres porque se leen a través de discursos diferentes"¹²⁴, y, además, la idea de que el derecho tiene género no exige que fijemos de forma definitiva una categoría o referente empírico de Hombre y Mujer. Ahora podemos permitirnos una noción sobre el género del sujeto mucho más flexible y que no está fijada ni por el factor biológico, ni por el psicológico o por el social respecto del sexo. Este análisis hace posible que podamos dirigir nuestra atención hacia las estrategias que tratan de fijar el género en un rígido sistema de significación. Las investigadoras feministas llevan bastantes años deconstruyendo la representación mitificada de la Mujer¹²⁵ que nada tiene que ver con las mujeres reales. Incluso las investigadoras feministas han incorporado a sus trabajos la distinción entre sus propias construcciones de la "feminidad" y las mujeres reales. Autoras como Abrams¹²⁶ afirman que teóricas radicales como Mackinnon, que se adscriben a la tesis del patriarcado¹²⁷ como la causa primera y

raza y clase social.¹²³ T. de Lauretis, *Tecnologies of Gender*, Bloomington, Indiana University Press, Indiana, 1987, citado en C.Smart, supra, p.178.

¹²⁴ W. Hollway, "Gender Difference and the Production of Subjectivity", en Henriques, J. et al. (comps.), *Changing the Subject*, Methuen, Londres, 1984, p.237.

¹²⁵ En nuestra época propiamente desde la obra de B.Friedan, *La mística de la feminidad*, Jucar, Madrid,1974 y la de S. de Beauvoir, *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 1999, pero desde los inicios de la modernidad con Olympe de Gouges, y Mary Wollstonecraft.

¹²⁶ K. Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry*, vol 16, n2, 1991, pp.373-404.

¹²⁷ K Millet en *Política Sexual*, Op.Cit., 1975, definirá el sistema patriarcal, esbozando un esquema de lo que ella denomina *teoría de la política sexual*, mediante el que pretende mostrar que el sexo es una categoría social que tiene implicaciones políticas. Para Millet, el término *política* se refiere a las relaciones de fuerza, a los dispositivos mediante los que un grupo controla a otro. Analizando el sistema occidental de relaciones sexuales, afirma, siguiendo a Weber, que éste puede ser definido como *Herrschaft*, es decir, como una relación de dominación y subordinación. Así, el patriarcado, como institución, es una constante histórica que impregna todas las otras formaciones económicas, religiosas..., pero en su seno hay contradicciones y una cierta distancia entre lo ideal y lo real.

fundamental de la posición de subordinación de las mujeres, han creado imágenes unificadas de la Mujer como oposición a los discursos dominantes pero, al fin y al cabo, imágenes unificadas que se alejaban igualmente de las mujeres reales. Es decir que, de alguna manera, se reproduce el mismo esquema del derecho cuando se empeña en una versión específica de la diferenciación de género. Desde este enfoque es posible analizar las formas en las que el discurso fija las diferenciaciones de género sin necesidad de proponer una forma propia de diferenciación como un punto de partida o un punto final.

Por ejemplo, el discurso científico y médico del siglo XIX hacía de la Mujer un ser determinado por su cuerpo, sus ciclos psicológicos y sus deseos sexuales. El discurso jurídico recogía las imágenes de la mujer de los discursos médico y científico y las consolidaba al fijarlas en normas regulativas. En la actualidad se quiere mostrar a las mujeres del siglo XIX más allá de las imágenes que tenemos de ellas a través de dichos discursos. Es decir, encontrar a las mujeres burguesas que sean otra cosa que "semi-inválidas" y a las mujeres obreras que sean otra cosa que unos seres de costumbres ligeras.

Smart ilustra la forma en la que el derecho hace emerger un objeto Mujer construido enteramente por él mismo y receloso de su propia lógica jurídica. En el Parlamento inglés de 1623 se votó una ley que prevenía la pena de muerte para la mujer no casada cuyo hijo ilegítimo muriera fuera cual fuera la causa de su fallecimiento. Esta ley creaba dos excepciones al derecho común de la época. Por una parte, esta ley invertía la carga de la prueba, puesto que ahora le correspondía a la madre demostrar su inocencia aunque la presunción de culpabilidad era extremadamente rara en la Inglaterra de la época. Y, por otra parte, el matrimonio no era ni habitual ni precoz en la Inglaterra de principios del siglo XVII, no era raro entonces que las parejas tuvieran varios hijos antes de casarse; y el Estado no insistía en que se casaran. Smart afirma que con esta ley aparece en la Inglaterra de la época la figura de la mala madre que le permite al derecho penal mostrar "la buena madre". La buena madre no podía ser la mujer no casada. La mujer no casada madre era sospechosa a priori de dejar morir a su hijo, o de darle muerte.

En resumen, y como hemos visto, desde cada uno de los enfoques expuestos el derecho es caracterizado de forma diferente en base a las distintas propuestas que se van elaborando desde la teoría feminista sobre lo que conocemos como "diferencia sexual".

III: ¿HACIA UNA TEORÍA FEMINISTA DEL DERECHO? K.T.BARTLETT VERSUS C.A.MACKINNON

En la primera parte de esta exposición nos hemos referido a tres enfoques que permiten una mejor comprensión del discurso jurídico sobre las mujeres desde una perspectiva feminista. Pero ninguno de los tres ofrece un marco teórico y la necesaria orientación en la práctica jurídica, es decir, ninguno constituye una teoría feminista del derecho. Así mismo constatamos los relativos resultados obtenidos mediante las reformas legales realizadas, en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, fruto de las luchas por la igualdad, además de la situación de impás en la que se encuentran las teorías feministas liberales de reforma del derecho. Todos estos hechos han generado frustración entre las mujeres de los movimientos feministas y entre las teóricas del derecho. Ante esta

situación, y como medio para superar la frustración, surgirá en los años 80 la inquietud de acometer la construcción de una teoría feminista del derecho¹²⁸.

Desde esta nueva posición se plantearán nuevas cuestiones, ya que más allá de lo señalado en la primera parte, construir una teoría feminista del derecho exigiría abordar temas de distinta índole. Desde cuestiones filosóficas como la idea de una justicia feminista, hasta la posibilidad de un método¹²⁹ jurídico feminista¹³⁰, pasando por cuestiones de tipo procedimental como las que se refieren a la forma en la que debería administrarse el derecho etc.. Desde esta nueva posición se actuaría no sólo sobre el componente formal del derecho, sino también sobre su componente estructural y político¹³¹.

La necesidad de una teoría feminista del derecho no aparece sólo como consecuencia de la frustración por los escasos e incluso contradictorios resultados obtenidos por las mujeres a consecuencia de las reformas legales que han modificado su posición social. Como señala Smart (1999) hay otras dos cuestiones que apuntan hacia esta necesidad. Una de ellas es el denominado problema de los y las docentes de derecho. Todo enseñante de derecho que adopte una perspectiva feminista se tendrá que enfrentar al hecho de que está transmitiendo un discurso que niega la validez de otros discursos alternativos (sólo una de las normas que surgen como resultado de interpretar una disposición será la válida), y que asume la existencia un único método jurídico objetivo y neutral. La otra cuestión enunciada por Smart es a la que se refieren las profesionales cuando trabajan con casos de malos tratos, divorcio o violación. Dichas profesionales señalan que tienen dos posibilidades: o actuar desde un punto de vista feminista, con lo que pierden legitimidad en los tribunales con el consiguiente riesgo de perder el caso; o seguir las pautas habituales y convencionales con lo que mantienen su credibilidad como profesionales pero no pueden expresar, defender, ni lograr, aquello que pretenden.

En este segundo apartado de la lección nos referiremos a una de las cuestiones que han aparecido como más relevantes dentro de la teoría feminista del derecho: la referida al método. Para abordarla nos basaremos en dos de las teóricas que con mayor insistencia se han dedicado a esta cuestión. La primera de ellas, Bartlett (1990)¹³² indicando cuáles han de

¹²⁹ Entendemos el método como "*el conjunto de reglas, procedimientos intelectuales y principios que rigen el uso de las normas jurídicas para la toma de decisiones en derecho, y en particular de las decisiones que recaen en la aplicación de las normas para la resolución de conflictos por los operadores jurídicos*" (García Amado, 1992: 32)

¹³⁰ Respecto al método feminista en general Ver S.Harding, *Ciencia y Feminismo*, Morata, Madrid, 1996 y sobre método jurídico en particular Ver C.A.Littlethton, "Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes", en *Stanfor Law Review*, Vol.41, 1989, pp751-785. K.Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry* Vol.16, nº 2, 1991, pp373-404. M.J.Mossman, "Feminism and Legal Method. The Difference it Makes", en *Wisconsin Women's Law Journal*, Vol 3:147-168, 1989. C.A.Mackinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State; Toward Feminist Jurisprudence", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991, pp.180-200. K.T.Bartlett, "Feminist Legal Methods", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991, pp.370-403.

¹³¹ Sobre el concepto amplio del Derecho ver A. Facio, *Op. Cit*, 1992 pp. 87-105.

¹³² K.T. Bartlett, "Feminist Legal Methods", en *Harvard Law Review*, Vol.103, nº4, febrero 1990, pp.829-888.

ser las características que debe reunir la actividad jurídica para ser caracterizada como feminista. La segunda, Mackinnon, proponiendo un método feminista para enfrentarse con la actividad jurídica. Para ambas autoras, “ *el método organiza la aprehensión de la verdad. Determina lo que cuenta como prueba y define lo que se toma como verificación. Desde un punto de vista operativo, determina lo que una teoría acepta como real. ‘El método no es neutral: establece los criterios por los que se juzga la validez de las conclusiones y en consecuencia lleva en sí no sólo una habilidad técnicamente simple, sino consecuencias y compromisos filosóficos más profundos’* ”¹³³. Aunque difieren en algunas cuestiones a las que nos referiremos más adelante, Bartlett y Mackinnon comparten la idea según la cual para “*organizar la aprehensión de la verdad*” a través de un método feminista hay que seleccionar una serie de principios básicos. Dichos principios, aplicados sistemáticamente en el ámbito jurídico, serían las herramientas que podrían permitir la configuración de un método jurídico feminista.

