

El derecho como estrategia creadora de género

Victoria Fernandez

Doctoranda en Estudios Sociales de América Latina. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante del Colectivo de Investigación Llano en Llamas. Mail: vickyfernandez9@gmail.com

Introducción

La presente ponencia se centra en exponer las principales críticas de la teoría feminista del derecho y a partir de esto dar cuenta de la importancia de pensar el derecho en clave feminista, lo cual supone ampliar el alcance que tradicionalmente se le ha otorgado y visibilizarlo como *estrategia creadora de género* (Smart, 1992/1993). Este desarrollo es parte de un trabajo de investigación de tesis de maestría cuyo objetivo principal es analizar la experiencia de la “toma de la calle” por parte de mujeres en el Paro Internacional de Mujeres Lesbianas, Trans, Travestis, No Binarias, Bisexuales en la ciudad de Córdoba, Argentina entre los años 2016 a 2020, para componer de manera localizada y situada, elementos teóricos que abonen a una teoría feminista del derecho a la ciudad.

Siguiendo algunos postulados feministas, parto de la premisa de que el derecho se ha constituido como un pilar fundamental para sostener el sistema patriarcal, respaldando y legitimando aquellas instituciones que pretenden perpetuar la opresión hacia cualquier identidad no masculinizada (Facio y Fries, 1999). Considero entonces que pensar el derecho, y el derecho a la ciudad en particular, desde los feminismos implica asumir una postura crítica hacia el sistema jurídico actual e imprimirle, necesariamente, una mirada de género con contenido político.

Desde los momentos fundacionales del Estado moderno, las mujeres han generado diversas acciones en función de transformar su condición subalterna. Incluso antes de lo que se denomina movimiento feminista existen acciones en relación con las dinámicas subordinantes del derecho (Costa, 2015). Lo anterior supone como primera medida visibilizar y problematizar críticamente los presupuestos de universalidad, racionalidad y objetividad que históricamente se le han otorgado al derecho desde sus asunciones filosóficas, pasando por la enseñanza hasta su aplicación judicial y normativa. Dicho esto,

asumo que el derecho es un “conjunto de operaciones retóricas que tienden a mostrar la unicidad donde solo hay multiplicidad, operaciones que tienden a fortalecer el sistema y no a mostrar los procesos de exclusión y todo lo que desde los márgenes lo constituye” (Lerussi, 2014, p. 32).

El feminismo crítico, desde donde me sitúo, parte del supuesto de que el derecho es discurso y práctica social, y no pura normatividad. El discurso jurídico se construye entonces en un entretejido de discursos sociales, diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción y no por azar (Ruiz, 2007). Las formas en las cuales ha sido pensado y creado el derecho implican formas de ejercicio de poder que de manera explícita o subrepticamente, cristalizan relaciones de discriminación, opresión y dominación de ciertos seres y grupos humanos sobre otros. En la clave del androcentrismo jurídico articulado al etnocentrismo racial, esto se expresa en la centralidad del varón blanco heterosexual clase media, respecto de todo lo que constituye su otredad en términos no sólo abstractos sino antropológicos. Como señala Costa

“el androcentrismo jurídico se evidencia en la funcionalidad del Derecho para consolidar el privilegio de un sujeto, postulado como neutral pero concebido en los términos de Hombre y Ciudadano, es decir, en la legitimación de una humanidad proclamada en su igualdad universal pero delimitada en su particular condición masculina” (2017, p. 58).

Considero entonces que el derecho no es sencillamente un conjunto de normas y herramientas que oprimen a las mujeres e identidades sexodisidentes, sino que se debe reconocer su contenido político, “como tecnología de género”, es decir como productor de género e identidad en clave androcéntrica (Smart, 1992/1993, p. 40).

