

Owen M. Fiss

¿QUE ES EL FEMINISMO?

DOXA-14 (1993)

¿QUE ES EL FEMINISMO?*

Hace tiempo, Alexis de Tocqueville señaló la peculiar tendencia de los norteamericanos a crear una vestidura legal para todas las controversias políticas y sociales. Esta observación, hecha hace más de un siglo y medio, tiene hoy tal vez más validez que nunca y es confirmada a través de la particular relación de los norteamericanos con el feminismo.

El feminismo es el conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar una mayor igualdad para las mujeres. El feminismo, como su ideología dominante, da forma y dirección al movimiento de las mujeres y, desde luego, es moldeado por éste. Las mujeres buscan igualdad en todas las esferas de la vida y utilizan una amplia gama de estrategias para alcanzar este objetivo. El feminismo no pertenece exclusivamente al campo del derecho. Sin embargo, el derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado, cuanto como un instrumento para la reforma. El resultado es que el feminismo se ha convertido en una preocupación especial para los abogados.

Algunos abogados, por ejemplo, Catharine Mackinnon, han jugado un papel casi arquitectónico en el pensamiento feminista. Otros han contribuido a través de actividades profesionales más tradicionales. Los tribunales se han visto inundados por demandas

* Sterling Professor of Law de la Yale University. Este ensayo fue presentado ante el Congreso del Consejo General del Poder Judicial en Madrid, diciembre de 1992 y luego, en marzo de 1993, al claustro de profesores de la Facultad de Derecho de Tel Aviv. Este ensayo se ha visto beneficiado por los comentarios recibidos en dichos ámbitos. También deseo agradecer la contribución especial que realizaron mis asistentes de investigación: Jennifer K. Brown, Brooks Fudenberg, Christopher Kutz y Tracey M. Robertson.

legales para obtener una mayor igualdad para las mujeres y las leyes en busca del mismo objetivo son hoy un lugar común. El feminismo también ha tenido una gran importancia en la reciente lucha por el poder en la Corte Suprema de Justicia.

Ruth Bader Ginsburg, la primera candidata propuesta por el presidente Clinton para la Corte Suprema, de hecho el primer candidato de un presidente demócrata en los últimos 25 años, desarrolló su carrera luchando por los derechos de las mujeres. Del mismo modo, las batallas por los acuerdos de dos candidatos republicanos—Clarence Thomas y Robert Bork—tuvieron su eje en temas feministas. En el otoño de 1991, el país estaba crispado por las denuncias de acoso sexual presentadas por Anita Hill en contra del juez Clarence Thomas. La derrota de Robert Bork en 1987—uno de los hechos más importantes en la historia constitucional contemporánea—se debió en buena medida a su posición respecto de dos casos que son fundamentales para el feminismo: *Griswold v. Connecticut*¹ y *Roe v. Wade*². El caso *Griswold* estableció un derecho a la privacidad y lo utilizó para permitir el acceso a medios de control de natalidad y *Roe*, desarrollado a partir de *Griswold*, declaró la inconstitucionalidad de aquellas leyes que criminalizaban el aborto.

El feminismo también ha jugado un papel importante en la academia jurídica. Casi todas las facultades de derecho de los Estados Unidos tienen un curso sobre el tema. Estos cursos son cada vez más populares y provocan discusiones y argumentos que suelen extenderse a los pasillos y corredores. Durante la última década aparecieron al menos una docena de revistas jurídicas dedicadas exclusivamente al feminismo. Aun las revistas jurídicas no especializadas, como el *Yale Law Journal* o la *Harvard Law Review* publican regularmente artículos sobre feminismo. En todos ellos, el feminismo no se presenta simplemente como una ideología política, sino como una teoría jurídica y me atrevo a decir que se trata de la teoría jurídica de los noventa. Es la fuente y el punto de partida de las discusiones más exigentes y controvertidas que hoy tienen lugar en la academia jurídica.

En este trabajo me he propuesto la tarea de describir y analizar el feminismo como una teoría jurídica. Este intento será acompañado por las dificultades usuales que cualquiera experimentaría si fuese lo suficientemente tonto como para tratar de destilar en una sola teoría algo tan variado como es la literatura feminista. Como las teorías jurídicas más importantes de las últimas dos décadas, el análisis eco-

nómico del derecho y la escuela crítica del derecho, analizados en un artículo anterior³, el feminismo tiene distintos significados para distintas personas. Es habitual hacer distinciones entre «feministas radicales», «feministas culturales», «feministas liberales» y «feministas socialistas»⁴. Estas distinciones son tan significativas como las distinciones entre las ramas más radicales y más moderadas de la escuela crítica del derecho o de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chicago o de Yale en relación a la escuela económica del derecho.

El feminismo es tan variado como cualquier conjunto de ideas, pero existe una dificultad especial respecto al feminismo. Como veremos, el feminismo no es una teoría sino dos. En un nivel, el feminismo es una teoría acerca de la igualdad. En otro nivel, más abstracto o general, es una teoría acerca de la objetividad del derecho. En ambas versiones, el feminismo representa un desafío profundo a las tradiciones políticas y jurídicas establecidas, pero también creo que existe un conflicto entre estas dos versiones del feminismo y este conflicto debe ser reconocido. El feminismo igualitario está en conflicto con su epistemología radical y, finalmente, uno deberá ceder ante el otro.