1. K. T. BARTLETT: CARACTERIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD JURÍDICA COMO FEMINISTA

Bartlett¹³⁴ es una de las teóricas feministas más reconocidas en el ámbito jurídico europeo. Una de sus principales preocupaciones es el análisis de las distintas metodologías que podrían ser útiles para calificar una actividad jurídica como feminista. La principal constatación de sus análisis era algo relativamente esperado aunque no por ello menos relevante. La autora señala que las mujeres que trabajan en el ámbito del derecho hacen lo mismo que los hombres, con lo que parece indicarse que no es posible encontrar ninguna especificidad en la actividad de las mujeres que nos oriente sobre la posible existencia de una actividad jurídica feminista. ¿En qué se fundamenta para mantener dicha afirmación? En que según Bartlett, las mujeres juristas utilizan los mismos métodos de razonamiento jurídico que sus colegas varones. Si esto es así, podríamos concluir que no existe manera alguna de calificar de feminista a ningún método jurídico y, por lo tanto, la tarea de encontrarlo habría concluido. Pero esto no es así. Esta primera constatación de la autora no agota la totalidad de la actividad que realizan las mujeres que trabajan en el ámbito jurídico. Bartlett detecta que éstas, además de utilizar los mismos métodos de razonamiento que los varones, añaden algún otro que ellos no usan. Es de suponer que el análisis de esos “*otros*” métodos puede ofrecer los criterios que permitan calificar una actividad jurídica como feminista, de tal manera que en ello podría consistir tanto la crítica como la aportación que hace la teoría feminista al método jurídico.

Ahora bien, ¿en qué consisten esos “*otros*” métodos? Fundamentalmente en incorporar estructuralmente cuatro principios básicos a la práctica jurídica. Dichos principios son: el que hace visibles a las mujeres al introducir en sus razonamientos la que denominan como “*la pregunta sobre la mujer*”; el que a través del “*razonamiento práctico feminista*” amplía las nociones tradicionales de lo que es legalmente relevante para que el proceso de decisión jurídico sea más sensible a las particularidades de un caso que aún no han sido reflejadas por la doctrina jurídica; el que al apostar por la “*concienciación*” pone en tela de

¹³⁴ Ver entre otros, K.T.Bartlett, 1990, *Op. Cit.*; y K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.

juicio la validez de los principios jurídicos habitualmente aceptados; y el que al optar por la “*positionality*” evidencia la situación de exclusión social de las mujeres. A continuación vamos a examinar con mayor detenimiento en qué consisten cada uno de estos principios.

1.1 La pregunta sobre la mujer.

Consiste en introducir en el razonamiento preguntas que requieran respuestas en las que se expliciten las repercusiones que las normas y las prácticas jurídicas tendrán en lo referente al sexo y al género. De no introducir este tipo de preguntas, las normas y práctica jurídica podrían parecer neutrales (o, como dice la teoría feminista, falsamente neutrales y objetivas). En concreto se debe examinar por qué la ley no tiene en cuenta experiencias y valores que parecen más típicos de las mujeres que de los hombres, y en qué medida o por qué razón, las normas y la dogmática pueden suponer desventajas para las mujeres.

Si consideramos las distintas normas vigentes en el derecho occidental hasta bien entrado el siglo XX se constata que la diferencia era tan evidente y que las desventajas para las mujeres eran tan brutales (bien por que la mayoría las considerara naturales, bien porque culturalmente se consideraba lo adecuado), que las primeras veces que se hace “*la pregunta sobre las mujeres*” y el derecho, ésta no se orienta a dar cuenta de la realidad de marginación (discriminación) en la que el contenido de la ley situaba a las mujeres, sino a si esa situación de marginación o discriminación se podía justificar en base a la diversidad de roles realizados por ambos sexos en tanto que unos roles pertenecían al espacio público y otros al privado. Por ejemplo todas las normas que convertían en incapaz legal a la mujer casada, ya que se consideraba que el rol básico y único de la mujer casada se circunscribía al espacio privado de la familia donde su objetivo era ser esposa y madre. Dada la configuración social de la familia, una mujer cuyo cometido social era ser madre y esposa no debiera tener ningún derecho que sobrepasara ese espacio¹³⁵.

Sólo a partir de los años 70 “*la pregunta sobre la mujer*” tiene la virtud de proporcionar diferentes respuestas que ponen en cuestión la adecuación o no del rol de la “Mujer” que asume y expresa el derecho (el contenido de la norma). Surgen preguntas hasta entonces inimaginables. Por ejemplo en el caso de embarazo lo que se pregunta es si las exclusiones (de cualquier tipo, laboral, educativo....) en base al embarazo discriminan a las mujeres, ya que como sólo las mujeres pueden quedarse embarazadas el hombre como referente para la discriminación desaparece, y el concepto de discriminación desde un punto de vista jurídico es inimaginable sin un referente respecto al cual alguien es discriminado. Si no existe referente de exclusión, la pregunta que se formula es ¿cuáles son las razones para excluir a las mujeres?. Al no existir el varón como referente de la comparación (patrón de discriminación), por razones obvias, las contestaciones serán del siguiente tenor: que la no exclusión de las mujeres embarazadas es muy costosa y en general voluntaria. Es decir, ante la imposibilidad de ofrecer un criterio justificativo de exclusión admisible, la respuesta se desplaza hacia la realidad empírica: que es “costosa”, y “voluntaria”. Pero esta argumentación no resulta de ningún modo satisfactoria ya que el embarazo no es el único hecho costoso (en el sentido de no productivo) con el que nuestras sociedades se deben enfrentar. Responder así encubre la verdadera razón: la exclusión por ser mujer. Pero esta respuesta, vista desde los intereses de las mujeres, permite una segunda pregunta. Bien, aceptemos que el embarazo es

costoso, pero considerémoslo como una enfermedad¹³⁶ (ya que los varones sí tienen enfermedades cuyo costo asumen las empresas y la sociedad). Si hay enfermedades costosas cubiertas que no son motivo de exclusión¹³⁷ ¿por qué excluir a las embarazadas? ¿cuáles son las otras razones para tratar de forma diferente el embarazo?. La contestación no irreal por ficticia de un juez puede ser, o suele ser *"bien, ya que lo dice, las mujeres embarazadas debieran de estar en casa, incubando"*¹³⁸.

En la práctica jurídica *"la pregunta sobre la mujer"* no ha sido en absoluto insignificante pues una de sus consecuencias más reconocidas y vitoreadas ha sido el servir, por ejemplo en el ámbito del derecho laboral, para construir el concepto de *"medidas falsamente protectoras"*¹³⁹ claramente discriminatorias, o para elaborar el concepto de *"discriminación indirecta"*¹⁴⁰.

Los razonamientos que plantean *"la pregunta sobre la mujer"* en la actividad jurídica tienen la virtud de detectar las formas en las que la opción política y el acuerdo institucional contribuyen a la subordinación de la "Mujer". Además muestran cómo la posición de ésta en el ámbito jurídico, más que reflejar características de las mujeres lo que reflejan es la propia organización social. Examinar los efectos no explícitos de las normas que no discriminan de forma específica por razones de sexo puede ayudar a demostrar cómo las estructuras sociales se incorporan a normas que implícitamente hacen diferente a la "Mujer" y por ello la subordinan.

1.2 Sobre el razonamiento práctico feminista.

Algunas feministas¹⁴¹ sugieren que las mujeres se aproximan al proceso de razonamiento de forma diferente a como lo hacen los hombres. En concreto señalan que: 1) las mujeres muestran una mayor sensibilidad a la situación y al contexto; 2) las mujeres se resisten a los principios universales y generalizaciones, especialmente a aquellos que no encajen en sus propias experiencias; y 3) las mujeres creen que los aspectos prácticos de la vida diaria no deberían ser desatendidos u olvidados por la justicia abstracta. Si estas

¹³⁶ Dejaremos para mejor ocasión la necesidad de equiparar el embarazo con la enfermedad. La necesidad de que para que el embarazo, la experiencia más vitoreada de la sociedad patriarcal, no sea excluyente (al no existir patrón discriminatorio, el varón) se deba recurrir a compararlo con la enfermedad.

¹³⁷ Cuando nos referimos a enfermedades que no excluyen lo que pretendemos decir es que el simple hecho de poder padecer enfermedades no te pone fuera del mercado de trabajo, mientras que el ser mujer y tener la capacidad de reproducir la especie te excluye del mercado de trabajo.

¹³⁸ E. Aponte, *Op. Cit.*, 1998, p. 82

¹³⁹ Como las declaradas por el Tribunal Constitucional en las siguientes sentencias: STC207/87, STC142/90, STC28/92, STC3/93, STC315/94, STC317/94. Discriminación indirecta.

¹⁴⁰ Aunque el origen del concepto nos remite al ordenamiento estadounidense, a la doctrina Griggs y al ordenamiento comunitario Directiva 76/207, su introducción en el ordenamiento jurídico español se hace por medio de la STC145/91, de 1 de julio.

¹⁴¹ Véase G.Fraisse, G.Sissa, F.Balibar, J.Rousseau-Dujardin, A.Badiou, M.David-Ménar, M. Tort, *L'exercice du savoir et la difference des sexes*, L'Harmattan, París, 1993.

afirmaciones pueden ser sustentadas empíricamente, entonces se puede considerar que estos procesos de razonamiento tengan significado normativo. Como consecuencia de ello algunas feministas, han argumentado que la búsqueda individualizada de hechos es a menudo superior a la aplicación de reglas generales, y que el razonar desde un contexto permite un mayor respeto a la diferencia y a las perspectivas de los indefensos.