No obstante, así como el derecho ha sido eje de las críticas feministas, también ha sido y es una herramienta que conquistar, transformar y usar en nombre propio, como lo hicieron las primeras expresiones colectivas feministas dentro del movimiento sufragista conformado a fines del siglo XIX y cuyas acciones impregnaron las primeras décadas del XX. Estas feministas, ubicadas dentro del paradigma liberal de la época, exigían la inclusión de las mujeres como titulares de los mismos derechos que los hombres, argumentando que las mujeres como seres humanos eran iguales a los hombres en cuanto a sus capacidades humanas, solo necesitaban desarrollarlas mediante el acceso a la

educación, el empleo y la política (Jamarillo, 2000). Sin embargo, la historia y larga trayectoria de luchas feministas han demostrado que la conquista formal no alcanza si las instituciones y las personas que habitan esas instituciones de matriz androcéntrica patriarcal no le imprimen crítica y deconstrucción, sino que continúan reproduciendo y garantizando por la vía de la legitimidad del derecho liberal, la opresión de las mujeres e identidades sexo-disidentes.

Género y derecho

Los feminismos jurídicos como campo de praxis y cuerpo crítico de teoría legal emergen en el contexto anglosajón, específicamente en Estado Unidos, donde se configura ya desde la década de 1970 en áreas específicas académicas y de praxis legal insertas en las universidades (Costa, 2015). Los presupuestos epistemológicos que sustentan estas producciones e investigaciones jurídicas feministas según Costa (2015), son, en primer lugar, la identificación de que la vida, la experiencia y los intereses de las mujeres han sido ignorados por el discurso del derecho durante siglos, lo que da cuenta de la falta de neutralidad en el derecho y de su condición inherentemente política. Luego, un segundo postulado está basado en la “indisoluble relación entre teoría y práctica, pensamiento y acción, es decir, la concepción del conocimiento (jurídico) en tanto praxis” (p.154). De este modo, este presupuesto se diferencia del objetivismo que presupone la ciencia jurídica liberal, el cual se caracteriza por un fuerte androcentrismo, racismo, heterociscentrismo y clasismo. Esta convergencia que opera en el derecho, conduce al tercer postulado, el cual se basa en la necesaria articulación de saberes jurídicos, pero también extrajurídicos, que se requieren para el desmantelamiento del androcentrismo del derecho.

Dicho campo de emergencia de los feminismos jurídicos acontecido en la academia anglosajona, tuvo gran influencia en los feminismos jurídicos latinoamericanos a partir de los años noventa (con antecedentes aislados), teniendo también sus puntos de articulación y de diferencia, incluso historiográfica, a partir de una praxis y un activismo jurídico específico y situado en un contexto como el latinoamericano y en una cultura jurídica distinta, esto es, inserta en lo que se entiende como tradición jurídica continental (Costa y Lerussi, 2018).

El derecho receptado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como antecedente al derecho moderno surgido dentro del pensamiento liberal clásico, el cual ha sido desarrollado en torno a un pensamiento dual, binario y organizado en opuestos. Como señala Olsen (1990), esta estructura de pensamiento entre polos opuestos se encuentra sexualizada, es decir, existe un lado masculino y un lado femenino. Esta polaridad está asociada a estructuras tales como objetivo/subjetivo, racional/irracional, razón/emoción, cultura/naturaleza, público/privado, activo/pasivo, universal/particular, poder/sensibilidad, etc. A su vez, esta dualidad según la autora, se encuentra jerarquizada planteando lo masculino por sobre lo femenino con implicancias epistémicas, axiológicas y, por lo tanto, conceptuales con efectos en lo técnico. Es decir, hay una estructura jerárquica que establece un orden de subordinación que supone estructuras de poder entre las partes de cada dicotomía y sus formas jurídicas, políticas y antropológicas. Es en esta gramática dual, donde el derecho es asociado a lo masculino, lo público, la razón, lo objetivo, lo racional y lo universal, entre otras múltiples características vinculadas. De lo que se sigue que el derecho se identifica con los lados jerárquicamente superiores masculinos de los dualismos, suponiendo que es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como se considera al varón. Y, por el contrario, no es irracional, subjetivo y particular, como se identifica a las mujeres dentro del binomio (Olsen, 1990).