I

El período moderno del derecho constitucional norteamericano comenzó en 1954, cuando la Corte Suprema emitió el fallo *Brown v. Board of Education*⁵. En el caso en cuestión, la Corte declaró inconstitucional el sistema educativo que segregaba a los negros y a los blancos por motivos raciales. Pero más importante aún fue el hecho de que la Corte en este caso reposicionó a la igualdad dentro de la constitución. Durante la mayor parte de nuestra historia la libertad fue considerada como el principio supremo, dominando e incluso excluyendo otros valores. Sin embargo, la Corte en *Brown* enfatizó la importancia de la igualdad y la utilizó para justificar el sacrificio de ciertas libertades individuales, como el derecho de asociación.

³ Owen M. Fiss, *¿La Muerte del Derecho?* 10 *Doxa* 123 (1991).

⁴ Una revisión adecuada de las distintas tendencias del feminismo contemporáneo incluye los siguientes trabajos: Alison Jaggar, *Feminist Politics and Human Nature* (1983) e Isabel Marcus, Paul J. Spiegelman, Ellen C. Dubois, Mary G. Dunlap, Carol J. Gilligan, Catharine MacKinnon & Carrie J. Menkel-Meadow, *Feminist Discourse, Moral Values and the Law - A Conversation*, 34 *Buffalo Law Review* 11 (1985).

⁵ 347 U.S. 483 (1954).

¹ 381 U.S. 479 (1965).

² 410 U.S. 113 (1973).

El caso Brown marcó el comienzo de una nueva era tanto en lo político como en el derecho constitucional y puso en marcha una serie de cambios radicales en la sociedad norteamericana. Durante un período de veinte años, aproximadamente desde 1954 hasta 1974 y especialmente en los sesenta, la Corte Suprema y el movimiento por los derechos civiles estuvieron enlazados por un diálogo intenso y profundo.

Una y otra vez, la Corte Suprema fue utilizada para elaborar el ideal constitucional de igualdad y para diseñar remedios que tuvieran un contenido práctico.

Hacia mediados de los años setenta, el movimiento por los derechos civiles perdió la mayor parte de sus fuerzas, tanto en los tribunales como en cualquier otra parte⁶. La marea estaba cambiando. Muchos continuaron luchando por una mayor igualdad para los negros, pero sus esfuerzos fueron tanto desesperados como marcados por una actitud defensiva que buscaba aferrarse a lo que se había obtenido en el pasado. En ese mismo momento, sin embargo, el movimiento de mujeres comenzó a tomar raíz en los círculos legales y en 1973 estableció una cabeza de playa decisiva en el campo constitucional con el fallo *Roe v. Wade*. El camino hacia delante no era ni recto ni estaba despejado. Pero durante el final de la década de los setenta y la década de los ochenta, el movimiento de las mujeres creció en poder y adhesiones, así como el movimiento de los derechos civiles perdió su importancia. Y es hoy que el movimiento de las mujeres constituye la avanzada de la lucha por la igualdad.

Existen algunos elementos libertarios en el feminismo. Hay quienes ven al fallo *Roe v. Wade* como una victoria de la libertad, dando a cada mujer el derecho de elegir la posibilidad de realizar un aborto y por lo tanto el derecho a controlar su cuerpo. Esta interpretación de *Roe v. Wade* tiene una enorme importancia en la cultura popular y en los círculos políticos. Sin embargo, no tiene demasiado sentido en términos de la teoría constitucional. La constitución de los Estados Unidos no confiere a ningún individuo una libertad absoluta en dominio alguno. Requiere, sin embargo, que cada límite a la libertad establecido por parte del Estado esté justificado.

Si no hubiera otras cuestiones involucradas, tales como la igualdad, el deseo del Estado de proteger la vida del feto podría ser suficiente para limitar la decisión de abortar un embarazo. La decisión de la Corte Suprema en *Roe v. Wade* tiene sentido constitucional sólo si tomamos en cuenta una interpretación del significado del

⁶ *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974); *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

derecho a elegir un aborto dada la posición de las mujeres: como un medio de incrementar su igualdad.

Los feministas recorrieron un camino teórico paralelo al del movimiento de los derechos civiles en su interpretación de la igualdad⁷. El feminismo comenzó con un ataque a la discriminación; condenó aquellas políticas y prácticas por las cuales un hombre es elegido para un trabajo o un cargo en la universidad simplemente porque es un hombre. Los feministas proclamaron una regla unívoca para ambos sexos y demandaron que las personas no fueran juzgadas o discriminadas en base a su sexo⁸. Esta era la posición dominante del feminismo en los años setenta y es conocida como «feminismo liberal». Pero a medida que el movimiento maduró, un objetivo más ambicioso se hizo evidente —terminar con la subordinación de las mujeres como grupo— y éste es el objetivo que define hoy al movimiento⁹.

Los feministas ahora están preocupados principalmente con las jerarquías, antes que con la discriminación, y entienden la igualdad en términos de lo que llamaré principio de antisubordinación: un principio que condena aquellas prácticas que tienen el efecto inevitable de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados.

Dentro de este esquema la discriminación sigue siendo condenada. Pero por su función de subordinar a las mujeres como grupo y por ende de crear y perpetuar una jerarquía de género y no simplemente porque supone un tratamiento injusto para ciertos individuos identificables. Más aún, la discriminación —la elección entre candidatos que compiten por un cargo sobre la base de género— es visto como uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos.