El razonamiento práctico (tipo de razonamiento al que pertenece el razonamiento legal) puede ser entendido de forma diferente según el contexto y según los fines que se persigan. En el caso concreto que nos ocupa Bartlett habla de una versión del razonamiento práctico que denomina "*razonamiento práctico feminista*". En esta versión se combinan algunos aspectos de un modelo Aristotélico de deliberación práctica con un enfoque feminista que permita identificar y tomar en cuenta las perspectivas de los excluidos.

El razonamiento práctico que responde al modelo Aristotélico considera los fines, medios y acciones con el objeto de "reconocer y actualizar lo que es mejor en las situaciones mas complejas, variadas y ambiguas"¹⁴². El razonamiento práctico reconoce pocos supuestos, si reconoce alguno. Además, lo que deba hacerse, por qué, y cómo, son todas cuestiones abiertas consideradas sobre las bases de la complejidad de cada contexto específico objetivo o basado en datos. No sólo la resolución del problema, sino lo que se considera como un problema, surge de los detalles o aspectos concretos de la situación misma, más que de una definición o precepto anterior o precedente.

El razonamiento práctico se acerca a los problemas no como conflictos dicotomizados, sino como dilemas con múltiples perspectivas, contradicciones, e inconsistencias. Estos dilemas ,idealmente, no requieren la elección de un principio por encima de otro, sino mas bien integraciones y conciliaciones imaginativas que requieren una atención especial al contexto particular. El razonamiento práctico ve los detalles particulares no como molestas inconsistencias o naderías irrelevantes, que impiden la tranquila y lógica aplicación de normas fijadas. Ni tampoco los ve como los objetos del análisis legal, la materia inerte a la que aplicar la ley viva. En vez de eso, los hechos nuevos presentan oportunidades para mejores entendimientos, e integraciones. Las situaciones son únicas, no se pueden anticipar en sus detalles, ni generalizar de antemano. Las nuevas situaciones dan lugar a percepciones prácticas, e informan a los que deciden sobre los deseados fines u objetivos de la ley.

Para ejemplificar lo dicho, Bartlett se refiere a la cuestión del acceso de las menores al aborto. Según la autora esta cuestión ejemplifica el potencial generativo y educativo de los hechos particulares o específicos. El principio abstracto de la autonomía familiar parece justificar lógicamente una ley estatal que obligue a las menores a la obtención del consentimiento de sus padres antes de que puedan practicar el aborto. Las menores son inmaduras y los padres son los individuos generalmente mejor situados para ayudarles a tomar una decisión tan difícil como es la de si practicar o no el acto de abortar. Los informes reales de las circunstancias dolorosas bajo las cuales una menor buscaría evitar notificar la decisión de practicar un aborto, sin embargo, demuestran las dificultades prácticas de la cuestión. Las investigaciones realizadas por la autora se basan en los informes reales de muchas menores que revelan cómo se enfrentan a severos abusos físicos y emocionales por sus padres como resultado del descubrimiento de su embarazo. Los padres fuerzan a muchas

menores a llevar adelante un embarazo que tendrá como resultado un niño al que las menores no podrán educar responsablemente, y sólo las mas decididas serán capaces de dejar a su niño en adopción ante el rechazo y manipulación de los padres. En otras palabras, las circunstancias reales producen percepciones nuevas sobre las dificultades de los problemas y de la toma de decisiones en la familia y el Estado que el concepto abstracto de la autonomía paternal no revela.

El razonamiento práctico jurídico no rechaza y no puede rechazar las normas. En la especificidad-generalidad del continuo de las normas, el razonamiento práctico tiende a favorecer a las normas menos específicas, a causa de la gran libertad de acción para los análisis individualizados que las normas estandars no permiten. Pero el razonamiento práctico en el contexto de la ley necesariamente trabaja desde las normas. Las normas representan un determinado conocimiento acumulado históricamente, que debe ser reconciliado con las contingencias y el pragmatismo de los hechos reales actuales. Las normas proporcionan indicaciones para los propósitos y fines apropiados que se pueden conseguir mediante la ley. Las normas verifican la inclinación a la arbitrariedad y dan constancia y estabilidad en situaciones en las cuales los prejuicios y las pasiones pueden distorsionar el juicio.

Idealmente, sin embargo, las normas dejan lugar para las nuevas perspectivas y percepciones generadas por los nuevos contextos. El pensador práctico cree que las circunstancias específicas del nuevo caso pueden dictar novedosas lecturas y aplicaciones de las reglas. Lecturas y aplicaciones que no sólo no son, sino que no podían haber sido previstas de antemano. A este respecto el razonamiento práctico difiere de la visión de la ley que ve las normas como sin límites fijos por necesidad no por elección. Esta visión valora en gran medida la predictibilidad y determinismo, pero asume que los hechos son demasiado variados e impredecibles para los legisladores como para aplicar o legislar normas determinadas. Por otra parte podemos decir que el razonamiento práctico encuentra no deseable tanto como impracticable la reducción de las contingencias a normas por las que todas las disputas puedan ser dirimidas por adelantado.

Otra característica importante del razonamiento práctico es la inclusión de la justificación. El razonamiento práctico exige más que algunas bases razonables para una decisión jurídica determinada. Los que toman las decisiones deben ofrecer sus razones reales - las mismas razones que componen su descripción verdadera de intenciones-. Este requisito refleja la unión indisoluble entre la determinación de los medios y los fines; el razonamiento es en sí mismo parte del fin o finalidad, y la finalidad no puede ser razonable separada del razonamiento en el que esta basada. Refleja, además, el compromiso del razonamiento práctico en la aceptación del que toma las decisiones de la responsabilidad por las decisiones. Existen elecciones que deben ser hechas y el agente que las realiza debe admitir esas elecciones y defenderlas.

Una vez hechas estas consideraciones sobre el razonamiento práctico en general veamos cuáles son las peculiaridades que según Bartlett tiene el razonamiento práctico feminista.

Para la autora, el razonamiento práctico feminista se construye sobre el modo tradicional de razonamiento práctico aportándole intereses y preocupaciones críticos así

como valores reflejados en los otros métodos feministas, como por ejemplo el de incluir la cuestión sobre la mujer. La exposición clásica del razonamiento práctico otorga la legitimidad a la comunidad cuyas normas refleja o representa, y por esta razón tiende a ser fundamentalmente conservadora. De forma diferente el razonamiento práctico feminista recusa la legitimidad de las normas de aquellos que afirman hablar, a través de las leyes, por la comunidad. Ninguna forma de razonamiento legal puede estar libre del pasado o de las normas de la comunidad, ya que la ley siempre está situada en un contexto de prácticas y valores. Pero el razonamiento práctico feminista difiere de otras formas de razonamiento jurídico, según la autora, en la fuerza de su compromiso con la noción de que no hay una, sino muchas comunidades solapadas en las que uno podría buscar la "razón". Las feministas consideran el concepto de comunidad problemático, debido a que ellas han demostrado que la ley tiende a reflejar las estructuras existentes de poder. Si añadimos a esto su interés por la inclusión del método que pregunta por la cuestión de la mujer, tenemos como resultado que éstas insisten en que ninguna comunidad está más legitimada que otra para hablar por todas las demás. De este modo, los métodos feministas rechazan la comunidad monolítica a veces supuesta en los informes masculinos de razonamiento práctico, y buscan identificar perspectivas no representadas en la cultura dominante de la que la razón podría proceder.

El razonamiento práctico feminista, sin embargo, no es el opuesto frontal de un modelo deductivo "masculino" de razonamiento jurídico. El modelo deductivo supone que para alguna clase de hechos, fijos, las normas legales preexistentes imponen un simple, correcto resultado. Muchos comentaristas han observado que virtualmente nadie, hombre o mujer, en estos momentos defiende estrictamente el enfoque deductivo sobre el razonamiento jurídico. El razonamiento contextualizado no es tampoco, como algunos comentaristas sugieren, el opuesto frontal a un modelo "masculino" de pensamiento abstracto. Todas las formas superiores de razonamiento jurídico abarcan procesos tanto de contextualización como de abstracción. Incluso el más convencional de los métodos legales requiere que alguien observe cuidadosamente el contexto real de un caso para identificar similitudes y diferencias entre ese caso y otros. La identificación de un problema legal, la selección de la norma, y la aplicación de esa norma, todo requiere una comprensión o entendimiento de los detalles de un caso y como relacionarlo con otro distinto. Cuando los detalles cambian, la norma y su aplicación también son capaces de cambiar.

Del mismo modo, los métodos feministas requieren del proceso de abstracción, esto es, la separación de lo significativo de lo que no lo es. Los hechos concretos tienen significado sólo si representan algún aspecto generalizable del caso. Las generalizaciones identifican lo que sucede y establecen conexiones con otros casos. Para las feministas, tanto el razonamiento práctico como el preguntarse sobre la cuestión de la mujer, puede hacer que muchos hechos sean relevantes o "esenciales" para la resolución del caso más que lo que pudieran hacer análisis jurídicos no feministas. Por ejemplo, el razonamiento práctico feminista considera hechos relevantes los relacionados con la cuestión de la mujer -hechos por los que se interesan las reflexiones de las normas particulares o resoluciones judiciales y que requieren una atención más pausada-. Las feministas no rechazan y no pueden rechazar sin embargo el proceso de abstracción. De este modo, se podría determinar en un caso de violación dentro del matrimonio que si es relevante que la esposa no quiera relaciones

sexuales ese día, mientras que es muy probable que no lo sea el que el acusado regale una caja de bombones a su madre el día de su cumpleaños. No importa lo detallado que sea el nivel de particularidad, el razonamiento práctico como otras formas de análisis jurídico requiere seleccionar y dar significado a ciertas particularidades. El razonamiento práctico feminista da por sentado o supone que no hay razones a priori que impidan a uno el ser persuadido de que un hecho que parece insignificante sea significativo, pero no exige que cada hecho sea relevante. Además, aunque haya generalizaciones que expongan detalles insignificantes y que requieren un examen o análisis, éstas no son a priori inaceptables.