Principales críticas feministas al derecho

A partir de esta caracterización, se desarrollan tres grandes enfoques sobre las cuales se asientan las críticas feministas al derecho (Olsen, 1990; Jamarillo, 2000; Pitch, 2010). La primera es aquella elaborada a partir de lo que entiende como el reformismo legal por parte de las feministas liberales, quienes consideran que el derecho debe ser racional, objetivo, abstracto y universal. Las luchas feministas vinculadas a esta forma de aproximarse al derecho se basan en que sus reclamos sean incluidos dentro de la matriz liberal y a partir de eso pueda pensarse en la universalidad del derecho para todos los seres humanos, y no sólo para el varón blanco, clase media, heterosexual, considerado como sujeto universal. Es por esto que en tanto el derecho no incluya y no esté formulado también para mujeres e identidades sexodisidentes, no cumple con los postulados de universalidad, racionalidad y objetividad.

Cabe resaltar que bajo esa formulación teórica se ha configurado el movimiento por los derechos de las mujeres y es reconocida por las reivindicaciones legal-legislativas,

conectando sus antecedentes con los movimientos sufragistas de fines del XIX y principios del XX y en continuidad, con los movimientos por la igualdad en los feminismos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX (Lerussi, 2014). Procura reformas legales desde un amplio espectro de posiciones que incluyen desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio legal para su elaboración -igualdad formal del derecho-, hasta posturas que consideran que para alcanzar la universalidad del derecho se deben llevar a cabo reformas legales que incluyan estrategias legales que partan de reconocer la subordinación de las mujeres e identidades sexodisidentes para superar las desigualdades y así poner en pie de igualdad a todas las personas, esto es, igualdad sustancial del derecho (Olsen, 1990).

Entre los reclamos principales de las feministas inscriptas en este gran conjunto se encuentran aquellos que buscaban la igualdad formal, a través del reclamo del derecho a voto, la eliminación de las restricciones en el acceso a la educación superior, y de aquellas normas laborales que impedían (e impiden) a las mujeres acceder a ciertos empleos considerados “no aptos o adecuados” para mujeres y a ciertos cargos, sobre todo de dirección y conducción. Asimismo, integran esta categoría las feministas que sostienen el reclamo por la igualdad sustancial en el derecho, elaborando entre sus demandas la posibilidad de las mujeres de acceder a la igualdad salarial, a la no discriminación en el acceso al empleo y a los recursos de la seguridad social, entre otras (Jamarillo, 2000).

El segundo enfoque que compone un campo de críticas feministas al derecho acepta que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, asociándolo con lo masculino, pero no adhiere a que dichas características sean jerárquicamente superiores a lo definido como irracional, subjetivo, particular. Al identificar al derecho como objetivo, racional y universal, lo consideran parte de la estructura de dominación patriarcal y por lo tanto ideológicamente opresivo (Olsen, 1990), para las mujeres e identidades sexodisidentes. Al identificar dicha opresión como tal, se presupone un cierto pesimismo en relación a las reformas e iniciativas legales (Jamarillo, 2000, Pitch, 2010, Lerussi, 2014).

Dentro de esta corriente se encuentra la jurista feminista estadounidense Catharine MacKinnon, referente dentro de los feminismos radicales, quien afirma que “el legalismo liberal es un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino en la ley e imponiendo al mismo tiempo esa visión

a la sociedad” (1989, p. 428). Es a partir de este presupuesto jurídico crítico del liberalismo legal, que, según la autora, la opresión hacia las mujeres se vuelve parte de la vida, invisibilizando “la institucionalización del poder de los hombres sobre las mujeres e institucionalizando el poder en su forma masculina” (MacKinnon, 1989, p. 428). Esto supone, según la autora, que “las formas masculinas de poder sobre las mujeres se encuentran afirmativamente como derechos individuales en la ley” (MacKinnon, 1989, p. 438).

Con todo, dentro de este segundo enfoque jurídico feminista, se encuentran al menos tres grandes grupos: “algunas autoras de esta fase están a favor de incorporar la perspectiva feminista en el sistema jurídico. Otras, en cambio, prefieren suplantarlo por un sistema jurídico completamente nuevo, basado en los valores femeninos, mientras que un tercer grupo sostiene que no es el sistema jurídico lo que debe cambiar sino el propio patriarcado” (Kohen, 2000, p.87 en Lerussi, 2014, p. 142).