Obviamente, muchos feministas, aun aquellos de los sectores más radicales, todavía sostienen sus argumentos en términos de discriminación, pero creo que esta actitud responde simplemente a una estrategia retórica para hacer que su posición aparezca como más aceptable para aquellos formados en la ortodoxia de la tradición antidiscriminatoria. Esto puede comprobarse si examinamos las

⁷ Ver Owen M. Fiss, *Groups and The Equal Protection Clause*, 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

⁸ Ver Barbara Brown, Thomas I. Emerson, Gail Falk & Anne E. Freedman, *The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women*, 80 *Yale Law Journal* 871 (1971).

⁹ Una perspectiva adecuada para analizar la transición y el uso de derecho por parte de los feministas desarrollado en el contexto de los derechos civiles puede encontrarse en Catherine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (1979).

facetas más ambiciosas y controvertidas del programa feminista: aquéllas que ubican al feminismo en el centro de las preocupaciones académicas y establecen su identidad como un conjunto de ideas distintas. Una de ellas consiste en la demanda, recientemente aceptada por la Corte Suprema en el caso Santa Clara¹⁰, por la cual a las mujeres les es conferido un tratamiento preferencial.

El tema del tratamiento preferencial surge cuando existen situaciones de escasez de oportunidades de puestos de trabajo o cargos universitarios y que deben ser distribuidos entre distintos individuos. En este contexto, los feministas han desarrollado un número de estrategias para mejorar la cantidad de oportunidades de las que gozan las mujeres y algunas de estas estrategias podrían caber cómodamente dentro del esquema del principio antidiscriminatorio. Por ejemplo, los feministas han atacado algunos criterios de los sistemas de empleo que perjudican a las mujeres, tales como los de estatura o la regla que considera al embarazo como una incapacidad, diciendo que estos criterios no tienen relación con el desempeño laboral y por ello son el equivalente funcional a la discriminación por género. Los feministas también han atacado algunos criterios de selección orientados hacia el pasado (por ejemplo, el de antigüedad en el cargo) con el argumento de que perpetúan discriminaciones preexistentes¹¹. Aquí también vemos cómo actúa el principio antidiscriminatorio.

Sin embargo, el principio antidiscriminatorio pierde fuerza cuando los feministas demandan que los así llamados criterios meritocráticos de selección sean modificados y que la preferencia entre competidores por un puesto de trabajo sea otorgada a las mujeres como una forma de incrementar su participación en el campo laboral. Por definición, los criterios meritocráticos están vinculados con el desempeño laboral y no constituyen un método de perpetuar discriminaciones pasadas. Del mismo modo, el uso de tal criterio no puede ser juzgado como un medio de crear discriminaciones inaceptables, aunque su uso puede aún tener el efecto de crear desventajas y por lo tanto de subordinar a las mujeres.

El principio de antidiscriminación no sólo es incapaz de suplir la base teórica para este ataque al criterio meritocrático o de sostener la insistencia acerca de que ante la escasez de oportunidades le sean conferidos privilegios a las mujeres, más aún, puede negar o prohibir tal sistema de preferencias. El principio antidiscriminatorio se con-

centra en la equidad con la cual son tratados los individuos, y cualquier hombre que sea rechazado como resultado del proceso de selección que favorece a las mujeres sobre la base de su género puede reclamar haber sido tratado injustamente. Desde luego, el principio antidiscriminatorio puede ser modificado para excusar la discriminación cuando el motivo de ella es mejorar la posición general de las mujeres, pero si sigue esta estrategia prácticamente no tiene diferencias con el principio de antisubordinación.

La importancia del principio de antisubordinación en el pensamiento feminista también puede ser apreciado en el ataque a la idea tradicional de maternidad o, en términos menos ásperos, a la concepción social que fusiona la división social y biológica del trabajo y que hace a las mujeres responsables en primer grado del cuidado de los niños¹². Esta concepción social es considerada por los feministas como una causa importante de desventajas. El cuidado de los niños tiene, ciertamente, sus recompensas intrínsecas, pero éste no es el tema. Lo que preocupa a los feministas es la práctica que asume en forma automática que la responsabilidad por el cuidado de los niños corresponde a sus madres. Esta práctica tiende a recluir a las mujeres en los hogares, inhabilitándolas para obtener la experiencia y las calificaciones requeridas para las ocupaciones que para la sociedad tienen mayor prestigio y reconocimiento. También hace que sea difícil para las mujeres mantener esas mismas posiciones cuando están calificadas para hacerlo. Algunas mujeres dejan el hogar para trabajar, pero aun sobre ellas pesa la expectativa de dar prioridad a los niños cuando surja el conflicto entre el trabajo y la familia.

El principio antidiscriminatorio, al estar comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos, no admite una práctica tan sutil y a la vez extendida como la imposición de los deberes de cuidado a las mujeres. Una decisión de distribuir empleos puede ser percibida como parte de la división del trabajo en consideración al género (las mujeres se quedan en casa con los niños, los hombres salen a trabajar), pero esa decisión es más el resultado de una aceptación social que la consecuencia de lo que presupone el paradigma discriminatorio: una elección deliberada por parte de una autoridad no identificable, como un empleador o un funcionario de admisiones. El principio de antisubordinación no es tan limitado, dado que alcanza a cualquier práctica que pone a las mujeres en desventaja, y por lo tanto ofrece las bases teóricas para aquellos aspectos del programa feminista que

¹⁰ Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, 480 U.S. 616 (1987).