De manera parecida, el método feminista de razonamiento práctico no es lo contrario de la racionalidad "masculina". El proceso de encontrar concomitancias, diferencias y conexiones en el razonamiento práctico es un proceso racional o lógico. El razonamiento práctico feminista da a la racionalidad o lógica nuevos significados. La lógica o racionalidad feminista reconoce la gran diversidad de las experiencias humanas y la validez de tener en cuenta afirmaciones contrarias o incongruentes. Revela abiertamente su parcialidad en la opiniones al declarar explícitamente qué elecciones morales y políticas subyacen bajo esa parcialidad, y reconoce sus propias implicaciones para la distribución y ejercicio del poder. La lógica feminista también se esfuerza en integrar elementos emotivos e intelectuales y abrirse a las posibilidades de nuevas situaciones más que limitarlos en categorías ordenadas de análisis. Dentro de estos significados revisados, sin embargo, el método feminista es y debe ser entendible. Según la autora, el método feminista trata de sacar más sentido de la experiencia humana, no menos, y debe ser juzgado por su capacidad de hacerlo.

La pregunta que se hace Bartlett es la siguiente:

¿Deben las feministas razonar contextualmente para evitar la aplicación de las leyes o normas a las que se oponen?, o ¿pueden las consecuencias argumentales del razonamiento práctico feminista ser justificadas como los métodos más apropiados para cambiar las normas o los resultados en los casos específicos?.

Por un lado, si se supone que los métodos pueden y deben ocultar los factores políticos y morales de la toma de decisión jurídica, el razonamiento práctico no es un modo apropiado de análisis jurídico. Al contrario, ya que al no tener limitaciones puede proporcionar el tipo de oportunidad para resolver los casos sobre bases de intereses morales o políticos que el método, operando independientemente del argumento, se supone debe eliminar.

Por otro lado, si se supone que nada ni nadie puede eliminar los factores morales y políticos de la toma de decisión jurídica, entonces se tiene la posibilidad de hacerlos más visibles. Si los factores morales y políticos están necesariamente vinculados a cualquier forma de razonamiento jurídico, entonces sacar a relucir estos factores en el ámbito público requeriría que los que juzgan estuvieran menos cohibidos por ellos y que justificaran y razonaran sus decisiones a la luz de los factores en juego en cada caso particular.

Ante estos dos supuestos las feministas se decantan por el segundo. Los análisis feministas de la toma de decisión jurídica han revelado que los métodos que se llaman neutrales en la decisión de cada caso tienden a enmascarar, no a eliminar, las consideraciones políticas y sociales de la toma de decisión jurídica. Las feministas han encontrado que las leyes y procedimientos neutrales tienden a representar de forma no explícita las ideologías de

los que toman las decisiones jurídicas, y que estas ideologías no favorecen los intereses de las mujeres. Desaventajadas por ocultos prejuicios, las feministas observan la validez de los modos de razonamiento que expresan y abren el debate sobre las consideraciones morales y políticas que subyacen en el razonamiento jurídico. Al forzar la expresión y comprensión de estas consideraciones, el razonamiento práctico fuerza la justificación de los resultados basados en los intereses que están en juego.

La relevancia del razonamiento práctico feminista consiste en una vigilancia sobre ciertas formas de injusticia que de otra manera pasarían desapercibidas. Las feministas vuelven a métodos contextualizados de razonamiento que permiten una mayor comprensión o entendimiento y desenmascaramiento de esa injusticia. Razonando desde un contexto se pueden cambiar las percepciones sobre el mundo, lo que permite más tarde ensanchar o expandir el contexto en el cual tales razonamientos parezcan apropiados, lo que sucesivamente puede conducir todavía a mayores cambios en las percepciones. La expansión de los límites existentes de las relaciones basadas en las percepciones cambiantes sobre el mundo es familiar al proceso de reforma legal. Muchas de las reformas judiciales que han beneficiado a las mujeres, se han producido debido a la expansión o apertura de las lentes de la aplicabilidad legal, es decir, debido a la ampliación de lo "jurídicamente relevante", para abarcar las perspectivas ausentes de las mujeres y acomodar las percepciones sobre la naturaleza y el rol de las mujeres. El razonamiento práctico jurídico favorece la expansión continuada de tales percepciones.

Recapitulando lo dicho hasta el momento, el resultado de las investigaciones de Bartlett indican que el razonamiento práctico feminista no constituye un modo específico de razonamiento, por lo que no es en modo alguno una forma opuesta a la del razonar masculino, del modelo masculino de razonamiento. Pero, sí detecta alguna diferencia al comparar los razonamientos hechos por feministas y por quienes no lo son. Esta diferencia consiste en asumir el modelo deductivo del razonamiento jurídico¹⁴³ críticamente, introduciendo en el proceso un mayor número de hechos (no encontrados en los razonamientos no feministas) que se consideran relevantes para obtener la resolución del caso. También señala la autora que no hay ningún indicio sostenible de que dicho razonamiento se oponga o sea diferente a la racionalidad "masculina"¹⁴⁴ y considera que la forma de obtener analogías, antinomias y

¹⁴³Para una visión crítica del modelo deductivo de razonamiento legal ver P. A. Ibañez, "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?. Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", en *Doxa*, 15-16, 1994, pp.861-882. E. Diciotti, " Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces", en *Doxa*, 20, 1997, pp.91-129. E. P.Haba, "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (I)", en *Doxa*, 7,1990, pp.169-247 y "Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (II)", en *Doxa*, 8,1990, pp. 241-272. J.A. García Amado, "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp.13-42, y "Tópica, derecho y método jurídico", en *Doxa*, 4, 1987, pp.161-188. P. Chiassoni, "Notas para un análisis silogístico del discurso judicial", en *Doxa*, 20,1997,pp. 53-90.

¹⁴⁴ Conclusión diferente a la que llega Gilligan. "La distinta voz que yo describo no se caracteriza por el sexo sino por el tema. Su asociación con las mujeres es una observación empírica, y seguiré.....; y los contrastes entre voces masculinas y femeninas se presentan aquí para poner de relieve una distinción entre dos modos de pensamiento y para enfocar un problema de interpretación, más que para representar una generalización acerca de uno u otro sexo" Gilligan: Op.Cit., p.14.

conexiones en el razonamiento práctico es un proceso racional¹⁴⁵. Lo que añade la racionalidad "feminista" es una mayor diversidad de experiencias humanas y el valor añadido que tiene el tomar en consideración exigencias inconsistentes o en conflicto.

1.3. Sobre la concienciación

Tomar conciencia de la situación social de subordinación en la que se encuentran las mujeres se consideraría como un procedimiento capaz de articular las experiencias propias de cada una, con las de las demás. A partir de dicho procedimiento, se podría elaborar políticamente una conciencia colectiva como mujeres. Bartlett afirma¹⁴⁶ que la conciencia actuaría como una especie de meta-metodología de las experiencias de las mujeres y serviría como marco general para situarlas. No cabe ninguna duda de que éste es uno de los temas que más controversias y divergencias ha provocado y provoca entre las feministas. Pero antes de proseguir haremos una pequeña reflexión sobre este tema que, a nuestro entender, permitirá aclarar esta cuestión.

Esta "*conciencia colectiva de mujer*" puede significar varias cosas diferentes, pero una de ellas puede ser la que aquí defendemos, que no es otra que considerar la elaboración de una conciencia colectiva como la construcción del sujeto político del feminismo. Nos explicamos. Las mujeres como tales no han alcanzado hoy por hoy el status de sujeto, ya que existe una heterodesignación femenina normativa. Es decir, en nuestra sociedad hoy por hoy ser mujer significa un algo (sea lo que sea este algo), independientemente de lo que seamos las mujeres de carne y hueso. Mientras exista esta heterodesignación normativa creemos que es imprescindible seguir pensando en contestar a dicha heterodesignación con una idea regulativa- normativa de Mujer¹⁴⁷.