En el tercer enfoque se encuentra la teoría jurídica crítica feminista, desde donde me sitúo. En este enfoque, hay un cierto rechazo a las posiciones cerradas tanto de quienes asumen la caracterización del derecho como racional, objetivo y universal a secas, como de quienes asumen sin más el supuesto de la jerarquización de lo racional sobre lo irracional, objetivo sobre lo subjetivo, etc. Dentro de esta corriente se ubica Olsen (1990), quien refiere que estas feministas no desconocen ni menosprecian los logros obtenidos por las feministas reformistas; no obstante, consideran que los logros jurídicos y judiciales no son escindibles de los planteos y las prácticas políticas y morales. Por su parte en relación a la afirmación de que el derecho es masculino y patriarcal, a grandes rasgos quienes se inscriben dentro de estas posiciones críticas ius feministas sostienen que el derecho no tiene una naturaleza inmutable o una esencia, sino que es una forma de actividad humana, y que por lo tanto si bien es preponderantemente desarrollada por varones, no lo es de forma exclusiva (Olsen, 1990).

Dentro de esta corriente Smart (1992/1993) postula que el *derecho es una estrategia creadora de género*. La autora cuestiona en primer lugar la idea de Mujer que el derecho y el discurso jurídico componen, crítica que también aplica respecto a algunas feministas que insisten en presentar a las mujeres (aunque sea en plural) como una categoría que engloba una identidad común. En este sentido, desde las perspectivas ius feministas críticas, se entiende que esta idea de Mujer o mujeres, deja por fuera no sólo

la interseccionalidad que atraviesan las identificaciones femeninas (lo cual vuelve a estructurar a la idea de mujer bajo ciertos atributos de género normativo), sino también otras identificaciones sexodisidentes no contenidas (o no del todo) en el discurso jurídico en general. Smart (1992/1993) al indagar en el derecho como creador de género abandona la expectativa de alcanzar una unicidad del género, enfocándose principalmente en analizar cómo el derecho se vuelve una tecnología de género.

En conclusión, para la teoría crítica feminista, el derecho en su conjunto no es universal, racional ni objetivo, y no se corresponde de forma acabada con ninguno de los dualismos. La afirmación de que el derecho es universal se basa, según Olsen (1990), en la idea de que el sistema jurídico cuenta con ciertas normas o principios generales y que estos son el fundamento básico para resolver aquellas situaciones particulares que se presentan. Entonces se habla de una aplicación de normas generales en los casos particulares. No obstante, se puede observar que el sistema jurídico se encuentra integrado por normas específicas, precisas y contextuales que impiden en su aplicación considerarlas universales; y a su vez, aquellos principios del derecho que pueden aplicarse a los casos concretos, son sumamente vagos e indeterminados para resolver un caso particular. La aplicación de uno o más principios podría llevar a resultados distintos, incluso hasta contradictorios, lo cual también hace que se deshaga la posibilidad del carácter de la universalidad jurídica proclamada.

En relación con el carácter racional del derecho, Olsen (1990) considera que, pese a los esfuerzos de las feministas por alcanzar una elaboración racional de derechos igualitarios, esto no ha funcionado ni funcionará. Algunas feministas insisten sobre la igualdad formal y rechazan cualquier tratamiento diferenciado, por ejemplo, en el caso de obtener una licencia por maternidad. A su vez, se encuentran aquellas feministas que argumentan que las mujeres tienen derecho a gozar de una licencia por maternidad, a pesar de que no exista una licencia similar para los varones. Frente a esto, concluye Olsen, el derecho no proporciona ningún fundamento racional para “elegir qué derecho reconocer y proteger en cada caso particular” (Olsen, 1990, p. 16). Por lo tanto, continuamente se pueden observar distintas soluciones sobre los mismos conflictos expresadas a lo largo del tiempo.