¹¹ Ver Owen M. Fiss, *An Uncertain Inheritance*, in the Outer Circle: Women in the Scientific Community 259 (Harriet Zuckerman, Jonathan R. Cole & John T. Breuer editors, 1991).

¹² Ver en general Dorothy Dinnerstein, *The Mermaid and the Minotaur: Sexual Arrangements and Human Malaise* (1977).

están dirigidos a incrementar la disponibilidad de mecanismos de control de natalidad, el requerimiento a los empleadores de proveer licencias por maternidad y paternidad y el apoyo para la creación de guarderías infantiles.

El principio de antisubordinación también ofrece un criterio para comprender una parte crucial del programa feminista —designado como «valor comparable» o «paga equitativa»¹³ que busca obtener iguales salarios para las mujeres en el contexto de un mercado de trabajo que está ampliamente segregado por criterios sexuales. El principio de «valor comparable» no ataca todas las diferencias en términos de los ingresos, algunas de las cuales pueden ser atribuibles a requerimientos de mayor capacitación técnica (a los cuales las mujeres no pueden llegar dadas sus responsabilidades domésticas o debido a implícitas exclusiones de los programas de entrenamiento). Interviene sólo en aquellas diferencias donde los trabajos son funcionalmente equivalentes o comparables, si bien se retribuyen en forma desigual. La preocupación aparece con las situaciones en las cuales las secretarías cobran la mitad del salario de un conductor de camiones, a pesar de que el valor de cada trabajo, medido por algún criterio abstracto, es el mismo. Las mujeres son las secretarías, y los hombres los conductores de camiones.

En algunos casos los empleadores excluyen a las mujeres de los trabajos mejor pagados desde un primer momento simplemente porque son mujeres; una práctica económicamente poco inteligente que también puede ser erradicada como una forma grosera de discriminación. El derecho no permite las apetencias discriminatorias del empleador o las de sus empleados. Un empleador también puede ser considerado responsable bajo el principio antidiscriminatorio por los vestigios de prácticas excluyentes que hayan ocurrido en el pasado y que se reflejan en la hostilidad y el acoso que las mujeres pueden encontrar cuando buscan acceder a una categoría laboral que el empleador tenía previamente reservada para los hombres. Estos trabajos aún pueden ser considerados como efectivamente vedados a las mujeres¹⁴.

¹³ Ver Paul Weiler, *The Wages of Sex: The Uses and Limits of Comparable Worth*, 99 *Harvard Law Review* 1728 (1986). Ver también Deborah H. Rhode, *Occupational Inequality*, 1988 *Duke Law Journal* 1207 y *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law* (1989); ver además Mary E. Becker, *Barriers Facing Women in the Wage-Labor Market and the Need for Additional Remedies: A Reply to Fischel and Lazear*, 53 *University of Chicago Law Review* 934 (1986).

¹⁴ Ver Vicki Schultz, *Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument*, 103 *Harvard Law Review* 1749 (1990).

Imaginen, sin embargo, una situación en la cual el empleador formal y efectivamente mantiene una posición abierta para los trabajos mejor pagados, pero gracias a la presión social, las mujeres son educadas implícitamente y de distintas maneras para evitar esos trabajos e inducidas a buscar sólo aquéllos de menor paga. Las mujeres son canalizadas sutilmente hacia el rol de secretarías, no de conductores de camiones. Desde luego, es probable que la mayor paga de los así llamados trabajos masculinos actúe como contraefecto a estas presiones sociales perniciosas, dado que ofrece razones a todos para competir por ese trabajo. Pero la fuerza de las presiones sociales que perpetúan los roles basados en divisiones de género no deben ser subestimadas. El dinero es sólo uno entre muchos factores que llevan a la gente a buscar un trabajo por oposición a otro. Los feministas ciertamente atacarán el proceso de socialización que lleva a tal canalización y tratarán de conseguir programas educacionales que liberen a las mujeres del confinamiento de los estereotipos. Es probable que tales cambios no ocurran de inmediato o que no provean una solución para la generación previa de mujeres que se encuentran trabajando como secretarías o encasilladas en algún otro trabajo de menor paga. Por ello, los feministas también insisten en que el salario de esos trabajos debe ser incrementado. Esta demanda constituye el centro del programa basado en la idea de «valor comparable» y sólo puede ser justificado como una forma de mejorar la posición general de las mujeres en el plano económico y, por lo tanto, como un medio para erradicar la jerarquía de género. El empleador no está discriminando en base al sexo, tampoco está eligiendo empleados o determinando sus salarios en base al mismo criterio. Sólo puede decirse que el empleador acepta u obtiene ventajas de un mercado laboral que está estructurado por presiones sociales más amplias y, por lo tanto, le es posible mantener una paga diferenciada entre trabajos funcionalmente equivalentes y que esta diferencia desaventaja a las mujeres, tanto a aquéllas que actualmente ocupan esos cargos menos remunerados como a las mujeres en general.