Realizada esta pequeña aclaración la pregunta que nos debemos hacer es la siguiente: ¿en qué metodología se concreta esta elaboración de una conciencia colectiva de Mujer?. Aceptemos que las normas jurídicas que tienen como destinatarias a las mujeres proyectan (a la vez que colaboran en la construcción de) una determinada imagen de la Mujer. Este hecho en si mismo no es relevante (ya que todos y cada uno de nosotros tenemos una visión determinada del mundo que nos rodea). Ahora bien este hecho deja de ser poco relevante cuando detectamos que la imagen concreta de las mujeres que proyecta el derecho coincide exactamente con la imagen que los hombres tienen de las mujeres. La elaboración de una conciencia colectiva de Mujer va a permitir contrarrestar los efectos perjudiciales para las mujeres de esta imagen que los hombres tienen de ellas y que el derecho refleja a veces de forma tan fiel. Un ejemplo de cómo actúa esta meta-metodología lo encontramos en el

¹⁴⁶Haciendo una clara referencia a los conceptos propuestos por Mackinnon en su desarrollo del método en *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

¹⁴⁷Asumo la propuesta de Amorós (1997) que sitúa esa idea regulativa en un discurso ético-político que suponga la radicalización de los ideales modernos de la Ilustración como proyecto normativo de cara a lograr un nominalismo temperado. "*Nuestra identidad se construye así en la reconstrucción crítica de los contrastables conatos emancipatorios que hemos producido históricamente y de los pensamientos en que se han plasmado, en la misma medida en que nuestra reconstrucción se guía selectivamente por la problemática construcción actual de nuestra identidad como un genérico en vías de constitución como nuevo genérico de individuos*" Amorós: Op.Cit.,1997, p.117.

trabajo realizado en Alemania en lo referente a como se atribuye el *dolo* de matar¹⁴⁸. En este trabajo se detecta cómo todos los razonamientos utilizados por los tribunales conducen a afirmar que en el caso de las mujeres (de mujeres que eliminan al marido tras años de sufrir violencia doméstica) siempre existe dolo. Elena Larrauri también constata además que en el caso de la justicia española *"en todas las Sentencias del Tribunal Supremo que he podido estudiar, es frecuente que la mujer que mata a su marido sea calificada de alevosa"*¹⁴⁹. Necesaria, aunque no suficiente, la elaboración de una *"conciencia colectiva de mujer"* permite apuntar hacia una metodología que nos posibilite desenmascarar realidades perjudiciales para las mujeres. Por ejemplo, que se considere como un indicio de existencia de *dolo* de matar algo tan aséptico y poco genérico como puede ser la peligrosidad del arma utilizada para matar, . como apunta Larrauri *"mientras el hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no. Porque, ya sea para lesionar o para matar, lo habitual será que la mujer utilice un arma peligrosa"*¹⁵⁰.

Así , *"la pregunta sobre la mujer"*, el *"razonamiento práctico feminista"* y la *"concienciación"* constituyen para Bartlett el núcleo de lo que se podría denominar una metodología feminista del derecho, aquello que permitiría responder a la pregunta de qué es adecuado en derecho. Pero la autora propone además lo que denomina *"Positionality"* y que se definiría como *"el lugar desde el que un número aparentemente inconsistente de "verdades" feministas adquieren sentido"*.¹⁵¹

1.4 La "positionality"

La *"positionality"* se refiere a la posición de exclusión de las mujeres, posición que, además de hacia la exclusión social, también apunta hacia la posición en los márgenes de la racionalidad¹⁵² en la que la mayoría de los hombres las han situado. Esta posición de exclusión les ha permitido *"conocer"* ciertas cosas sobre la exclusión: su sutileza, su enmascaramiento mediante reglas *"objetivas"*, su resistencia, su dolor y la necesidad de cambiarlo. Este conocimiento ha propiciado una comprensión que permite exigir que las respuestas dejen de ser arbitrarias. Esta postura o posición niega la objetividad de la verdad considerándola parcial y situacional. Según este conocimiento, la verdad estaría situada en aquello que emerge de las relaciones y compromisos particulares. Estas relaciones particulares son las que se perciben desde las perspectivas del individuo y configuran el lugar en el que es posible el sentido, la identidad y el compromiso político. La verdad es parcial porque las perspectivas individuales que la juzgan lo son.

¹⁴⁹ E. Larrauri: *Op.Cit.* p.55

¹⁵⁰ E.Larrauri: *Op.Cit.* p.54.

¹⁵¹ K.Bartlett, "Feminist Legal Methods", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.p.389 ss. Siguiendo las propuestas de Sandra Harding, *Ciencia y Feminismo*, Ediciones Morata, Madrid, 1996.

¹⁵² La historia del pensamiento filosófico, entendida como la historia de la razón patriarcal, ha considerado a las mujeres seres irracionales , sin logos, sin alma, o sin posición ética... Desde Aristóteles, la mayoría de los pensadores occidentales, salvo rarísimas excepciones, han defendido esta posición.

La manera de aumentar el conocimiento es aumentar las perspectivas propias, intentando identificar y comprender las perspectivas de las personas ajenas. Para lograr este aumento de conocimiento se hace necesario no establecer los propios puntos de vista como verdaderos y el ejercicio constante de la autocritica. El considerar otros puntos de vista no supone que debamos asumir las verdades de las que parten o las verdades a las que llegan como verdades propias puesto que considerarlas no es compartirlas. Se podría pensar que se trata de una estrategia pactista que intenta conciliar todas las posturas, o intereses en conflicto, pero no es así. Por ejemplo, las feministas al considerar los juicios sexistas nunca han afirmado que dichos juicios tengan el mismo valor que los que no los son (el feminismo, en último extremo, debe ser visto como una ética). Las verdades se aceptan como contingentes, pero se separa el momento del juicio a partir de la verdad contingente, del momento en que se enjuicia la contingencia de esta verdad, y en su caso se modifica. Algunas verdades se fijan como permanentes (por ejemplo el compromiso de acabar con la opresión sexista), pero se trata de reducir el listado de las verdades y de no aceptar su contenido acríticamente, además de no defenderlas de forma dogmática. Los desacuerdos reales en el seno de la sociedad y por supuesto, entre las propias feministas, reflejan conflictos de valores básicos y éstos sólo pueden resolverse (si es que se puede), excluyendo todo tipo de referencias a principios de verdad externos o naturales.

Como hemos visto, para Bartlett cuatro son los ejes estratégicos indispensables para la construcción de una teoría feminista del derecho que disponga de su propio método: incorporar la "*pregunta sobre la mujer*"; el "*razonamiento práctico feminista*"; la "*concienciación*" y la "*positionality*". Veamos a continuación cuál es la propuesta de Mackinnon.

2 C.A. MACKINNON: LA SUPREMACÍA DE LA EXPERIENCIA DE LAS MUJERES

En este apartado vamos a examinar la propuesta metodológica de Mackinnon por constituir, sino la mayor, una de las mayores contribuciones feministas en el ámbito del método jurídico. Las innovaciones metodológicas de Mackinnon no se encuadran dentro del derecho continental, pero dado que se fundan en argumentos de racionalidad, bien podrían trasladarse a los argumentos que pudiera en un momento determinado utilizar el Tribunal Constitucional¹⁵³. Baste en este momento esbozar las aportaciones de esta autora, profesora universitaria, activista feminista y abogada en ejercicio, en dos de sus obras más paradigmáticas¹⁵⁴ que, según C. A. Littleton¹⁵⁵, suponen un servicio a la comunidad feminista y a toda la comunidad jurídica.

El esfuerzo realizado por Mackinnon elaborando una "teoría feminista del derecho" ha sido contestado desde ciertos sectores del feminismo con dos objeciones de fondo. Una de ellas se refiere a que la creación de dicha teoría responde a una demanda equivocada puesto que, para algunas feministas, la propia actividad teórica es androcéntrica en sí misma ya que

¹⁵⁴ C.Mackinnon: Op.Cit.,1995 y *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

¹⁵⁵ C.A.Littleton, "Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes", en *Stanford Law Review*, Vol.41,1989, pp.751ss.

supone entrar en un juego cuyas reglas están ya determinadas por los intereses masculinos y por la tradición positivista. Y la que defiende Smart (1994) cuando se refiere a que la propia pretensión de construir una teoría feminista del derecho lleve implícita la idea de que el derecho ocupa un lugar privilegiado en la jerarquía del conocimiento, lo que la autora denomina "*fetichización del derecho*".

Pero Mackinnon, más que una teoría de la situación de las mujeres, elabora un método de descubrimiento o búsqueda de dicha situación. Y dentro del contexto de la pertinencia o no de una "*teoría feminista del derecho*" esto puede ser considerado a largo plazo como algo más importante, ya que la autora cree justificadamente que la esencia de la jurisprudencia feminista sólo puede desarrollarse a través del método feminista¹⁵⁶. Mackinnon define este método de una forma bastante sencilla: "*creer en los informes o vivencias de las mujeres sobre el uso y abuso sexual por parte de los hombres*".¹⁵⁷ A pesar de que más de la mitad de su *Feminismo sin adular* lo dedica a presentar y argumentar la necesidad de una legislación específica sobre la pornografía, en *Hacia una teoría feminista del Estado* uno de los apartados más importantes es el que se refiere al método, con lo que se puede afirmar que su contribución a la jurisprudencia feminista es más metodológica que programática. Varias son las juristas¹⁵⁸ que opinan que aunque sus obras están llenas de estrategias sociales y legales centradas en el cambio de las estructuras concretas que fomentan la subordinación de las mujeres en esferas particulares de la vida, los vacíos y silencios de las mismas conducen inevitablemente a los temas y cuestiones del método.

La propuesta de la autora pasa por una crítica contundente del feminismo liberal¹⁵⁹ ya que explica por qué "*la teoría de la dominación masculina*"¹⁶⁰ ha tenido tan buena acogida en los casos que se refieren al acoso sexual; reconocida con muchas objeciones en los casos de violación, y rechazada rotundamente en las cuestiones relativas a la pornografía¹⁶¹. Pero antes de entrar en los distintos grados de acogida que ha encontrado en cada uno de estos casos, es importante reparar en que la teoría feminista aspira a expresar la experiencia femenina situada desde la perspectiva de las propias mujeres. Para hacer esto, las teóricas feministas han utilizado cada instrumento intelectual acreditado por los hombres - razonamiento deductivo, razonamiento inductivo, analogía y diferencia¹⁶², introspección, reconstrucción¹⁶³ y además,

¹⁵⁷ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1987, p.5 y *Op.Cit.*, 1995, p.225.

¹⁵⁸ E.R.Mahoney, *Human Sexuality*, McGraw-Hill, Nueva York, 1983, L.L.Holmstrom y A.W. Burgues, *The Victim of Rape: Institutional Reactions*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1983, E.Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday Anchor Books, Garden City, NY, 1987, D.C.Gibbons, "Forcible Rape and Sexual Violence" en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol.21,nº3, 1984, pp.251-269.