Por último, al afirmar que el derecho es objetivo, se está desconociendo o negando que el derecho también se encuentra atravesado por otras variables políticas, económicas,

sociales y culturales que entran en juego de acuerdo con la coyuntura del momento y al lugar específico donde se tome una decisión legal concreta. Desde la teoría crítica del derecho, dentro de la cual se encuentran los ius feminismos críticos, resulta primordial “demostrar que no se puede excluir lo particular, irracional y subjetivo de ningún ámbito del derecho” (Olsen, 1990, p. 17), y que no existe un núcleo de normas generales objetivas, racionales y universales a las cuales se les pueden aplicar ciertas excepciones, sino que en cada aplicación del derecho existe una elección individualizada y particular (Ob. cit.).

De esta forma, las perspectivas feministas críticas desafían y proponen nuevas vías de crítica, deconstrucción y construcción del discurso jurídico que tiendan al desmantelamiento del sistema patriarcal en sus formas jurídicas y en sus articulaciones con otros sistemas de jerarquización humana. Como señalan Costa y Lerussi, “la producción jurídica feminista resulta disruptiva no solo por la criticidad intrínseca de cualquier proyecto político que se plantea de suyo como transformador, sino también por la heterogeneidad (...) de la relación de los feminismos con el derecho” (2020, p.18). Precisamente es allí, en esas bisagras críticas, productivas y expansivas donde se encuentra la búsqueda y producción teórica y práctica de numerosas feministas que tienden a fisurar las barreras del derecho para ampliarlas y transformarlas en una clave democrática.

En definitiva, como señala Lerussi, el pensamiento feminista plural incorpora enfoques teóricos y metodológicos que habilitan la visibilización y el reconocimiento de asimetrías de poder (traducidas en variadas formas de desigualdad y opresión) existentes en las estructuras sociales, políticas, económicas y culturales; todo lo cual permitiría conjugar saberes, conocimientos, metodologías que, aplicadas sustancialmente a las arquitecturas profundas del derecho y a sus formas jurídicas, posibilitarían iniciar transformaciones radicales en nuestro modo de organización política jurídica en el marco del Estado de derecho (Lerussi, 2014). Por ello, repensar el derecho y su función social, es un desafío que va más allá de contar con “buenas leyes” o con “buenas resoluciones judiciales” para las mujeres e identidades sexodisidentes. Supone sin más, hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos (Frias y Facio, 1999) en sociedades profundamente desiguales, racistas y capacitistas. Pensar el derecho en clave feminista también procura echar luz a aquellas estructuras de género que el derecho ha construido como inamovibles

(Smart, 1992/1993), coincidentes con la distinción heterosexuada mujer y varón, tomando como patrón normativo no solo a lo masculino respecto a lo femenino, sino y por ello, a la idea de varón blanco como “ideal regulatorio” respecto a cualquier otra identidad en su multiplicidad interseccional (Crenshaw, 1989).

Bibliografía

- Costa, M. (2015). Feminismos jurídicos. Propuestas y debates de una trama paradójica. *Daímon Revista Internacional de Filosofía*, 66, 153-161. Doi: 10.6018/223841
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989,1, 139-167.
- Facio, A., & Fries, L. (1999). Feminismo Género y Patriarcado. En *Género y derecho* (pp. 6-38). Santiago de Chile: La Morada.
- Jaramillo, I. C. (2000) La crítica feminista al derecho, estudio preliminar. *Género y teoría del derecho*. (pp. 27-66). Bogotá: Siglo de Hombres Editores.
- Lerussi, R. (2014). *La retórica de la domesticidad: Política feminista, derecho y empleo doméstico en la Argentina*. La Plata: Ed. de la Univ. de la Plata.
- Lerussi, R. C., & Costa, M. (2018). Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente a partir de la década de 1990. *Revista Estudios Feministas*, 26,1. Doi: 10.1590/1806-9584.2018v26n141972
- Lerussi, R. & Costa, M. (2020). *Feminismos jurídicos interpelaciones y debates*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- MacKinnon, C. A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Universitat de València.
- Olsen, F. (1990). El sexo del derecho. En Olsen, *Identidad femenina y discurso jurídico*, (pp. 22-45) Buenos Aires: Biblos.



Pitch, T. (2010). Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 44, 435-459.

Smart, C. [1992/1993] (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico. En Birgin. *El Derecho en el género y el género*. (pp. 31-71). Buenos Aires: Biblos.