Finalmente, podemos ver al principio de antisubordinación actuando en aquellos aspectos del programa feminista relacionados con la remoción de raíz de ciertas prácticas sociales, tales como el acoso sexual, la prostitución y la pornografía, que reducen a las mujeres a objetos sexuales¹⁵. El argumento aquí no es que la cosificación de las mujeres es discriminatoria, si bien, es a veces utilizado como eje crítico. Más bien, los feministas ponen en duda este tipo de

¹⁵ Ver Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987) y *Toward a Feminist Theory of the State* (1989).

cosificación porque degrada el valor o el lugar de las mujeres en la sociedad («las mujeres existen para el placer sexual de los hombres») o es responsable por la subordinación de las mujeres en otras esferas de la vida social («a las mujeres se las mantiene en trabajos peor pagados para servir los intereses o deseos sexuales de los hombres»). Se dice que la pornografía tiene como objetivo erotizar la subordinación de las mujeres y, peor aún, inflamar las pasiones masculinas para conducir las a la violencia contra las mujeres.

Al utilizar el principio de antisubordinación de estas variadas formas, el feminismo se continúa y se construye a partir de la tarea del movimiento por los derechos civiles. En el fondo, el principio de antisubordinación constituye un repudio a aquellas estructuras sociales —tan evidentes en la esclavitud y la segregación reclamada por Jim Crow— que ordena a las personas y a los grupos a los cuales pertenecen de acuerdo a un criterio de adscripción. Estas estructuras jerárquicas son condenadas tanto por impedir la realización individual cuanto por violentar las concepciones más elementales de comunidad. La lucha a favor de los negros en los Estados Unidos otorgó al principio de antisubordinación buena parte de su atractivo, y los feministas han aprendido de esta experiencia en su propia lucha. Sin embargo, también es cierto que muchas de las dificultades que el principio de antisubordinación generó para el movimiento de los derechos civiles rondan al movimiento feminista.

Una dificultad surge de la naturaleza grupal del principio de antisubordinación. Ese aspecto del mismo requiere que el significado social y la legalidad de una práctica sean consideradas en términos del impacto de tal práctica en cuanto al grupo como una totalidad. Es inevitable, sin embargo, que algunas mujeres individualmente tengan posiciones radicalmente distintas respecto del significado de algunas de estas prácticas aun de aquéllas que parecen menos aceptables. Por ejemplo, algunas mujeres no encuentran nada objetable en ser tratadas como objetos sexuales o en mirar o participar en la producción de material pornográfico o aun en convertirse en prostitutas. ¿Cómo pueden conciliarse sus puntos de vista con el proyecto feminista?

Desde luego los feministas realizan todo tipo de esfuerzos para respetar las opciones y los intereses de mujeres individuales y darles cabida dentro de un intento más amplio que busca asegurar la igualdad para las mujeres. Pero, al mismo tiempo, los feministas son precavidos respecto de las preferencias individuales o los deseos que refuerzan las prácticas o instituciones que son consideradas como aquéllas que afectan a las mujeres como grupo y por lo general se realiza una tarea de subvaluar o explicar estas preferencias o deseos en el contexto de una teoría que las señala como atípicas o como el

resultado de las relaciones de poder existentes. En ciertas ocasiones, simplemente se muestra que estas preferencias individuales son insuficientes para justificar las prácticas que se cuestionan. Lo más importante es el bienestar del grupo. Existe una gran fuerza en todas estas respuestas, pero no hay dudas de que muchos aspectos del programa feminista dividen a las mujeres y de que la orientación grupal choca contra la ideología individualista que subyace a una amplia franja del derecho constitucional y la política de los Estados Unidos.

Otra dificultad para el feminismo surge del hecho de que el principio de antisubordinación supone un rol activo por parte del estado. El ataque de los feministas a la criminalización del aborto o las leyes que restringen el acceso a medios de control de natalidad es antiestatista, pero no debe llevarnos a falsas interpretaciones. Los feministas están tan interesados en subsidiar los abortos como lo están en despenalizarlos. Acusan al Estado de haberse convertido en un agente represivo, pero al mismo tiempo lo adoptan como un aliado potencial en su lucha por la igualdad. Los feministas son conscientes que para erradicar una institución social tan enraizada y resistente como la jerarquía de género se requieren acciones afirmativas por parte del poder del Estado y presuponen un programa amplio de activismo estatal que incluye, además de los subsidios para los abortos, un incremento en la disponibilidad de métodos de control de la natalidad, entidades para el cuidado de niños, licencias por maternidad/paternidad, esquemas de igualdad laboral, una fuerte protección legal contra la violencia doméstica y acoso sexual y la regulación de la pornografía.

Tales ejercicios afirmativos del poder estatal involucran costos considerables y son por ello de especial interés en una época en la cual se tiene muy en cuenta el gasto público. Algunas formas de activismo estatal, tal como aquélla supuesta por la regulación de la pornografía, entran en conflicto con normas constitucionales específicas, como aquélla que garantiza la libertad de expresión. Una objeción más general y a la vez más teórica al programa feminista surge del hecho de que involucra un desvío del rol del Estado contemplado por la filosofía liberal sobre la cual solemos suponer se basan los Estados Unidos.