¹⁵⁹La primera parte del tercer capítulo de su obra *Hacia una teoría feminista del Estado* está dedicado a hacer la crítica del liberalismo en general y del liberalismo feminista en particular. pp. 277-391.

¹⁶⁰ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, pp. 391-424.

¹⁶¹ Sobre violación ver Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, pp.305-329 y sobre pornografía ver *Op.Cit.*, 1995, pp. 349-391.

¹⁶² Mackinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", en K.T.Bartlett y R.Kennedy (Eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991, p.181.¹⁶³ Mackinnon: *Op.cit.*, 1995, pp.190 y ss.

según la autora, "uno *inventado por la mujeres*" : el método feminista. Una de las características más reseñables de la obra de Mackinnon es que sólo considera este último como instrumento adecuado para la teoría feminista. Afirma que si un concepto como el de la "diferencia sexual" es un instrumento conceptual que enmascara la desigualdad sexual, de ninguna forma podremos deshacer la "casa del padre" haciendo uso de él. Caben varias interpretaciones de esta posición. Por una parte se podría decir que rechaza de forma absoluta la utilización de cualquier otro instrumento intelectual. Pero según Littleton (1989) parece más razonable pensar que lo que quiere decir es que ningún otro análisis posible, independientemente de que sea realizados por feministas, es capaz de obviar las condiciones de su origen falocéntrico, aunque el instrumento sea previamente tamizado por el método feminista.

Para seguir profundizando en estas cuestiones vamos a centrarnos en primer lugar en la fuente en la que se apoya para resolver los problemas que se plantean entre el derecho y las mujeres y en segundo lugar nos referiremos a cómo aplica su método en uno de los casos antes citados, el de acoso sexual.

2.1 La primacía de las experiencias de las mujeres.

El método feminista comienza con el acto muy radical de tomar a las mujeres en serio, creyendo que lo que dicen sobre sus experiencias es válido e importante, incluso cuando (o quizás especialmente cuando) lo que digan no tenga ninguna relación con lo que se ha dicho o se dice sobre ellas. La razón, dice Mackinnon, de que el feminismo haya sido capaz de mostrar la realidad previamente ocultada por la visión de la sociedad es "*su secreto metodológico*", es decir, que el feminismo está construido sobre el acto de "*crear en los informes que proporcionan las mujeres sobre el uso y el abuso sexual perpetrado por los hombres*"¹⁶⁴. Mackinnon presenta este "*secreto metodológico*" como una especie de proceso constituido por un único paso, pero que puede fácilmente ser dividido en dos. El primero que el feminismo está construido sobre la base de creer en los informes o vivencias femeninas. El segundo afirma que estos informes tratan sobre la utilización y abuso sexual que padecen las mujeres por parte de los hombres. Como se puede apreciar ambos pasos pueden ser, y de hecho son, problemáticos para la teoría feminista. En relación con el primero, el de la "*experiencia de las mujeres*" (las vivencias), que tiene su origen en los grupos de conciencia de los años 70, se le puede objetar que los miembros de dichos grupos que se esforzaban en describir y articular esa realidad no sólo compartían el ser mujeres, sino que además solían compartir otro buen número de características tales como la raza, la clase, la orientación sexual. Dado que esto se obvió, la diversidad de la experiencia femenina fue ocultada. Sin embargo, no se puede negar que, a pesar de ello, por primera vez las mujeres no se encontraban "solas". Teniendo en cuenta este hecho, y a pesar de que en la actualidad sean muchas las feministas que no han participado en grupos de conciencia, Mackinnon en *Hacia la jurisprudencia feminista*¹⁶⁵, afirma que el feminismo radical debe ser "*metodológicamente post-marxista*". Más que una dialéctica que puede ser vista como objetiva y descrita por sujetos que estén "fuera" de la particular relación de opresión, la dialéctica de la cual la teoría

¹⁶⁴ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1987, p.5.

¹⁶⁵ En el último epígrafe del tercer apartado de su obra: *Op.Cit.* pp.427-447.

feminista surge es "interior"¹⁶⁶. Esta postura epistemológica cambia totalmente la postura académica tradicional de privilegiar al observador "objetivo". El feminismo es visto como una teoría de mujeres, no como una teoría sobre las mujeres.

Para ilustrar a través de un caso concreto las ideas expuestas, a continuación vamos a examinar cómo Mackinnon aplicaba (desde mediados de los años 70) a la ley el método feminista, es decir cómo aplicaba la "primacía de la experiencia de las mujeres" a la ley en el caso de "acoso sexual".

Los pasos seguidos por la autora son los siguientes. Primero Mackinnon describía el contexto y la experiencia del acoso sexual y, acto seguido, pasaba a criticar las categorías legales existentes para expresarlo. Aplicando la perspectiva de la experiencia femenina, el ser acosadas sexualmente debía dejar de entenderse como una equivocación reparable¹⁶⁷. La autora rechazaba las doctrinas legales existentes basadas en el agravio y el contrato, no porque fueran técnicamente inútiles, sino porque en general no se adecuaban conceptualmente a la realidad social referida al trato sexual que los hombres ejercían sobre las mujeres. Es cierto, y Mackinnon no lo niega, que la aplicación de doctrinas preexistentes, (como la del incumplimiento de contrato o la del maltrato de palabra u obra), permitían iniciar procesos legales que tuvieran desde el punto de vista jurídico alguna trascendencia para las víctimas del acoso sexual. Pero Mackinnon concluirá que por esa vía se hacía imposible reconciliar o acomodar *la configuración completa de los hechos*, ya que muchos de ellos maquillaban la práctica del acoso sexual distorsionando la experiencia femenina sobre el acoso. Es decir, en ocasiones la doctrina de "incumplimiento de contrato" (la parte contratante acosaba y se basaba en que la parte contratada provocaba, o insinuaba que lo estaba deseando,...) permitía que el acoso sexual quedara diluido ya que los hechos se interpretaban a través de lo que los varones suponían que pensaban y deseaban las mujeres. Pero éste no es el único problema que detecta Mackinnon. La autora afirmará que al introducir el acoso sexual en las categorías de las doctrinas existentes, (como en la anteriormente mencionada de "incumplimiento de contrato"), era posible que esto tuviera un efecto secundario como el de promover que las mujeres actuaran en base a conductas y expectativas masculinas standar. Desde esta realidad, y convencida de la pertinencia de sus críticas, Mackinnon hará una propuesta totalmente inesperada al recomendar que el acoso sexual se acepte como una forma de *discriminación sexual*¹⁶⁸. Mackinnon constata, basándose en toda la información que posee sobre las experiencias de acoso sexual vividas por las mujeres, que éstas consideran el acoso sexual como *degradante y envilecedor*¹⁶⁹. La originalidad de la autora consiste en construir estas

¹⁶⁶ *Op.Cit.* pp.190 ss.

¹⁶⁷ Término legal en el que el acoso era entendido.

¹⁶⁸ En la época en que Mackinnon comienza a trabajar con este tema, los años 70, la discriminación sexual era relativamente una nueva doctrina que por lo menos pretendía interesarse por la igualdad de las mujeres. Ver M. Barrère, *Discriminación, Derecho anti discriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Cívitas&IVAP, Madrid, 1997.

¹⁶⁹ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, p.221 y ss.

vivencias de las mujeres en clave jurídica como los "*perjuicios de la desigualdad*" (consecuencias perjudiciales de la desigualdad), así que las percepciones femeninas de la experiencia de las mujeres sobre el acoso sexual son las que determinan la elección de la doctrina de la *discriminación sexual*.

En su apuesta por la primacía de la experiencia femenina, no sólo indicará la conveniencia de que el acoso sexual sea tratado desde la doctrina de la *discriminación sexual*, sino que dará un paso más al referirse a las consecuencias de elegir entre las distintas concepciones de esa doctrina. Para justificar la categorización de la experiencia femenina del acoso sexual como *discriminación sexual* legalmente procesable desarrollará dos líneas distintas de razonamiento. En base a ellas conseguirá demostrar la diferencia que existe entre introducir a las mujeres en conceptos legales preexistentes, y basar los conceptos legales en la experiencia femenina. Veamos qué repercusiones tiene optar por cada una u otra opción.

La opción que consiste en introducir a las mujeres en los conceptos legales preexistentes la denomina enfoque de las "diferencias". En él se parte de lo ya firmemente establecido en el discurso legal sobre la igualdad, y el razonamiento consiste en afirmar:

1º) que el acoso sexual, en la mayoría de los casos, es una práctica que se produce en el ámbito laboral; 2º) que dicha práctica no se hubiera producido si el sexo de la víctima hubiera sido diferente; 3º) que al no tomarse medidas sobre aquello que produce el acoso sexual, en general, se produce una situación de desigualdad entre hombres y mujeres; 4º) que si se tomaran medidas eso podría constituir la defensa¹⁷⁰.

Es decir que incluso en los propios términos del sistema legal, el acoso sexual podría ser considerado fácilmente como una cuestión de "discriminación sexual". ¿Pero qué es lo que hace que Mackinnon considere este enfoque insuficiente y opte por otro?, ¿Cuáles son las limitaciones del enfoque de las "diferencias"? Para ella "*Este enfoque de la discriminación sexual concibe implícitamente la situación social de los sexos como una expresión de un modelo de diferencias sexuales... Desde este punto de vista, prohibir la discriminación sexual no es prohibir todas las diferenciaciones entre los sexos sino sólo aquellas que han sido consideradas no bien fundadas o falladas, esto es, distinciones incorrectas o tópicas entre los sexos. La prueba para la discriminación es si una norma o práctica está irracionalmente motivada en una diferencia sexual*"¹⁷¹

Así, Mackinnon traslada la crítica a la cuestión de la racionalidad. Según ella la racionalidad masculina no resuelve una cuestión tan seria como es la de la viabilidad de una prueba de discriminación que depende, en último extremo, de un tribunal fundado en la diferenciación irracional.¹⁷² Desde este enfoque no hay salida posible. Para Mackinnon, el enfoque de las diferencias sobre el acoso sexual es meramente una posición defensiva.