El liberalismo presupone una fuerte dicotomía entre el Estado y la sociedad absuelve al Estado de cualquier responsabilidad por lo que ocurre en la esfera social. De hecho, el pensamiento liberal en su forma más prístina trata a cada intromisión del Estado en la esfera social y su regulación de la interacción entre ciudadanos con gran sospecha y limita estrictamente la función del Estado a reencauzar la conducta de cualquier individuo que viola algún principio moral universalmente aceptado. Tal perspectiva no puede ser fácilmente

reconciliada con el tipo de activismo estatal querido por los feministas. La intervención que reclaman es de naturaleza estructural, tratando de alterar instituciones sociales básicas como la familia y el mercado y no en relación a los individuos contra quienes el poder estatal se aplica por haber cometido una falta distinta. Así, encontramos una cantidad de feministas como Zillah Eisenstein o Catharine MacKinnon que desafían los supuestos fundamentales del liberalismo y a la vez tratan de construir una nueva teoría para el Estado: el diseño de un plano para un Estado comprometido activamente con la obtención de la igualdad¹⁶.

II

Los Estados Unidos experimentaron muchos cambios en la década de los setenta. Uno de ellos involucró la transferencia del Poder Judicial a un grupo más conservador de integrantes de la Corte Suprema de Justicia. La Corte que emitió el fallo *Brown v. Board of Education* y supervisó su implementación se desintegró, ya que algunos de sus líderes, como Earl Warren, Hugo Black y William O. Douglas se retiraron. En su lugar, el presidente Nixon y, después de él, el presidente Ford designaron personas sensiblemente menos comprometidas con los reclamos igualitarios, y este esquema sólo fue reforzado en la década de los ochenta por las designaciones de los presidentes Reagan y Bush. El presidente Clinton puede revertir este esquema y su designación de la jueza Ginsburg es ciertamente un paso en esa dirección, pero el hecho es que los últimos veinticinco años pertenecieron integralmente a los republicanos.

El cambio de alineamiento en el más alto nivel de la Justicia Federal, que ocurrió a partir de los setenta y se continuó en los ochenta, tuvo muchas consecuencias. Por un lado, atrofió al movimiento por los derechos civiles que, por un hecho de cantidades (los negros constituyen sólo el 12 por 100 de la población) dependían tan fuertemente del liderazgo por una institución alejada del control popular. También forzó al movimiento de las mujeres a ampliar su convocatoria, de apelar a las legislaturas tanto como a los tribunales para promover su programa igualitario. En términos generales, también pienso que es justo decir que los cambios de integrantes en la

¹⁶ Ver MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, supra nota 15; Zillah R. Eisenstein, *Feminism and Sexual Equality: Crisis in Liberal America* (1984). Ver además Frances Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 Harvard Law Review 1497 (1983).

Corte Suprema y el cambio de la doctrina concomitante llevó a muchos en la profesión jurídica a un cierto desencanto, especialmente en las facultades de derecho. En los años sesenta los jóvenes contemplaban a la Corte Suprema como una fuente de inspiración, como una indicación de cómo el derecho puede ser usado para servir a los más altos ideales de la nación. Durante los años setenta, el encanto se rompió. El cinismo y la desconfianza —lo que Paul Ricoeur ha denominado la «hermenéutica de la sospecha»¹⁷— se pusieron a la orden del día. Los actos y los balbuceos de aquéllos en el poder fueron analizados por sus motivaciones y objetivos corruptos. En la academia jurídica este cinismo tomó muchas formas, ninguna tan significativa como el movimiento de la escuela crítica que emergió a fines de la década de los setenta y causó gran revuelo porque desbancó la pretensión de una justicia objetivamente entendida para el derecho. Los estudiantes de la escuela crítica del derecho proclamaron que «el derecho es política» y con ello querían decir no sólo que la política tiene una importante influencia en el derecho, como por ejemplo mediante las designaciones de jueces, sino más bien que el desarrollo del derecho es continuo con, si no reducible a, el ejercicio de la decisión y el poder político. Sostenían que todas las estructuras normativas, especialmente aquéllas del derecho, estaban enredadas en una «contradicción fundamental»¹⁸, el deseo de intimididad que siempre coincidía con el temor y la desconfianza hacia otros. A causa de esta radical tensión, decían que todas las estructuras normativas apuntan en dos direcciones y son radicalmente indeterminadas con respecto a las obligaciones y conclusiones que imponen. Como resultado de ello, no hay respuestas correctas en el derecho, ni las podrá haber¹⁹.

Al final de los años setenta y durante buena parte de los ochenta la escuela crítica del derecho jugó un papel de liderazgo en los debates teóricos de las facultades de derecho de los Estados Unidos. Cientos de personas participaron en las conferencias anuales. Fueron designados profesores de esta tendencia en algunas de las más importantes facultades de derecho, como Harvard y Stanford. El interés estudiantil era insaciable. Hoy, la situación es totalmente diferente. Los estudiantes han sido desviados en su atención. No hay nuevas designaciones de profesores de esta escuela. El trabajo de los

¹⁷ Ver Paul Ricoeur, *Freud and Philosophy: An Essay in Interpretation*, 16-26 (1970).

¹⁸ Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 Buffalo Law Review 205-211 (1979).

¹⁹ Ver Owen M. Fiss, *¿La Muerte del Derecho?*, supra, nota 3, págs. 136-137.

académicos de la escuela crítica del derecho es virtualmente de ningún interés en los círculos filosóficos de los Estados Unidos. Muchas de sus tesis centrales, incluyendo la de la «contradicción fundamental» y la tesis de indeterminación, han sido abandonadas incluso por aquéllos que primero las propagaron²⁰. La escuela crítica del derecho ha muerto y su lugar en la academia ha sido ocupado por el feminismo.

El feminismo es parte de la misma tradición escéptica de la escuela crítica del derecho, pero ha desarrollado su propia crítica al derecho. Una forma de la crítica feminista —a la que a veces se hace referencia como «feminismo cultural»— y que surge principalmente del trabajo de Carol Gilligan²¹ es relativamente tibia. No ataca la objetividad del derecho como lo hacía la escuela crítica del derecho, más bien afirma que la preocupación exclusiva del derecho con la justicia debe ser suplementada con otra perspectiva general: la ética del cuidado. Como una cuestión puramente sociológica, el énfasis sobre la ética del cuidado amplía el valor de la mujer o su lugar en la sociedad porque, aunque esta ética no pertenece a la mujer solamente, se cree que es más común entre las mujeres o más identificable con cualidades femeninas estereotipadas. También se piensa que la ética del cuidado tiene implicaciones sobre la jurisprudencia y ha sido usada para reexaminar muchas de las nociones dominantes del derecho, tales como la del proceso adversarial o, especialmente, el compromiso con los derechos individuales. Estas nociones eran uno de los blancos predilectos de la escuela crítica del derecho y eran generalmente rechazadas como parte de las conspiraciones liberales²²; hoy son criticadas en términos similares por feministas como Carrie Menkel-Meadow o Robin West²³, quienes las denuncian por ser excesivamente individualistas o por carecer de valor relacional.

Una crítica más aplomada del derecho puede ser encontrada en la obra de Catherine MacKinnon. Ella se burla de la objetividad del derecho y ha intentado demostrar que la aparente neutralidad o equidad de

²⁰ Ver Duncan Kennedy & Peter Gabel, *Roll Over Beethoven*, 36 Stanford Law Review, 1, 15.17 (1984) y Owen M. Fiss, *El Derecho Recuperado*, 11 Doxa 233-236 (1992).

²¹ Carol Gilligan, *In a Different Voice* (1982).

²² Por ejemplo, ver William H. Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 Wisconsin Law Review 29 y Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 Texas Law Review 1363 (1984).

²³ Ver Carrie Menkel-Meadow, *Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process*, 1 Berkeley Women's Law Journal 39 (1985); Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 University of Chicago Law Review 1 (1988). La profesora Robin West simpatiza con algunas de las premisas psicológicas del feminismo cultural, si bien mantiene una posición crítica.

las normas del derecho, tales como la doctrina del consentimiento en la violación o las leyes que protegen la pornografía no son ni neutrales ni equitativas, sino que reflejan el punto de vista de los hombres²⁴. En este esfuerzo de desmitificación del derecho, la crítica de MacKinnon se asemeja casi completamente con la de la escuela crítica del derecho, más aún que la posición de Gilligan o sus seguidores, pero se diferencia en un punto importante: para los integrantes de la escuela crítica del derecho la finalidad de la crítica era la crítica misma, mientras que para las feministas radicales como MacKinnon la crítica tiene al menos un sentido, es decir, la igualdad. La escuela crítica del derecho se inspiró en ideales de la izquierda en el sentido de que sus adherentes aspiraban a una mayor igualdad esperando, decían, la destrucción de todas las jerarquías²⁵. Pero en términos doctrinarios o teóricos la escuela crítica del derecho era enteramente negativa, de hecho estaba obligada a mantener la tenacidad de su crítica: cada estructura normativa podía ser desestructurada en base a la contradicción fundamental. En el caso del feminismo, sin embargo, el igualitarismo parece tener un rol más sustantivo: para MacKinnon igualdad no es simplemente una motivación, sino una parte de la teoría.

La particularidad del feminismo, tomado en cualquiera de sus versiones, tanto radical como cultural, consiste en el hecho de que busca combinar una teoría sobre la igualdad con una crítica del derecho. La presencia de este elemento crítico en el feminismo lo distingue de las exploraciones teóricas de otros movimientos igualitarios y explica algunos de los motivos para el auge del feminismo en la academia jurídica. La crítica ha llevado a muchos a hablar de una «jurisprudencia feminista», un término que no tiene contrapartida en el contexto de los derechos civiles. En mi opinión, sin embargo, la crítica feminista carece de una adecuada base teórica, y en algunos aspectos está en conflicto con su igualitarismo.

La crítica del derecho que puede rastrearse en el trabajo de Carol Gilligan se basa en el simple hecho de que no hay nada intrínsecamente individualista acerca de la justicia o los derechos o aun del procedimiento adversarial. Podemos hacer justicia en el sentido relacional o del cuidado tanto como lo deseamos²⁶. La crítica de MacKinnon es más poderosa y hoy tiene mayor impacto en la academia, en parte porque responde más directamente al sentido de desen-

²⁴ Ver MacKinnon, *Feminism Unmodified* y *Toward a Feminist Theory of the State*, citados en la nota 15.

²⁵ Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System* (Cambridge: Afar, 1983).