¹⁷¹ Mackinnon, *Sexual Harassment*, supra nota 2 p.47.

¹⁷² *Op. Cit.*, pp. 427 y ss. *Jurisprudencia feminista*. Es decir un tribunal que refleja la desigualdad.¹⁷³ Este concepto aparece en *Feminismo sin adulterar* y también en *Hacia una teoría feminista del Estado*, ambas obras citadas ya reiteradamente.

En el segundo enfoque, la autora parte de la experiencia femenina de acoso sexual, y utiliza aquellas aportaciones de la doctrina de la discriminación sexual que resaltan la importante dimensión de la desigualdad social dejando más de lado las cuestiones de las "diferencias". El reparar más en la desigualdad que en la diferencia le permitirá enfocar la cuestión del acoso sexual como una cuestión de "subordinación"¹⁷³: "*Las prácticas que expresan y refuerzan la desigualdad social de las mujeres con respecto a los hombres son claramente casos de discriminación basada en el sexo en el enfoque de la desigualdad. El acoso sexual de las mujeres trabajadoras es utilizado para efectuar la discriminación en el trabajo basada en el sexo, donde el sexo es definido como el significado o resultado social de la biología sexual. Las mujeres son acosadas sexualmente por los hombres porque son mujeres, esto es, a causa del significado social de la sexualidad femenina, aquí, en el contexto del empleo o trabajo*"¹⁷⁴.

La importancia del enfoque de la desigualdad comparado con el de las diferencias no sólo se ciñe a la cuestión del acoso sexual. La desigualdad va más allá de la discrepancia o la diversidad. La desigualdad se traduce en subordinación y "*desde este punto de vista, los roles de hombres y mujeres no son sólo diferentes; los roles de los hombres son socialmente dominantes, los roles de las mujeres están subordinados a ellos. Las mujeres como grupo son consideradas para ser relegadas a trabajos que no solamente son distintos a los de los hombres sino que también están trivializados, desvalorizados, y poco remunerados*"¹⁷⁵

Mackinnon apuesta por el enfoque de la desigualdad, el único que a su parecer aparece planteado en el método feminista, a pesar de que la doctrina del acoso sexual, desde sus orígenes, haya participado de ambos enfoques. Según la autora, que existan dos enfoques provoca polémica en torno a las experiencias de acoso sexual de las mujeres. Por un lado, sus definiciones básicas reflejan correctamente las experiencias femeninas del acoso sexual como una atención sexual *no deseada*. Pero, por otro, habrían permitido que los mitos masculinos sobre las mujeres fueran reintroducidos en el derecho mediante la aplicación judicial de las definiciones.

En 1978¹⁷⁶, y recogiendo los planteamientos de Mackinnon, el Tribunal Superior de Apelaciones del Distrito de Columbia se convirtió en el primer tribunal de apelaciones en admitir que el acoso sexual era *discriminación sexual*, y por lo tanto prohibido por la ley federal de igualdad de oportunidades en el empleo. El caso en el que esto se plasma es el caso "*Barnes contra Costle*" y, como suele suceder en las sentencias en las que por primera vez se introduce algo novedoso, nos encontramos con que no se hace con toda la claridad deseada. De hecho en esta sentencia se recogerán tanto argumentos del enfoque de la desigualdad como del de las "diferencias".

Consideremos el siguiente párrafo del caso: "*El demandado había expresado que <<al apelante o demandante se le había supuestamente denegado el incremento de sueldo en*

¹⁷⁵ Mackinnon: *Op.Cit.*, 1995, p.435.

¹⁷⁶ Aunque no estaba publicado existía ya en 1975 un borrador del argumento de Mackinnon que circulaba libremente. C.A.Littleton *Op.Cit.*, p.768.

el empleo no porque fuera una mujer, sino porque decidió no cumplimentar las consideraciones sexuales que decía le habían sido demandadas>>. No podemos aceptar este análisis de la situación expuesto por la demandante. Pero su femineidad, por muy evidente que aparezca, no le obliga a su participación en una actividad sexual que nunca debería haber sido solicitada. Decir, por tanto, que fue victimizada en su empleo simplemente porque declinó la invitación, es ignorar el hecho probado de que fue invitada solo porque era una mujer subordinada, al que invitaba, en la jerarquía de la agencia de personal"¹⁷⁷.

Podemos observar que en esta parte del texto el Tribunal reproduce el argumento de "desigualdad" de Mackinnon mediante la combinación del reconocimiento del "*status sexual*" con el de la "*jerarquía*". Pero tengamos en cuenta la siguiente parte de la sentencia. "*No hay ni que decir que una condición similar puede ser impuesta a un subordinado masculino por un superior heterosexual femenino, o a subordinados de ambos sexos por un superior homosexual del mismo sexo. En cada caso, el problema legal sería idéntico al que nos confrontamos ahora -la exigencia injusta de una condición que, por el sexo de él o de ella, el empleado no podría encarar o hacer frente. Situaciones, como esa en el bar, deben ser diferenciadas de las de un superior bisexual que condiciona las oportunidades de empleo de un subordinado de cualquiera de los dos sexos que participe en un affair sexual. En el caso del superior bisexual, la insistencia sobre los favores sexuales no constituyen discriminación sexual porque son aplicadas tanto a empleados masculinos como a femeninos.*"¹⁷⁸ Comprobamos al analizar esta parte de la sentencia, que el argumento que en ella se utiliza es el de las "diferencias".¹⁷⁹

A modo de resumen podemos decir que Mackinnon propugna para el método jurídico de la teoría feminista que éste tome a la Mujer (definida en términos de subordinación social) como su categoría central, y a la "*experiencia de las mujeres*" como su fuente de datos. Con lo dicho hasta el momento sobre el desarrollo de la doctrina sobre el acoso sexual esta petición de Mackinnon es ciertamente pertinente. No es ninguna trivialidad el empeño de hacer visibles todos los supuestos hipotéticamente neutrales, tanto en la práctica como en la teoría, supuestos que ciertamente no son neutrales. Aunque fuera de los círculos feministas la primacía de la "experiencia femenina" es duramente cuestionada¹⁸⁰. Veamos a continuación el controvertido segundo paso de su metodología, -la unidad de la experiencia femenina-.

¹⁷⁸ C. Littleton: *Op.Cit.*, p. 770.

¹⁷⁹ La EEOO ("Equal Employment Opportunity Commission"/"Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo) promulgó en 1980 las pautas o directrices para considerar la prohibición de "acoso sexual" como una forma de *discriminación sexual*. Pero en ningún caso señaló cuál de los dos enfoques adoptaba o debería ser adoptado.

¹⁸⁰ J.A.García Amado, "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho, en *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, pp.13-42. En este artículo el autor plantea la siguiente cuestión: "*desterrada por ficticia toda pretensión de neutralidad, queda patente que también el método jurídico feminista sirve a un determinado resultado, cual es, en este caso, eliminar toda situación de sometimiento y discriminación de la mujer. Pero el problema naturalmente surgirá en aquellos casos en que el logro de este objetivo exija la vulneración de una norma jurídica válida. ¿Exige el método feminista en tal supuesto la decisión <<contra legem>> ¿O simplemente ocurre que la decisión de los casos a tenor de este método requiere prescindir de las normas jurídicas, cuestionadas en su misma pretensión de generalidad y abstracción, como hemos visto?*" García Amado: *Op.Cit.*, 1992, p.32.¹⁸¹ Por ejemplo el trabajo de K. Abrams, "Feminist Lawyering and Legal Method", en *Law and Social Inquiry*, vol16, n2,1991 pp.373-404.

2.2 La unidad de la experiencia femenina.

El párrafo en el que Mackinnon describe "*el secreto de la metodología*" feminista incluye: a) el proceso del conocimiento -recogida de datos- "*crear en las vivencias o informes de las mujeres*"; y b) -el resultado de tal proceso- "*el uso y abuso sexual por parte de los hombres*". Algunos críticos han aceptado el proceso de conocimiento, pero cuestionan profundamente el resultado del mismo¹⁸¹.

Para Mackinnon, la cosificación social de las mujeres se puede explicar mediante las categorías de "uso" y "abuso"¹⁸². Para explicar estas categorías, toma a modo de referencia el trabajo que desarrolla la revista *Playboy*¹⁸³, y se pregunta qué es lo que hace exactamente esta revista. La autora responde de la siguiente manera. En primer lugar *Playboy* coge a una mujer (cualquier mujer) y convierte su sexualidad en algo que cualquier hombre que así lo desee puede comprar por una pequeña cantidad de dinero. Este acceso de los hombres a la sexualidad de las mujeres es entendido socialmente como un ejercicio de la libertad, tanto de él como de ella. El propio acceso hace que ella se convierta en algo "usado" por él, se convierta en un objeto o cosa para su utilización sexual. Así describe la autora lo que sucede, cómo sucede y entre quién y qué sucede, en la actividad desarrollada por *Playboy*. Para explicar qué es lo que piensa de esa actividad utiliza un símil. Dice, una copa es parte de un mundo de objetos, valorada según su aspecto y su uso. Si alguien rompe ese objeto, esa copa, puede producir distintas reacciones. Una puede ser la sensación de "abuso" (si se tira, o no se toman las debidas precauciones para que no se rompa...); y otra puede ser una sensación de tristeza durante unos instantes hasta que es remplazada. Sea lo que sea lo que provoque el hecho, su uso no infringe nada porque es para ser utilizada para lo que está hecha. De forma similar *Playboy*, como norma o pauta, está diciendo que utilizar (usar) a una mujer sexualmente no viola su naturaleza porque es para lo que está hecha, es decir, usar a una mujer sexualmente no es un abuso porque su uso expresa su naturaleza, aquello para lo que está hecha. Así Mackinnon concluye que criticar a *Playboy*, como la expresión de un standar de comportamiento, por cómo una mujer puede ser tratada, es decir algo muy sencillo "que una mujer no es una copa, ni su sexualidad, tampoco"¹⁸⁴.

Ciertamente, esta visión de las mujeres -como objetos cuya utilización no constituye necesariamente un abuso -no es patrimonio exclusivo del reducido número de hombres que producen pornografía. Mackinnon afirma que esta construcción de la mujer como objeto sexual, por parte de los hombres, es lo que les permite reconocerse a sí mismos no sólo como varones (sexuados), sino propiamente como sujetos. Para desacreditar posibles lecturas esencialistas, Mackinnon afirma que esto no constituye una visión limitada al hombre. Piensa que la capacidad del poder masculino de imponer su propio punto de vista como si fuera la

¹⁸² Ver Mackinnon: Op.Cit., 1995. pp.221 y ss.

¹⁸³ Ver Mackinnon: Op.Cit., 1995, pp.349 y ss.

¹⁸⁴ Mackinnon: Op.Cit., pp. 349 y ss.

única realidad verdaderamente existente provoca que las mujeres vivan su propia cosificación como una realidad material.

Esta explicación de la autora sobre lo que *Playboy* hace puede ser interpretada como un rechazo de dos perspectivas muy diferentes sobre la situación femenina. Lo más obvio es que Mackinnon rechaza el punto de vista masculino dominante sobre las mujeres, el que considera que la utilización no es abuso. Pero, además, rechaza una segunda perspectiva: la de aquellas feministas¹⁸⁵ que no interpretan los informes o vivencias femeninas como una utilización y abuso sexual por parte de los hombres.

El feminismo *adulterado*¹⁸⁶ donde las categorías de "uso" y "abuso" son distintas supone que podemos encontrar una línea divisoria entre un acceso sexual a las mujeres aceptable (desde la perspectiva jurídica, no penalizado por la ley) y otro inaceptable (el penalizado por la ley). Por el contrario si partimos de que las mujeres en la actualidad funcionamos en un mundo estructurado por los hombres donde somos los objetos de esos sujetos, entonces no hay forma de distinguir entre acceso sexual masculino a las mujeres y abuso. Esta es la posición mantenida por Mackinnon: que esa construcción masculina que es la Mujer no puede ser tratada desde un punto de vista sexual nada más que como objeto, excepto en las raras y valiosas ocasiones en las que la subjetividad de las mujeres es reconocida por el compañero.

El rechazo de Mackinnon tanto a las perspectivas masculinas como a las de las feministas *"adulteradas"* explica la distinta aceptación en el ámbito legal y en el feminista del trabajo llevado a cabo por ésta en tres áreas relacionadas como son el acoso sexual, la violación, y la pornografía. Para Mackinnon no existe prácticamente diferencia entre estos tres fenómenos ya que desde su perspectiva todos son ejemplo de la utilización o uso sexual de las mujeres, lo que es en sí un abuso sexual. En otras palabras, es un abuso utilizar a las mujeres, y utilizarlas mal es simplemente el peor abuso.

IV: CONCLUSIONES

En la introducción se ha hecho referencia a la "impermeabilidad" del Derecho ante las propuestas teóricas feministas (sobre todo en lo que se refiere a las cuestiones epistemológicas suscitadas por éstas), así como a la poca atención prestada a las aportaciones teóricas que en el ámbito jurídico (sobre todo anglosajón pero no sólo) y desde los años 70 hasta la actualidad se han producido desde lo que podríamos denominar "teoría jurídica feminista", o "teoría feminista del derecho". Teniendo en cuenta esta situación, el objetivo principal de esta exposición consiste en mostrar las aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del derecho y de la experiencia jurídica. Objetivo que se desdobra en dos: a) el primero, exponer (aunque no sólo, ya que se realizan algunas críticas) las distintas aportaciones teóricas desde los diferentes enfoques adscritos a la "teoría feminista del derecho" sobre las formas en las que el derecho ha tratado históricamente a las mujeres, y; b) el segundo, exponer la aproximación crítica al método jurídico que desde una perspectiva de género han realizado autoras como Bartlett y Mackinnon al desenmascarar la neutralidad,

¹⁸⁶ En contraposición a lo que Mackinnon (1995) denomina "feminismo sin adular" (el que consiste en creer en los informes de las mujeres sobre sus vidas con la comprensión de que estos informes revelan el uso y abuso sexual por parte de los hombres), el feminismo adulterado sería todo aquél que no es partícipe de esta idea.

racionalidad y objetividad con la que es presentado el método jurídico, a la vez que señalan algunos de los compromisos ideológicos que éste adquiere.

En todos los enfoques se constata la necesidad epistemológica de reelaborar conceptos a la hora de dar cuenta de cómo el discurso jurídico ha construido a la Mujer. Las aportaciones iusfeministas señalan que los términos al uso enmascaran el hecho de que el derecho es sexista, es masculino o tiene género¹⁸⁷. Caracterizaciones que muestran en líneas generales que:

a) El concepto de ser humano se presenta como proyección del modelo masculino.

b) El contenido de los conocimientos que sobre las mujeres nos ofrece el discurso jurídico, son contenidos que instituyen a la mujer como desviación de la persona (el varón) e inferior naturalmente.

c) Los métodos utilizados para obtener esos conocimientos se han reducido, fundamentalmente al ideal positivista de la objetividad científica y a la negación de la presencia de valoración en el conocimiento.

El discurso jurídico sobre la mujer no sólo refleja una determinada visión de la mujer, hecho que se puede considerar irrelevante, lo importante es que como dice Mackinnon¹⁸⁸ *"el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres"*, afirmación que se constituye en la primera crítica iusfeminista al derecho¹⁸⁹. La segunda crítica iusfeminista consiste en señalar que las normas jurídicas no son genéricamente neutrales como pretenden. Bajo la aparente neutralidad de algunas de ellas late una visión masculina¹⁹⁰ que si no es detectable en la neutralidad de la expresión lingüística si lo es en la interpretación de la misma. Sirva de ejemplo el trabajo desarrollado por Larrauri sobre el dolo de matar, la aplicación de agravantes (alevosía), y la legítima defensa en los casos en los que las mujeres maltratadas tras años de ser maltratadas por su marido deciden eliminarlo. La tercera crítica iusfeminista consiste en señalar que el derecho infravalora a las mujeres y como consecuencia de ello las desprotege¹⁹¹.

Las teóricas feministas del derecho, después de realizar esta crítica o deconstrucción del discurso jurídico, han constatado la necesidad reelaborar ese discurso a través de la

¹⁸⁸ Mackinnon: Op.Cit., 1995, p.64

¹⁸⁹ E. Larrauri hace referencia a *"...existen un número de tipos penales que establecen un trato distinto respecto de hombres y mujeres.... (su existencia)....se defiende afirmando que plasman exclusivamente las diferencias biológicas que separan a las mujeres de los hombres, o que responden a las "diferencias funcionales" existentes entre los sexos."* Larrauri: Op.Cit., 1996, p.49-50.

¹⁹⁰ Como ha señalado oportunamente A.Facio: Op.Cit., 1992.

¹⁹¹ Posiciones defendidas entre otras por Gilligan: Op.Cit., 1985.¹⁹² Como ya hemos señalado el sólo intento de elaborar una teoría feminista del derecho ha sido criticado por un sector iusfeminista afirmando que ello contribuye a la "teticización del derecho" como discurso hegemónico de conocimiento. Smart: Op.Cit., 1998.

realización de una teoría feminista del derecho¹⁹² que considere a la mujer como sujeto de derechos y que parta de su situación y las concretas condiciones de existencia en que las mujeres se encuentran. La base programática de esta tarea se resume de la siguiente manera: 1) acabar con la desigualdad, desigualdad que no diferencia, el derecho debe plasmar la diferencia (pluralidad), es por ello que se acomete la tarea de distinguir conceptualmente entre "trato igual" y "trato desigual positivo"¹⁹³; 2) reconstruir a la mujer como sujeto de derechos partiendo de su situación real y considerando las condiciones reales de existencia en las que se encuentran.

Los esfuerzos realizados desde la teoría feminista del derecho han dado unos resultados que lógicamente no están exentos de críticas y sirvan como botón de muestra los siguientes¹⁹⁴: 1) el iusfeminismo puede incurrir en un casuismo que imposibilite el debate sobre principio generales; 2) el iusfeminismo puede incurrir en un relativismo que haga imposible una visión de la justicia para todos ya que la renuncia a criterios objetivos, imparciales, e igualitarios supondría que sólo existiera la justicia para el caso concreto; 3) el isufeminismo puede incurrir en un particularismo que deslegitime la aspiración de que existan normas aplicables a todos los grupos humanos, sin reparar adecuadamente en que él mismo aspira a que existan normas generales para tratar a un colectivo como el de las mujeres que a su vez se compone de distintos tipos de mujeres; 4) la confusión entre método y práctica metodológica. Pero no era el objetivo fundamental de esta exposición el tratar de las críticas que se realizan a la teoría feminista del derecho si no dar a conocer lo que dicha teoría ha aportado. Las críticas y una posible alternativa la dejo para posteriores trabajos.

¹⁹⁴ Las posiciones más críticas respecto a la *Feminist Jurisprudence* las sostienen en nuestro ámbito autores como M.A.Barrère: Op.Cit., 1996, y A.García Amado: Op.Cit., 1992.