²⁶ Ver Linda McClain, «Atomistic Man» Revisited: *Liberalism, Connection, and Feminist Jurisprudence*, 65 Southern California Law Review 1171 (1992).

canto que prevalece allí, pero también es vulnerable. Por un lado, MacKinnon no ofrece ningún argumento teórico acerca de su negación de la objetividad del derecho y es difícil apreciar cómo semejante argumento puede ser articulado. Cualquier argumento de ese tipo sería en sí mismo un alegato supuestamente objetivo y por ello, estaría en conflicto con una posición que niega la objetividad. ¿Por qué, es justo preguntar, si es posible alcanzar la objetividad en un campo (sabiendo que el derecho objetivo no es posible) pero no lo es en otros (promoviendo un derecho objetivo)?

Debe también tenerse en cuenta el hecho de que la negación de la objetividad que hace MacKinnon se presta a un relativismo ético que es inconsistente con su programa sustantivo. La jerarquía de género es condenada por ella y otros feministas sobre la base de que ofende la igualdad y dado que en este argumento se hace un reclamo a la justicia —antes que a intereses— la igualdad es y debe ser tratada por ellos como un valor objetivo. Hasta cierto punto la profesora MacKinnon reconoce este argumento, pero sólo para reducirlo a ser puesto entre paréntesis en su libro más reciente cuando admite que la «igualdad sexual es tomada, al menos nominalmente, como un ideal social sobre el cual acordar»²⁷.

Aunque la negación de la objetividad por parte de los feministas radicales está seriamente comprometida como cuestión teórica, no lo está desde una visión más limitada que proviene de una perspectiva histórica acerca de la objetividad. Esta duda está basada en el simple pero inquietante hecho de que muchas de las mujeres de nuestra historia han sido excluidas del proceso de crear e interpretar la ley, una exclusión que probablemente convertirá al argumento de objetividad del derecho en una pretensión o una farsa que enmascara los intereses de aquéllos que lo hicieron, es decir, los hombres. Tal duda de carácter histórico acerca de la objetividad no es un tema menor. Proyecta una sombra de escepticismo sobre las doctrinas recibidas²⁸ y puede ser suficiente para sostener el amplio apoyo hacia las ramas más radi-

²⁷ MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, citado en la nota 15, capítulo XII. El párrafo dice: «Este libro no es un tratado sobre la moral. No trata acerca del bien o del mal o aquello que considero que está bien o está mal hacer o decir. Se trata de lo que es, el significado de ello y la forma en la cual se aplica legalmente (enforced). Es un argumento teórico en clave crítica que apunta a una nueva dirección; no promueve un ideal (descuento que la igualdad sexual es un ideal social sobre el cual acordamos) o un plano maestro para el futuro».

Mi perspectiva acerca de la objetividad está planteada en Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 *Stanford Law Review* 739 (1982).

²⁸ Ver, por ejemplo, Lea S. Vandervelde, *The Gendered Origins of the Lumley Doctrine: Binding Men's Consciences and Women's Fidelity*, 101 *Yale Law Journal* 775 (1992).

cales del feminismo. Pero la duda de base histórica es cualitativamente diferente que su contraparte la duda de base teórica, ya que ésta, al menos, admite la posibilidad de un derecho objetivo y convierte al feminismo en una posición filosóficamente coherente: puede fácilmente admitirse que el feminismo hace referencia a la justicia y no a meros intereses. Desde luego, para algunos, el derecho objetivo puede permanecer sólo como eso, una posibilidad teórica, una quimera filosófica, pero de tanto en tanto podemos encontrar en casos como *Roe v. Wade*, o tal vez la decisión más reciente en el fallo *Casey*²⁹, una posibilidad teórica convertida en realidad. El fallo *Roe v. Wade* no es simplemente la política correcta, sino también el derecho correcto.

Redefinido en estos términos, el feminismo, aun en sus versiones más radicales, puede ser visto como dando expresión a la misma hermenéutica de la sospecha que le dio a la escuela crítica del derecho tanto de su atractivo durante los años setenta y ochenta, pero que sin embargo permite una visión más positivista del derecho. La justicia es posible y vale la pena luchar por ella, aunque uno debe ser consciente y suspicaz respecto de si ésta ha sido alcanzada. Existe un buen motivo para sospechar. Sin embargo, mientras la sospecha permanezca fundada en la historia, podrá ampliar antes que limitar el rasgo igualitario del movimiento, del mismo modo que la historia del racismo en los Estados Unidos y los orígenes específicos de las leyes de Jim Crow nos forzaron desde una perspectiva crítica a reexaminar la doctrina de «separados pero iguales». Ciertamente, una vez que la crítica feminista es vista como una doctrina que se basa más en una perspectiva histórica que teórica, el feminismo perderá parte del derecho de presentarse a sí mismo como una «jurisprudencia», al menos como ha sido tradicionalmente entendido ese término. El feminismo será menos visto como una teoría acerca del derecho, o acerca de la integridad del derecho, que como una teoría sobre la igualdad. Pero, tal vez, ésta no será una pérdida que lamentemos. Parte del glamour frecuentemente asociado con la teorización más abstracta se perderá, pero el feminismo que subsista parecerá más auténtico y en su propio derecho digno de admiración y atención: el feminismo será visto como un cuerpo sistemático de pensamiento acerca de una las aspiraciones más altas y generales del derecho y un esfuerzo decidido de cambiar esa aspiración en realidad concreta. A veces, menos es más.

(Trad. Roberto de Michele)

²⁹ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992).



DOXA-14 (1993)

© 2000 Blackwell Science Ltd, *Journal of Internal Medicine* 247: 399–406